

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ
У ЗАСТОСУВАННІ
ЦИВІЛЬНОГО
І ГОСПОДАРСЬКОГО
КОДЕКСІВ УКРАЇНИ

Київ
РЕФЕРАТ
2005

ББК 67.9(4Укр)303+67.9(4Укр)304
П78

Автори:

Ярема А.Г., суддя, заступник Голови Верховного Суду України, заслужений юрист України (§§ 1, 2 глави 7, глави 8);

Барбара В.П., суддя, заступник голови Судової палати у господарських справах Верховного Суду України (глава 9; § 1 глави 10);

Григор'єва Л.Л., суддя Верховного Суду України, заслужений юрист України (глава 4);

Гуменюк В.Л., суддя Верховного Суду України, заслужений юрист України (глави 5, 13);

Домбровський І.П., суддя Верховного Суду України, заслужений юрист України (глава 3);

Кривенко В.В., суддя, заступник голови Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України, заслужений юрист України (глава 6);

Ротань В.Г., доктор юридичних наук, професор (передмова, глави 1, 2);

Шицький І.Б., суддя, голова Судової палати у господарських справах Верховного Суду України, заслужений юрист України (§§ 3, 4, 5 глави 7, § 2 глави 10, глава 11).

Додаток підготовлено авторами книги на підставі неподільного співавторства.

П78 **Проблемні питання у застосуванні Цивільного і Господарського кодексів України** / Під редакцією Яреми А.Г., Ротаня В.Г. — К.: Реферат, 2005. — 336 с.

ISBN 966-8058-09-7

Видання містить аналіз положень Цивільного та Господарського кодексів. Особлива увага звертається на застосування положень цих Кодексів, що не узгоджуються між собою. Викладаються рекомендації щодо тлумачення та застосування Цивільного та Господарського кодексів. У кінці книги наводиться розроблений авторами проект постанови Пленуму Верховного Суду України «Про застосування Цивільного та Господарського кодексів при здійсненні правосуддя».

Адресується суддям.

ББК 67.9(4Укр)303+67.9(4Укр)304



*За сприяння Координатора проектів ОБСЄ в Україні
в межах реалізації проекту «Допомога в застосуванні нових
Цивільного та Господарського Кодексів України»*

ISBN 966-8058-09-7

© Колектив авторів, 2005

© Видавництво «Реферат», 2005

Зміст

Передмова	5
Глава 1. Загальні положення Цивільного та Господарського кодексів	7
§ 1. Основні проблеми правозастосування за наявності двох кодексів, що регулюють цивільні відносини	7
§ 2. Застосування основних засад (принципів), що формуються у Цивільному та Господарському кодексах	16
§ 3. Термінологія Цивільного і Господарського кодексів	21
Глава 2. Суб'єкти цивільного права і суб'єкти господарювання	39
§ 1. Суб'єкти цивільного права та організаційно-правові форми юридичних осіб	39
§ 2. Суб'єкти господарювання	58
Глава 3. Правочини. Представництво	64
§ 1. Загальні положення про правочини	64
§ 2. Форма правочинів	66
§ 3. Недійсність правочинів та її підстави	76
§ 4. Правові наслідки недійсності правочину	86
§ 5. Представництво	91
Глава 4. Строки у Цивільному та Господарському кодексах. Позовна давність	96
§ 1. Строки у Цивільному та Господарському кодексах	96
§ 2. Позовна давність	104
Глава 5. Деякі питання права власності	113
§ 1. Набувальна давність	113
§ 2. Захист права власності	116
Глава 6. Цивільні та господарські договори	120
§ 1. Поняття та умови договорів	120
§ 2. Укладення цивільно-правових договорів	133
§ 3. Зміна або розірвання договорів	157
Глава 7. Загальні положення про цивільні і господарські зобов'язання	168
§ 1. Поняття і сторони зобов'язання	168
§ 2. Виконання зобов'язання	178
§ 3. Валюта грошових зобов'язань	185
§ 4. Проценти	187
§ 5. Неустойка як спосіб забезпечення виконання зобов'язання	189

Глава 8. Правові наслідки порушення зобов'язання.	
Відповідальність за порушення зобов'язання	195
§ 1. Порушення зобов'язання	195
§ 2. Класифікація наслідків порушення зобов'язання	198
§ 3. Збитки	203
§ 4. Вина як підстава відшкодування збитків і стягнення неустойки	206
Глава 9. Припинення цивільних і господарських зобов'язань	214
§ 1. Загальні положення про припинення зобов'язання	214
§ 2. Належне виконання як підстава припинення зобов'язання	215
§ 3. Припинення зобов'язання зарахуванням	224
§ 4. Припинення зобов'язання за домовленістю сторін	228
§ 5. Припинення зобов'язання в зв'язку з припиненням правосуб'єктності його сторін	231
§ 6. Інші підстави припинення зобов'язань	236
Глава 10. Купівля-продаж	239
§ 1. Загальні положення про купівлю-продаж	239
§ 2. Контракція сільськогосподарської продукції	244
§ 3. Поставка	246
§ 4. Постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу	251
Глава 11. Деякі інші види майнових відносин	255
§ 1. Лізинг	255
§ 2. Правове регулювання інноваційної діяльності	258
Глава 12. Адміністративно-господарські санкції	263
§ 1. Загальні положення про адміністративно-господарські санкції	263
§ 2. Безоплатне виручення прибутку (доходу)	268
§ 3. Адміністративно-господарський штраф	269
§ 4. Стягнення зборів (обов'язкових платежів)	271
§ 5. Зупинення операцій за рахунками суб'єкта господарювання	272
§ 6. Застосування антидемпінгових заходів	274
§ 7. Адміністративно-господарські санкції за порушення у сфері зовнішньоекономічної діяльності	275
§ 8. Обмеження та зупинення діяльності суб'єктів господарювання	275
§ 9. Зупинення дії та анулювання ліцензії	276
§ 10. Скасування державної реєстрації та ліквідація суб'єкта господарювання	277
Глава 13. Прикінцеві та перехідні положення Цивільного і Господарського кодексів.	279
Додаток: Проект постанови Пленуму Верховного Суду України «Про застосування Цивільного та Господарського кодексів при здійсненні правосуддя»	285
Перелік законодавчих актів	317

Передмова

Ця робота присвячена аналізу проблем та формулюванню рекомендацій щодо застосування Цивільного і Господарського кодексів. Тому тут недоцільно вести мову про обґрунтованість рішення законодавця, який визнав за необхідне прийняття двох названих кодексів. Можливо, це рішення не було кращим. Однак висновки про те, що застосовувати слід лише один із кодексів (Цивільний), а інший (Господарський) — не застосовувати, далекі від конституційного положення про правовий характер нашої держави. В зв'язку з цим при правозастосуванні виникає проблема чіткого визначення сфер дії кожного із цих кодексів та вибору тих положень одного чи другого кодексів, які підлягають застосуванню відповідно до змісту цих кодексів. Це — не просто, оскільки суспільні відносини, на які поширюється чинність названих двох кодексів, поділяються на три види: 1) відносини, на які поширюється чинність Цивільного кодексу і не поширюється чинність Господарського кодексу; 2) відносини, на які поширюється чинність обох кодексів; 3) відносини, на які поширюється чинність Господарського кодексу і не поширюється чинність Цивільного кодексу. Перші дві групи відносин мають приватний характер, вони засновані на принципах рівності, вільного волевиявлення та майнової самостійності. Їх розмежування між собою та вибір норм, що підлягають застосуванню, є складним завданням. Третя група відносин має публічний характер, хоч ці відносини інколи є дуже близькими до перших двох груп відносин.

Для правозастосування важливим було б глибоко усвідомити, що останні роки цивільне законодавство розвивалось в напрямку його ускладнення, посилення неузгодженості між окремими актами законодавства та окремими їх положеннями та зменшення рівня його формальної визначеності. Прийняття та введення в дію нового Цивільного та Господарського кодексів стало своєрідним підсумком розвитку цивільного законодавства у цьому напрямку. Стало очевидним, що подолати цю тенденцію за наявного фінансового, матеріального, організаційного та кадрового забезпечення законотворчості, а більш широко — правотворчості в цілому — неможливо. А якщо це так, то потрібно йти шляхом такого удосконалення правозастосування в судах, яке буде забезпечувати рівень захисту цивільних прав, що відповідає визнанню України правовою державою, за наявності того нормативного матеріалу, який є. Одним із напрямків посилення

ролі судової влади та удосконалення правозастосування слід визнати активізацію діяльності Верховного Суду, що передбачена п. 3 ч. 3 ст. 54 та п. 6 ч. 2 ст. 55 Закону «Про судоустрій України» [129] та полягає у розгляді матеріалів узагальнення судової практики і прийнятті відповідних рекомендацій Президією Верховного Суду, а також у наданні роз'яснень судам загальної юрисдикції з питань застосування законодавства Пленумом Верховного Суду України. Значення цієї діяльності Верховного Суду треба підняти до рівня його діяльності щодо безпосереднього здійснення правосуддя. Це було б реальним кроком вперед у забезпеченні ефективного захисту цивільних прав в умовах, що існують на цей час, особливо з огляду на появу в актах цивільного законодавства таких положень, які за умови недостатнього володіння методологією тлумачення і застосування нормативно-правових актів в деяких випадках створюють загрозу цивільним правам відповідних осіб.

Глава 1

Загальні положення Цивільного та Господарського кодексів

§ 1. Основні проблеми правозастосування за наявності двох кодексів, що регулюють цивільні відносини

1. Предмет цивільного законодавства у ст. 1 ЦК [19] визначається відповідно до загальновизнаного досвіду, в тому числі і вітчизняного. Помітним є лише значне розширення кола особистих немайнових відносин, що визнані предметом цивільного права. Закріплюється, що актами цивільного законодавства регулюються особисті немайнові та майнові (цивільні) відносини, що ґрунтуються на рівності, вільному волевиявленні та майновій самостійності їх учасників (ст. 1 ЦК). Частина цих відносин, залишаючись цивільними, що обумовлює поширення на них Цивільного кодексу та інших актів цивільного законодавства, одночасно визнаються господарськими, через що на них поширюється також Господарський кодекс [20]. У зв'язку з цим ч. 2 ст. 9 ЦК встановлює, що законом можуть бути передбачені особливості регулювання майнових відносин, які позначаються тут як майнові відносини у сфері господарювання. Це положення Цивільного кодексу узгоджується з ч. 2 ст. 4 ГК, яка передбачає можливість визначення Господарським кодексом особливостей регулювання майнових відносин у сфері господарювання. Посилання у абзацах першому та другому ч. 1 ст. 4 ГК на те, що майнові та особисті немайнові відносини, що регулюються Цивільним кодексом України, не є предметом регулювання цього Кодексу, слід тлумачити так, що є значний масив майнових та особистих немайнових (цивільних) відносин, які регулюються Цивільним кодексом і не можуть регулюватись Господарським кодексом. Це положення не виключає одночасного поширення на майнові відносини з участю суб'єктів господарювання, що кваліфікуються як господарські, положень Цивільного кодексу, а також правил Господарського кодексу, які встановлюють певні особливості регулювання цих же відносин. Тому «майново-господарськими визнаються цивільно-правові зобов'язання...», а «майнові зобов'язання, що виникають між учасниками господарських відносин, регулюються Цивільним кодексом України з урахуванням особливостей, передбачених цим (Господарським — **Авт.**) кодексом» (ч. 7 ст. 179 ГК). Господарські договори також укладаються за правилами, встановленими Цивільним кодексом з урахуванням особливостей, передбачених Господарським кодексом (ч. 7 ст. 179 ГК). Таке ж положення формулюється у ч. 5 ст. 182 ГК стосовно попередніх договорів.

2. Предмет господарського законодавства. Відповідно до ст. 2 ГК [20] цей Кодекс поширюється на відносини в сфері господарювання за участю не тільки суб'єктів господарювання, а й інших осіб, зокрема споживачів. Включення цього положення до Господарського кодексу мало за мету поширити на відносини між

суб'єктами господарювання та всіма споживачами, в тому числі і фізичними особами, тих положень Господарського кодексу, які мають публічний характер, наприклад, положення про адміністративно-господарські санкції. Ст. 2 ГК ніяк не може бути підставою для поширення дії Господарського кодексу на майнові відносини між суб'єктами господарювання, з одного боку, та фізичними особами, що не є суб'єктами господарювання, — з другого. Суб'єктами майново-господарських зобов'язань можуть бути тільки суб'єкти господарювання та негосподарюючі суб'єкти-юридичні особи, а також органи державної влади, органи місцевого самоврядування, наділені господарською компетенцією (ч. 2, § ст. 175 ГК). Не є підставою для поширення Господарського кодексу на майнові відносини з участю громадян, що не є суб'єктами підприємницької діяльності, з одного боку, та суб'єктів господарювання, — з іншого, і інші положення Господарського кодексу, що формулюють загальні правила щодо господарської діяльності. Так, у ст. 67 ГК вказується на те, що відносини підприємств з громадянами у всіх сферах господарської діяльності здійснюються на основі договорів. Але ця стаття не може тлумачитись так, що вона взагалі визнає такі відносини господарськими, що належать до предмету цього Кодексу. Тут встановлюється лише вимога до суб'єктів господарювання, яка відносини між суб'єктами господарювання та фізичними особами не регулює. Вона лише непрямо впливає на ці відносини. Не може бути підставою для поширення чинності Господарського кодексу на відносини з участю фізичних осіб, які не є суб'єктами господарювання, і посилання у ч. 2 ст. 230 ГК на те, що суб'єктами права застосування штрафних санкцій є учасники відносин у сфері господарювання, зазначені у ст. 2 цього Кодексу (тут учасниками відносин у сфері господарювання визнаються громадяни, незалежно від того, зареєстровані вони чи ні як суб'єкти підприємницької діяльності). Для фізичних осіб, які не мають статусу підприємців, із ст. 67, ч. 2 ст. 230 ГК та інших положень цього Кодексу не можуть поставати будь-які права.

Чинність Господарського кодексу поширюється тільки на майнові відносини, хоч би однією стороною яких є суб'єкт господарювання. Суб'єктами господарювання є юридичні особи, створені відповідно до Цивільного кодексу України [19], державні, комунальні та інші підприємства, створені відповідно до Господарського кодексу, а також інші юридичні особи, які здійснюють господарську діяльність та зареєстровані у встановленому порядку (п. 1 ч. 2 ст. 55 ГК). Такими визнаються також фізичні особи, що зареєстровані як підприємці. Суб'єктами господарювання не можуть бути органи державної влади та органи місцевого самоврядування, оскільки відповідно до ч. 4 ст. 43 ГК їм заборонено здійснювати як комерційну господарську діяльність, тобто підприємництво, так і некомерційну господарську діяльність (ч. 3 ст. 52 ЦК). Іншою стороною відносин, що регулюються Господарським кодексом (першою завжди є суб'єкт господарювання), можуть бути суб'єкти господарювання, а також юридичні особи, хоч би останні і не були суб'єктами господарювання.

Але не на всі майнові відносини між суб'єктами господарювання, з одного боку, та іншими суб'єктами господарювання або юридичними особами — з другого, може поширюватись чинність Господарського кодексу. Господарські

відносини, що є предметом Господарського кодексу, поділяються на господарсько-виробничі, організаційно-господарські і внутрішньо-господарські (ч. 4 ст. 3 ГК). Господарсько-виробничими є майнові відносини, які регулюються Цивільним кодексом з урахуванням особливостей, встановлених Господарським кодексом. Вони виникають при безпосередньому здійсненні господарської діяльності (ч. 5 ст. 3 ГК). Посилання на «безпосереднє» здійснення господарської діяльності не є підставою для звуження кола майнових відносин, на які поширюється чинність Господарського кодексу. Безпосереднє здійснення господарської діяльності, як це впливає із змісту Господарського кодексу, полягає не тільки у виготовленні та реалізації продукції, виконанні робіт чи наданні послуг, а і в тому, що в межах господарських зобов'язань суб'єкт господарювання здійснює матеріально-технічне забезпечення господарської діяльності, створює організаційні, фінансові та інші умови господарювання в межах господарських зобов'язань.

Чинність Господарського кодексу поширюється також на організаційно-господарські договори (ст. 186 ГК). В силу організаційно-господарських зобов'язань, що виникають на підставі таких договорів, здійснюються організаційно-управлінські дії (ч. 1 ст. 176 ГК). Тому майнові права та обов'язки до змісту організаційно-господарських зобов'язань не включаються.

3. Визнання Цивільного кодексу основним актом цивільного законодавства (ч. 2 ст. 4 ЦК [19]) не означає безумовного надання цьому Кодексу у всіх випадках вищої юридичної сили порівняно з іншими законами. Навпаки, в Цивільному кодексі зазвичай формулюються загальні положення, перевагу перед якими при правозастосуванні слід надавати спеціальним положенням інших законів. Зокрема, зазначення в п. 2 розділу VI «Прикінцеві положення» Закону «Про іпотеку» [137] та в п. 2 розділу IX «Прикінцеві положення» Закону «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень» [147] на те, що законодавчі та інші нормативно-правові акти, прийняті до набрання чинності цими законами, застосовуються в частині, що не суперечить цим законам, поширюється і на Цивільний кодекс, оскільки він прийнятий до набрання чинності названими законами. Як спеціальний закон по відношенню до Цивільного кодексу слід кваліфікувати і Господарський кодекс [20]. Але твердження про те, що один із законодавчих актів, про які йдеться (Господарський кодекс), є спеціальним, а тому він завжди підлягає переважному застосуванню перед іншим (Цивільним кодексом), що є загальним, було б досить грубим і неточним. Справа в тому, що коли мова йде про переважне застосування спеціального закону, то мається на увазі перш за все не закон як нормативно-правовий акт, а відповідна правова норма чи її частина, за змістом якої визначається, є ця норма (її частина) спеціальною чи загальною. Це не виключає повністю врахування тієї обставини, яку назву має закон чи його структурний підрозділ, до якого включена правова норма, але ж головним є не те, до якого закону включена певна правова норма, що має бути визначена як загальна чи спеціальна, а який зміст ця норма має. Так, ст. 293 ГК визначає міну (бартер) як договір, відповідно до якого певний товар передається в обмін на інший товар. Але ст. 715 ЦК допускає обмін товару на роботи, послуги, а ст. 716 ЦК передбачає

особливості правового регулювання відносин, що виникають на підставі таких договорів. Ці положення Цивільного кодексу формують спеціальні правила про особливий вид міни (бартеру). Вони підлягають переважному застосуванню до відповідних відносин перед ст. 293 ГК, яка у зв'язку з цим не може бути підставою для визнання відповідного правочину недійсним згідно із ч. 1 ст. 203 ГК, хоч би за складом суб'єктів такі відносини підпадали під дію Господарського кодексу. Як спеціальні правила, що підлягають переважному застосуванню перед положеннями Цивільного кодексу, слід визнати наступні норми, сформульовані в Господарському кодексі: 1) правило ч. 7 ст. 80 ГК про те, що «учасниками повного товариства, повними учасниками командитного товариства можуть бути лише особи, зареєстровані як суб'єкти господарювання»; 2) положення ч. 8 ст. 269, ст. 322 та 324 ГК про тривалість та початок перебігу позовної давності; 3) положення, якими визнається цивільна і господарська правосуб'єктність державних, комунальних і приватних підприємств (ст. 73—78, 113 ГК); 4) положення про речові права державних і комунальних підприємств (ст. 136, 137 ГК); 5) про можливість завчасного погодження розміру збитків, що підлягають стягненню (ч. 5 ст. 225 ГК); 6) положення про можливість пред'явлення вимоги про відібрання у боржника речей, визначених родовими ознаками (ч. 5 ст. 226 ГК); 7) положення ст. 208 ГК про стягнення на користь держави отриманого на виконання правочину, що завідомо суперечить інтересам держави і суспільства.

Разом з тим, визнання Цивільного кодексу основним актом цивільного законодавства не позбавлене прямого юридичного значення. Так, відповідно до ч. 2 ст. 235 ГК «до суб'єкта, який порушив господарське зобов'язання, можуть бути застосовані лише ті оперативні-господарські санкції, застосування яких передбачено договором». З урахуванням значення Цивільного кодексу як основного акта цивільного законодавства слід визнати, що ч. 2 ст. 235 ГК не виключає права кредитора відмовитися від прийняття виконання, якщо внаслідок прострочення боржника виконання зобов'язання втратило інтерес для кредитора (ч. 3 ст. 612 ЦК), хоч би таке право кредитора договором і не було передбачене. Тим більше ч. 2 ст. 235 ГК не може виключати застосування правил Цивільного кодексу, які встановлені стосовно окремих видів цивільно-правових договорів та які передбачають право кредитора відмовитись від прийняття виконання, хоч би таке право і не було передбачене договором.

Переважному застосуванню перед нормами, сформульованими в Господарському кодексі, підлягають також наступні положення Цивільного кодексу: 1) про можливість стягнення у вигляді збитків не тільки здійснених управненою стороною витрат, а і тих витрат, які вона має здійснити з метою відновлення свого права (ст. 22 ЦК; у відповідній частині не застосовується ч. 1 ст. 225 ГК); 2) про можливість встановлення неустойки у вигляді обов'язку передати майно (ст. 543 ЦК; у відповідній частині не застосовується ч. 1 ст. 230 ГК); 3) про строк відповіді на претензію (ст. 925 ЦК; у відповідній частині не застосовується ст. 315 ГК); 4) про тривалість позовної давності за вимогами до перевізника (ст. 925 ЦК; у відповідній частині не застосовується ст. 315 ГК); 5) про вид неустойки, який застосовується як правило (ст. 624 ЦК; у відповідній частині не застосовується

ст. 232 ГК); б) положення, що визначає непереборну силу (ст. 263 ЦК; у відповідній частині не застосовується ст. 218 ГК).

4. Диспозитивність положень Цивільного та Господарського кодексів. Оскільки Господарський кодекс [20] в частині, в якій він регулює майнові відносини, засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні та майновій самостійності їх учасників, є актом цивільного законодавства, положення про право сторін відступити в договорі від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд поширюється і на господарські договори. Разом з тим, сторони господарських договорів не вправі відступити від положень актів законодавства у випадках, передбачених абзацем другим ч. 3 ст. 6 ЦК [19] (якщо є пряма заборона чи така заборона впливає із актів цивільного законодавства або суті відносин між сторонами). Зокрема, ч. 4 ст. 179 ЦК забороняє відступати від змісту належне затверджених типових договорів, але дозволяє конкретизувати умови таких договорів та встановлює певні обмеження права сторін договору відступати від умов примірного договору. Ці обмеження є обов'язковими для сторін господарських договорів.

Право сторін цивільно-правового, в тому числі господарського договору, відступити від актів цивільного законодавства та врегулювати свої відносини на власний розсуд поширюється як на положення актів цивільного законодавства, що формулюють права та обов'язки осіб, так і на визначення відповідних понять. Так, уже з'явилися судові рішення, якими умови договорів про пеню за порушення виконання грошового зобов'язання визнавались недійсними тільки тому, що ч. 3 ст. 549 ЦК визначає пеню як неустойку, що обчислюється у відсотках від суми несвоєчасно виконаного грошового зобов'язання за кожен день прострочення виконання. Такі рішення не враховують, що сторони договору на підставі ч. 3 ст. 6 ЦК вправі встановити пеню за прострочення не тільки грошового, а і будь-якого іншого зобов'язання.

5. Можливість застосування нормативно-правових актів за аналогією. Можливість застосування нормативно-правових актів за аналогією, що передбачена ст. 8 ЦК [19], поширюється і на Господарський кодекс [20]. Аналогія є можливою і при застосуванні Цивільного кодексу та інших актів цивільного законодавства до господарських правовідносин. Зокрема, необхідність в аналогії виникає у зв'язку з тим, що в положеннях Господарського кодексу, що присвячені регулюванню майнових відносин, зазвичай поряд з органами державної влади та органами місцевого самоврядування не називаються органи влади Автономної Республіки Крим. В таких випадках застосування закону за аналогією має обґрунтовуватись посиланням на ч. 1 ст. 168 ЦК, відповідно до якої Автономна Республіка Крим діє у цивільних відносинах на рівних правах з іншими учасниками цих відносин. Застосування аналогії потребує обґрунтування і в багатьох інших випадках. Але є і такі випадки, коли наявність очевидної прогалини у праві, яка має бути заповнена шляхом застосування аналогії, звільняє суд від обов'язку обґрунтовувати застосування закону за аналогією. Так, у наймача (орендаря) виникають речові права на предмет договору найму (оренди). Ці права він може захищати перед третіми особами. Але момент виникнення у наймача речових прав на предмет договору найму закон не визначає. Тому цей

момент має визначатись із застосуванням за аналогією ч. 1 ст. 334 ЦК, відповідно до якої право власності у набувача майна за договором виникає з моменту передавання майна. Отже, речові права у наймача виникають з моменту, коли йому була передана річ, якщо договором не передбачено інше. В Цивільному кодексі широко використовується правова конструкція відмови (односторонньої) від договору. Але момент, з якого договір вважається розірваним (припиненим) унаслідок односторонньої відмови від нього зазвичай не визначається. Тому до таких відносин за аналогією застосовується ч. 2 ст. 782 ЦК, яка прямо поширюється тільки на зобов'язання найму та передбачає, що у разі відмови наймодавця від договору найму договір є розірваним з моменту одержання наймачем повідомлення наймодавця від договору.

Відповідно до ст. 8 ЦК застосуванню за аналогією підлягають лише акти цивільного законодавства. Але чинний Цивільний процесуальний кодекс [7] (ст. 11) і новий Цивільний процесуальний кодекс [21] (ст. 8) не формулюють будь-яких обмежень щодо того, акти яких галузей законодавства підлягають застосуванню за аналогією. З урахуванням цього при обчисленні середнього заробітку для визначення розміру відшкодування шкоди, заподіяної внаслідок каліцтва, ушкодження здоров'я чи смерті потерпілого, за аналогією слід застосовувати відповідні положення Закону «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування від нещасного випадку на виробництві і професійного захворювання, які спричинили втрату працездатності» [101] та Порядку обчислення середньої заробітної плати (доходу) для розрахунку виплат за загальнообов'язковим державним соціальним страхуванням [196], оскільки ст. 1197 ЦК не дає відповіді на цілу низку питань, що стосуються обчислення середньої заробітної плати. Названий Закон підлягає застосуванню також при визначенні розміру відшкодування у разі смерті потерпілого, якщо на утриманні потерпілого були особи, що не мали на це права, якщо з потерпілого стягувались кошти на утримання відповідних осіб, якщо право на відшкодування мають особи, що не були на його утриманні.

6. Застосування положень про способи захисту права. Ст. 16 ЦК [19] встановлює способи захисту цивільних прав та передбачає можливість встановлення законом та договором інших способів захисту права. Ст. 20 ГК [20] також встановлює способи захисту прав суб'єктів господарювання та споживачів і передбачає можливість встановлення інших способів захисту прав законом. На позиції можливості захисту прав способами, що встановлені законом і договором, стоїть Сімейний кодекс [17] (ст. 18). Земельний кодекс [16] передбачає захист прав тільки способами, передбаченими законом (ст. 152). Нарешті, і в ст. 4 нового Цивільного процесуального кодексу України [21] було включене положення про те, що суд захищає право у спосіб, визначений законами України. Отже, позиція вітчизняного законодавця виражається послідовно, і вона полягає в тому, що особа має захищати своє право у спосіб, встановлений законом, а у відповідних випадках — і договором. Проте, ця позиція не вповні відповідає Конвенції про захист прав і основних свобод людини [5]. П. 1 ст. 6 цієї Конвенції визнає право людини на доступ до правосуддя. Це означає, що особа має право пред'явити в суді таку вимогу на захист

цивільного права, яка відповідає змісту порушеного права та характеру порушення, яке мало місце. Якщо така відповідність є, а заборона на відповідний спосіб захисту права в законі не встановлена чи не впливає із нього, суд не може відмовити у задоволенні позовних вимог тільки тому, що відповідний спосіб захисту права не передбачений ст. 16 ЦК, ст. 20 ГК чи іншими законами.

Викладене виключає необхідність у поширювальному тлумаченні ст. 16 ЦК і ст. 20 ГК. Взагалі, як поширювальне, так і обмежувальне тлумачення актів цивільного законодавства в національній правовій системі є неприпустимим, оскільки воно не передбачене Конституцією і законами України. Суд має тлумачити і застосовувати акти цивільного законодавства буквально. Але посиланням на п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав та основних свобод людини досягається той же ефект, що і шляхом поширювального тлумачення актів цивільного законодавства: право може захищатись і у спосіб, вітчизняними законами не передбачений, оскільки інше означало б обмеження права на справедливий судовий розгляд справи у випадку спору про його цивільні права. Але в разі посилання на названу Конвенцію суд твердо стоїть на позиції букви закону. Так, п. 1 ч. 2 ст. 16 ЦК передбачає такий спосіб захисту цивільного права, як його визнання. Не передбачається навіть можливість пред'явлення в суді вимоги про визнання відсутності права чи про його втрату (до речі, можливість пред'явлення вимоги про відсутність права передбачена ч. 2 ст. 20 ГК). Але з урахуванням п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав і основних свобод людини можливе пред'явлення вимоги про визнання відсутності права, про його припинення, про визнання обов'язків іншої сторони, про зміну прав та обов'язків, про обсяг прав та обов'язків тощо.

Захисту підлягає не тільки порушене право, а і право, що оспорується або не визнається. Тому за наявності доказів оспорування чи невизнання права воно також підлягає захисту (відповідний спір має бути вирішений по суті з винесенням рішення). Так, учасник товариства з обмеженою відповідальністю передав директору товариства нотаріально засвідчену заяву про вихід із товариства. Заява була належним чином зареєстрована в товаристві, але до внесення відповідних змін до установчих документів та державної реєстрації цих змін заява була вилучена слідчим та приєднана до матеріалів кримінальної справи. Згодом слідчий на клопотання учасника, що раніше подав заяву про вихід із товариства, виніс постанову про повернення заяви цьому учасникові. Останній заяву знищив. Товариство звернулося до цього учасника з позовом про визнання його таким, що втратив права та обов'язки учасника товариства з обмеженою відповідальністю внаслідок подання заяви про вихід із товариства з обмеженою відповідальністю. Але місцевий суд у позові відмовив, а апеляційний суд припинив провадження у справі, оскільки закон не передбачає застосування такого способу захисту права, як визнання учасника товариства з обмеженою відповідальністю таким, який втратив права та не несе обов'язків учасника. На тому розгляд спору в судах закінчився. Між тим спірні правовідносини залишились і потребують судового вирішення.

Для правильного застосування окремих способів захисту права суттєво встановити характер положень, що формулюються у ст. 16 ЦК і ст. 20 ГК та

встановлюють способи захисту права. Йдеться про те, формулюються чи не формулюються в цих положеннях норми прямої дії. При вирішенні цього питання слід враховувати, що загальні правила про матеріально-правові способи захисту права можуть застосовуватись лише за відсутності спеціальних правил. Це положення знайшло відображення у судовій практиці, що складалась десятиріччями. Воно підтверджується, зокрема, п. 1 постанови Пленуму Верховного суду України «Про судову практику в справах про визнання угод недійсними» [243], відповідно до якого саме по собі порушення переважного права співвласників на придбання частки у спільній частковій власності, що відчужується, не є підставою для визнання договору, яким таке право порушується, недійсним, оскільки законом встановлено спеціальний спосіб захисту права учасника спільної часткової власності — пред'явлення вимоги про переведення на нього прав і обов'язків покупця за укладеною угодою впродовж встановленого законом строку.

На думку автора, у п. 1—4, а також у п. 10 ч. 2 ст. 16 ЦК, у абзацах другому-п'ятому ч. 2 ст. 20 ГК сформульовані норми прямої дії, які підлягають застосуванню завжди, коли є порушення цивільного права та коли застосування таких способів захисту права відповідає характеру порушеного права та дає змогу його захистити. В решті випадків ст. 16 ЦК і ст. 20 ГК не формулюють норм прямої дії, а захист цивільного права в будь-який спосіб, що передбачений п. 5—9 ч. 2 ст. 16 ЦК і абзацами шостим-одинадцятим ч. 2 ст. 20 ГК є можливим, якщо це не виключається спеціальними положеннями законів. Так, примусове виконання обов'язку в натурі відповідно до ст. 620 ЦК є можливим далеко не завжди. Дещо більш широкі можливості для цього дає ч. 5 ст. 226 ГК, яка допускає можливість відібрання у боржника, що не виконує відповідного зобов'язання, та передання кредиторів речей, визначених не тільки індивідуальними, а й родовими ознаками. В інших випадках законодавчих перешкод для захисту цивільного права шляхом присудження до виконання обов'язку в натурі також не існує. Але ст. 76 Закону «Про виконавче провадження» [91] встановлює, що у разі неможливості виконання судового рішення без участі боржника виконавчий документ повертається до суду чи іншого органу, який видав виконавчий документ, тобто допускається можливість невиконання судового рішення.

Зміна правовідносин у ст. 651—652 ЦК формулюється стосовно договірних зобов'язань як зміна договору. Вона можлива тільки за наявності підстав, передбачених цими статтями, а також іншими спеціальними положеннями законів. Це ж стосується і такого способу захисту права як припинення правовідносин. Ця думка підтверджується ст. 611 ЦК, яка перелічує, в тому числі і названі, наслідки порушення зобов'язань, але при цьому зазначається, що вони застосовуються, якщо це передбачено законом або договором.

Посилання у п. 8 ч. 2 ст. 16 ЦК та абзаці сьомому п. 2 ст. 20 ГК на можливість захисту права шляхом пред'явлення вимоги про відшкодування збитків і посилання у ст. 611 ЦК на відшкодування збитків як наслідок порушення зобов'язання у випадках, передбачених законом, не є достатньою правовою підставою для стягнення збитків у зобов'язальних правовідносинах. У ч. 1 ст. 623 ЦК і ч. 1 ст. 224 ГК сформульовані норми прямої дії, що дають правову підставу для

відшкодування збитків у разі порушення зобов'язання. В решті випадків за відсутності спеціальних норм збитки підлягають стягненню на підставі ст. 1166 ЦК, що встановлює обов'язок відшкодування шкоди, та ст. 1192 ЦК, яка визнає відшкодування збитків одним із способів відшкодування шкоди.

Визнання у п. 9 ч. 2 ст. 16 ЦК відшкодування моральної (немайнової) шкоди способом захисту цивільних прав також не є достатньою правовою підставою для відшкодування моральної шкоди. Відповідно до ст. 611 ЦК і ч. 1 ст. 225 ГК моральна шкода у разі її завдання порушенням зобов'язання відшкодовується у випадках, передбачених законом. Зокрема, ст. 24 Закону «Про захист прав споживачів» [51] передбачає відшкодування моральної шкоди, завданої споживачеві порушенням його прав. Моральна шкода, що завдана поза зобов'язаннями, відшкодовується на підставі ст. 1166, 1167 ЦК.

7. Визначення норм права як загальних або спеціальних на конкретних прикладах. В цій роботі уже зверталась увага на тенденцію до ускладнення нормативного матеріалу. Вона викликана як деталізацією нормативного матеріалу в Цивільному [19] і Господарському [20] кодексах порівняно з раніше чинним законодавством, так і недостатньою опрацьованістю новітніх актів цивільного законодавства.

Правові наслідки недійсності правочину встановлюються ст. 216 ЦК. Вони полягають, зокрема, в поверненні сторін до первісного майнового стану. У цій статті формулюються спеціальні правила, які переважно застосовуються до такого роду правовідносин. Але ж п. 1 ч. 3 ст. 1212 ЦК приписує застосовувати положення глави 83 Цивільного кодексу («Набуття, збереження майна без достатньої правової підстави») до вимог про повернення майна, переданого на виконання недійсного правочину. Незважаючи на це, правило ст. 1213 ЦК до таких правовідносин зазвичай застосовуватись не може, бо є спеціальна ст. 216 ЦК. Разом з тим, ст. 216 ЦК не виключає застосування ст. 1214 ЦК, яка покладає обов'язок відшкодувати доходи, що були отримані чи могли бути отримані за період, коли особа дізналася або могла дізнатися про безпідставність володіння майном, або сплатити проценти (при безпідставному отриманні грошей), якщо особа затримує виконання рішення суду про повернення до первісного майнового стану у зв'язку з недійсністю правочину.

Порядок розрахунків між сторонами при витребуванні майна із чужого незаконного володіння встановлений ст. 390 ЦК. На випадок заподіяння майнової чи моральної шкоди внаслідок порушення права власності встановлюється обов'язок відшкодувати таку шкоду (ч. 3 ст. 386 ЦК). Отже, за наявності цих спеціальних правил положення глави 83 Цивільного кодексу до таких правовідносин не можуть застосовуватись, хоч на таку можливість вказується у п. 2 ч. 3 ст. 1212 ЦК.

Ч. 3 ст. 1212 ЦК передбачає застосування глави 83 Цивільного кодексу до вимог про повернення виконаного однією із сторін у зобов'язанні. Це положення підлягає застосуванню, але у випадках, коли наслідки дострокового припинення договору встановлені спеціальними правилами (ст. 997, 1009 ЦК тощо), застосуванню підлягають ці правила, а не положення названої глави. Що стосується ч. 4 ст. 653 ЦК, відповідно до якої сторони не мають права вимагати

повернення виконаного ними за зобов'язанням до моменту зміни або розірвання договору, то вона не може застосовуватись. У випадках суперечності спеціальним положенням про окремі види зобов'язань ч. 4 ст. 653 ЦК не підлягає застосуванню, оскільки застосовуються такі спеціальні положення. В інших випадках, коли у зв'язку із зміною чи розірванням договору раніше здійснене виконання втратило правову підставу (оскільки зустрічне зобов'язання, що мало бути виконане пізніше, припинилось внаслідок зміни чи розірвання договору), ч. 4 ст. 653 ЦК застосуванню не підлягає, оскільки вона вочевидь суперечить принципу добросовісності, справедливості і розумності.

Ч. 4 ст. 1212 ЦК встановлює, що положення глави 83 Цивільного кодексу підлягають застосуванню до відносин щодо відшкодування шкоди особою, яка незаконно набула майно або зберегла його у себе за рахунок іншої особи. Але в основному такі відносини регулюються нормами інституту відшкодування шкоди. Лише у випадках затримки передання речі в порядку відшкодування завданої шкоди в натурі можливе застосування ст. 1214 ЦК до відносин щодо відшкодування шкоди.

§ 2. Застосування основних засад (принципів), що формулюються у Цивільному та Господарському кодексах

1. Принципи в Цивільному і Господарському кодексах. Законодавець приділяє значну увагу формулюванню у Цивільному [19] і Господарському [20] кодексах найбільш загальних законодавчих положень. В одних випадках вони так і зазначаються — як основні засади, принципи. В інших випадках такі загальні положення основними засадами чи принципами не називаються, але ж за змістом вони є такими. Так, ч. 2 ст. 13 ЦК покладає на особу найбільш загальний обов'язок при здійсненні своїх прав утримуватися від дій, які могли б порушити права інших осіб, завдати шкоди довкіллю або культурній спадщині. Це положення може тлумачитись як один із принципів цивільного законодавства.

Основні засади цивільного законодавства в цілому формулюються в ст. 3 ЦК. Деякі із них формулюються як засади, на яких мають ґрунтуватися зобов'язання (ч. 3 ст. 509 ЦК). У ст. 6 ГК формулюються загальні принципи господарювання. Ст. 44 ГК встановлює принципи підприємницької діяльності.

Слід мати на увазі, що основні засади та принципи входять до складу нормативного регулятора як його повноцінний елемент. Тому вони підлягають застосуванню при вирішенні цивільно-правових спорів поряд з конкретними положеннями, що формулюють права та/або обов'язки суб'єктів. Разом з тим треба враховувати, що основні засади, принципи є положеннями найбільш загального змісту, тому вони не можуть застосовуватись всупереч конкретним (спеціальним) положенням законів. Як і завжди, так і в цьому випадку, за наявності суперечності переважному застосуванню підлягають спеціальні положення (правові норми). Тому основні засади (принципи) підлягають прямому застосуванню перш за все у випадках, коли відповідні відносини взагалі

не врегульовані спеціальними положеннями. З іншого боку, основні засади не можуть застосовуватись всупереч прямо встановленим правилам (крім поодиноких випадків, коли прямо встановлене правило є вочевидь несправедливим і нерозумним). Але всупереч правилам, які лише впливають із закону, основні засади застосовуватись можуть. Так, при перевищенні максимальної кількості учасників товариства з обмеженою відповідальністю таке товариство підлягає перетворенню в акціонерне товариство (ч. 1 ст. 141 ЦК). Це правило можна було б витлумачити у такий спосіб, що із нього випливає неприпустимість перетворення товариства з обмеженою відповідальністю у кооператив. Але зробити такий висновок перешкоджає ч. 1 ст. 45 ГК, відповідно до якої підприємництво в Україні здійснюється в будь-яких організаційних формах, передбачених законом на вибір підприємця. Отже, закон не перешкоджає перетворенню товариства з обмеженою відповідальністю в кооператив, в тому числі у зв'язку з перевищенням граничної чисельності учасників товариства, встановлений законом.

При тлумаченні правових норм слід враховувати якість нормативного матеріалу, в якому ці норми формулюються. Ця якість взагалі є невисокою. Так, у головному реченні ч. 3 ст. 1122 ЦК відсутні присудок і інші частини речення, в результаті чого воно не становить закінченої думки. У ч. 1 ст. 707 ЦК замість слів «належної» (якості) вживається слово «неналежної». Позбавлене здорового глузду положення ч. 3 ст. 277 ЦК, яке визнає недостовірною будь-яку негативну інформацію, поширену про особу. Неприйнятними морально і позбавленими ознаки розумності є положення ст. 535 ЦК (про збільшення суми, що виплачується фізичній особі за грошовим зобов'язанням пропорційно збільшенню неоподаткованого мінімуму доходів громадян), ст. 653 ЦК (про неприпустимість вимагати повернення того, що було виконане за зобов'язанням до моменту розірвання договору), ч. 3 ст. 741 ЦК (про розрахунки між сторонами у разі розірвання договору ренти, якщо майно платникові ренти передане за плату), ч. 1 ст. 225 ГК (про включення до складу збитків «вартості... пошкодженого... майна», оскільки до складу збитків має відноситись сума, на яку зменшилась вартість майна). Це — лише приклади. Є інші положення, що свідчать про невисоку якість нормативного матеріалу та примушують ставити питання про способи виправлення його недоліків.

Таких способів є декілька. Це — співставлення невідлого положення акта цивільного законодавства з іншими положеннями та усунення недоліків шляхом систематичного тлумачення положень таких актів (може застосовуватись при тлумаченні, наприклад, ч. 1 ст. 707 ЦК, що суперечить ч. 1 ст. 20 Закону «Про захист прав споживачів» [51]), використання міжнародного договору, згоду на обов'язковість якого для України надана Верховною Радою (в такий спосіб за допомогою Конвенції про захист прав та основних свобод людини [5] виправляються недоліки ч. 3 ст. 277 ЦК). Одним із способів виправлення недоліків у формулюваннях положень актів цивільного законодавства є пряме застосування основних засад, принципів, сформульованих в Цивільному та Господарському кодексах. В такий спосіб, шляхом прямого застосування принципів добросовісності, справедливості і розумності виправляються недоліки ч. 1 ст. 225 ГК (це дає змогу до складу збитків включити не всю вартість

пошкодженого майна, а лише ту грошову суму, на яку зменшилась вартість пошкодженого майна), ст. 653 ЦК (це дає змогу за відповідних умов задовольнити вимогу про повернення раніше виконаного за зобов'язанням у зв'язку з розірванням договору), ст. 741 ЦК та деяких інших статей.

В інших випадках названі основні засади та принципи мають враховуватись при тлумаченні положень актів цивільного законодавства. Так, ч. 2 ст. 13 ЦК приписує всім особам при здійсненні своїх прав утримуватися від дій, які б могли порушити права інших осіб, завдати шкоди довкіллю або культурній спадщині. Ч. 2 ст. 319 ЦК забороняє власникам використовувати право власності на шкоду правам, свободам та гідності громадян, інтересам суспільства, погіршувати екологічну ситуацію та природні якості землі. Якщо викладені положення тлумачити суто буквально, то їздити на автомобілі буде не можна, оскільки при цьому погіршується екологічна ситуація та завдається шкода довкіллю, а землю орати та обробляти також не можна, оскільки це погіршує природні якості землі, які найкраще зберігаються лише при вирощуванні багаторічних трав. Але таке тлумачення названих положень Цивільного кодексу суперечило б засадам справедливості і розумності. З урахуванням цих основних засад цивільного законодавства названі положення слід тлумачити у такий спосіб, що все-таки довкіллю шкодити можна, можна погіршувати екологічну ситуацію і природні якості землі, але при цьому не можна виходити за межі гранично допустимих концентрацій шкідливих речовин у воді, що відводиться у водоймища, у газах, що випускаються у повітря, у ґрунті, виходити за допустимі рівні шуму, порушувати інші вимоги законодавства щодо використання природних ресурсів.

Сформульовані у Цивільному і Господарському кодексах основні засади цивільного законодавства, принципи господарювання, підприємницької діяльності підлягають переважному застосуванню порівняно з підзаконними актами. Але у безпосередньому застосуванні основних засад, принципів треба виявляти граничну обережність, особливо при їх застосуванні всупереч конкретним положенням законодавчих актів, що формулюють права та обов'язки осіб.

2. Справедливість, добросовісність і розумність. Ці принципи цивільного права закріплені у п. 6 ст. 3 ЦК [19] і поширюються на всі цивільні правовідносини, в тому числі і ті, стосовно яких чинним є Господарський кодекс [20]. Принципи добросовісності, справедливості та розумності виражають основні ідеї природничого права. Безпосереднє закріплення цих ідей в законі є проявом зрілості вітчизняного цивільного законодавства, що виключає застосування до цивільних правовідносин відповідних ідей природничого права як таких. Є приклади, коли стосовно конкретних правовідносин приписується прямо керуватися цими принципами. Так, у випадках, коли обов'язки набувача за договором довічного утримання не були конкретно визначені або коли виникає потреба забезпечити відчужувача іншими видами матеріального забезпечення та догляду, ч. 2 ст. 749 ЦК приписує вирішувати спір відповідно до засад справедливості та розумності.

3. Неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, встановлених Конституцією та законом. Ця основна засада закріплена у п. 2 ст. 3 ЦК [19]. При її застосуванні вкрай важливим є врахування ст. 1 Додаткового

протоколу до Конвенції про захист прав та основних свобод людини [5]. Ця стаття не допускає можливості позбавлення права власності навіть Конституцією або законом, якщо це не є необхідним для здійснення контролю за використанням майна відповідно до загальних інтересів або для забезпечення сплати податків або інших зборів і штрафів. З огляду на це положення застосування конфіскації товарів у зв'язку з невивезенням їх за межі митної території України у встановлений строк (ст. 348 Митного кодексу України [18]), особливо якщо ці товари не є власністю особи, що вчинила правопорушення (частина друга ст. 326 Митного кодексу), може бути визнане Європейським судом з прав людини таким, що не має достатньої правової підстави. В Україні судовий прецедент не визнається джерелом права. Але ж ратифікація Верховною Радою Конвенції про захист прав і основних свобод людини означає визнання юрисдикції Європейського Суду з прав людини. Це опосередковано вимушує враховувати при здійсненні правосуддя у цивільних справах прецеденти Європейського Суду з прав людини.

4. Принципи, що стосуються свободи підприємницької діяльності.

Свобода договору закріплюється у п. 3 ст. 3 ЦК [19]. У зв'язку з законодавчим закріпленням свободи договору обмеження цієї свободи може встановлюватись лише законами. Такі обмеження є непоодинокими. Зокрема, вони встановлюються ст. 648 ЦК (зміст договору, що ґрунтується на обов'язковому для сторін акті, має відповідати цьому акту), ст. 633 ЦК (укладення договорів, що кваліфікуються як публічні, є обов'язковим для підприємців, що здійснюють продаж товарів, виконання робіт, надання послуг), ст. 179 ГК [20] (укладення господарського договору є обов'язковим, якщо він заснований на державному замовленні, якщо для суб'єкта господарювання воно є обов'язковим, або якщо є інша вказівка закону про обов'язковість укладення договору для певних категорій суб'єктів господарювання чи органів державної влади або органів місцевого самоврядування).

Свобода підприємницької діяльності прямо закріплюється у п. 4 ст. 3 ЦК, а в ст. 6 та 44 ГК конкретизується у цілій низці більш конкретних принципів. Відповідно до абзацу другого ст. 6 ГК забезпечується економічна багатоманітність та рівний захист державою усіх суб'єктів господарювання. Цей принцип відповідає економічній реальності, і є значно більш обґрунтованим, ніж положення про забезпечення всім власникам рівних умов для здійснення своїх прав (ч. 3 ст. 4 Закону «Про власність» [24]). Із цього останнього положення законами встановлюються численні винятки. Принцип рівного захисту державою усіх суб'єктів господарювання є таким, винятки з якого були б неприйнятними. Проте, і цей принцип не є достатнім для заперечення чинності Закону «Про введення мораторію на примусову реалізацію майна» [124].

Принцип вільного руху капіталів, товарів та послуг на території України підлягає прямому застосуванню до випадків, коли підзаконними актами такий рух обмежується. У недалекому минулому здійснювались спроби обмеження руху товарів з боку органів місцевого самоврядування. З урахуванням таких випадків п. 14.1.1 ч. 14.1 ст. 14 Закону «Про державну підтримку сільського господарства України» [151] визнає недійсними і такими, що не підлягають виконанню,

рішення Кабінету Міністрів, інших центральних органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування або їх виконавчих органів, місцевих державних адміністрацій щодо обмеження прав власників сільськогосподарської продукції на вільне розпорядження нею, введення будь-яких обмежень на вільне переміщення сільськогосподарської продукції по всій території України та на експорт.

З урахуванням принципу свободи підприємницької діяльності ч. 1 ст. 45 ГК надає підприємцям право здійснювати підприємництво в Україні в будь-яких організаційно-правових формах, передбачених законом. В силу цього правила та Закону «Про споживчу кооперацію» [39] споживчі товариства можуть здійснювати господарську діяльність з метою отримання прибутку, хоч ст. 84 ЦК допускає створення підприємницьких товариств лише як господарських товариств або виробничих кооперативів. Ч. 1 ст. 45 ГК може застосовуватись також при визначенні меж правомірного перетворення юридичної особи однієї організаційно-правової форми в юридичну особу іншої організаційно-правової форми: якщо заборона на таке перетворення прямо не встановлена законом або не впливає із нього, таке перетворення є припустимим.

5. Судовий захист цивільного права та інтересу. В п. 5 ст. 3 ЦК [19] закріплюється принцип судового захисту цивільного права та інтересу. Цей принцип конкретизується у ч. 2 ст. 15 ЦК, яка надає кожній особі можливість захисту в суді не тільки права, а й інтересу. Це — значно більш широкі можливості для захисту інтересу, ніж ті, що існували раніше. Ст. 4 Цивільного процесуального кодексу 1963 р. [7] передбачає можливість захисту в суді тільки охоронюваного законом інтересу. Тепер будь-який інтерес, що визнається цивільним, набув ознаки охоронюваного законом, якщо тільки цей інтерес не суперечить «загальним засадам цивільного законодавства». Очевидно, перешкодою для захисту цивільного інтересу може бути і суперечність його конкретним положенням актів цивільного законодавства. В суді розглядалася справа про внесення змін до договору найму. Позивач обґрунтовував позовні вимоги тим, що розмір плати за користування предметом найму був установлений в договорі на рівні, що є у п'ять разів меншим від того розміру, який відповідає кон'юктурі ринку. Отже, вважав позивач, умова договору щодо розміру найманої плати порушує його інтерес, який відповідно до ч. 2 ст. 15 та ч. 1 ст. 16 ЦК підлягає захисту судом. Суд відмовив у позові, оскільки інтерес позивача суперечить ст. 512 ЦК, в силу якої на підставі укладеного договору між сторонами виникло зобов'язання, ст. 526 ЦК, яка приписує виконувати зобов'язання належним чином, зокрема, згідно з умовами договору, та ст. 651 ЦК, яка встановлює підстави зміни договору.

Зазначення у ч.1 та 2 ст.20 ГК [20] на те, що захисту підлягають «законні інтереси», не перешкоджає захисту будь-якого інтересу в межах, про які йдеться у попередньому абзаці, бо відповідно до ст.15 ЦК законним має визнаватись будь-який інтерес у зазначених межах.

§ 3. Термінологія Цивільного і Господарського кодексів

1. Загальні положення про терміни (поняття) в актах законодавства та їх (термінів) тлумачення. Терміни самі по собі не є правовими нормами і не формулюють прав та обов'язків суб'єктів. Але вони визначають або межі застосування відповідних положень законодавства, або зміст та обсяг прав та обов'язків суб'єктів, або зміст та обсяг санкцій, які підлягають застосуванню. Отже, правильне розуміння термінів, які вживаються у Цивільному та Господарському кодексах, має істотне значення для правозастосування.

У Цивільному [19] і Господарському [20] кодексах наводяться численні визначення понять. В інших законах також дедалі більше поширюється практика визначення понять. Але часто в актах законодавства терміни вживаються, а визначення понять, які позначаються цими термінами, не наводяться. У зв'язку з цим необхідно враховувати наступне.

По-перше, за наявності визначення поняття у певному законі чи іншому акті цивільного законодавства при тлумаченні цього акту слід використовувати те визначення поняття, яке наводиться в цьому акті. Це ж визначення слід застосовувати при тлумаченні підзаконних актів, які поширюються на відносини, що регулюються законом чи іншим законодавчим актом, в якому дається відповідне визначення.

По-друге, за відсутності визначення певного поняття у тому чи іншому законі при тлумаченні правових норм, в яких такі поняття використовуються, слід застосовувати визначення понять, що формулюються у підзаконних актах, які поширюються на відносини, що регулюються цим законом. При цьому мають ретельно перевірятись наявність у державного органу, що видав підзаконний акт, повноваження на його прийняття та межі цього повноваження. Випадки прийняття центральними органами виконавчої влади нормативно-правових актів за відсутності повноваження є непоодинокими.

По-третє, за відсутності визначення поняття у законодавчих та інших нормативно-правових актах, що регулюють відповідні відносини, слід застосовувати визначення поняття, що дається у законодавчих чи інших (за відсутності визначення у законодавчих) актах, які належать до тієї ж галузі законодавства.

По-четверте, можливе застосування визначень понять, що наводяться у суміжних галузях законодавства, а за відсутності таких визначень у суміжних галузях — в інших галузях. Так, в цивільному законодавстві не формулюються поняття вини, умислу, необережності. Тому при тлумаченні актів цивільного законодавства можливе використання як базових визначень цих понять, що наводяться у Кримінальному кодексі [14]. Ці визначення можуть коригуватись з урахуванням відповідних положень цивільного законодавства. Інший приклад: поширення біржової торгівлі веде до застосування правових конструкцій форвардних, ф'ючерсних контрактів та опціонів. За таких умов виникає необхідність у використанні визначень цих понять, що наводяться у п. 1.5.1—1.5.3

ч. 1.5 ст. 1 Закону «Про оподаткування прибутку підприємств» [77]. У Законі «Про державну підтримку сільського господарства України» [151] стосовно предмета цього Закону приписується форварди, ф'ючерси і опціони визначати відповідно до Закону «Про оподаткування прибутку підприємств». Але застосування понять, що формулюються в актах законодавства, що належать до іншої галузі, не означає, що кримінальне чи податкове законодавство регулює цивільні відносини. Таке твердження було б неправильним.

По-п'яте, якщо пошук визначення поняття в актах законодавства виявився безуспішним, слід використовувати визначення, що формулюються у спеціальній літературі. При цьому враховується рівень загального визнання відповідного визначення. Так, у науковому виданні, що викладає результати певних досліджень, можуть формулюватись нові (незагальновизнані) визначення понять. Навпаки, в енциклопедичних та інших словниках, в підручниках зазвичай наводяться загальновизнані наукові визначення понять. За відсутності наукового визначення певного поняття відповідний термін слід тлумачити так, як його значення розкривається в тлумачних словниках української мови та художній літературі. Нарешті, при тлумаченні термінів можна використовувати і те розуміння слів і термінів, яке є загальноприйнятим у спілкуванні.

Недостатня визначеність понять, які використовуються в Цивільному і Господарському кодексах, торкнулася і таких понять, які належать до категорії фундаментальних. Це стосується багатьох із таких понять.

2. Терміни, що позначають предмет та результат правового регулювання. Відносини, що регулюються актами цивільного законодавства вдало названі у ст. 1 ЦК [19] цивільними. В результаті правового врегулювання цих відносин виникають цивільні правовідносини, в тому числі зобов'язання. Це — елементарні, загальновизнані положення.

Господарський кодекс [20] значно урізноманітнює термінологію. Значається, що цей Кодекс «регулює господарські відносини» (ст. 1 ГК). В ст. 3 ГК встановлюється, що, зокрема господарсько-виробничі відносини утворюються між суб'єктами господарювання при безпосередньому здійсненні ними господарської діяльності, а інші учасники «відносин у сфері господарювання» в господарсько-виробничих відносинах брати участь не можуть. Це, в принципі, відповідає визначенню майново-господарських зобов'язань як таких, що виникають між учасниками господарських відносин (ч. 1 ст. 175 ГК). Але уже ч. 2 цієї ж статті всупереч ч. 5 ст. 3 ГК (яка сторонами господарсько-виробничих відносин — а це єдиний вид майнових відносин, що належать до господарських відповідно до ч. 4 ст. 3 ГК — називає тільки суб'єктів господарювання) визнає майново-господарськими зобов'язаннями не тільки зобов'язання між суб'єктами господарювання, а і зобов'язання між суб'єктами господарювання, з одного боку, та негосподарюючими суб'єктами-юридичними особами, а також органами влади, органами місцевого самоврядування, наділеними господарською компетенцією, — з другого. Частина 2 ст. 175 ГК як така, що формулює спеціальне правило, підлягає переважному застосуванню перед ч. 5 ст. 3 ГК.

Поряд з розумінням господарських відносин, які із майнових відносин включають у себе тільки відносини, про які йшлося в попередньому абзаці, в

Господарському кодексі є і більш широке розуміння господарських відносин. Відповідно до ст. 1 ГК господарські відносини виникають у процесі організації та здійснення господарської діяльності між суб'єктами господарювання, а також між цими суб'єктами та іншими учасниками відносин у сфері господарювання. Учасниками відносин у сфері господарювання відповідно до ст. 2 ГК визнаються навіть споживачі, під якими, безумовно, тут розуміються фізичні особи (це впливає із визначення споживачів у преамбулі Закону «Про захист прав споживачів» [51]), а також юридичні особи, що не є суб'єктами господарювання (це впливає із співставлення ст. 2 і ч. 2 ст. 175 ГК).

Незважаючи на таке розуміння господарських відносин, у ст. 1 ГК, в силу ч. 2 ст. 175 ГК чинність Господарського кодексу не може бути поширена на правовідносини між суб'єктами господарювання, з одного боку, та фізичними особами, — з другого. Такі відносини разом з майновими господарськими відносинами можна було б іменувати відносинами у сфері господарювання (термін ст. 2 ГК). Але таке розмежування понять господарських відносин і відносин у сфері господарювання не відповідає термінології Цивільного і Господарського кодексів. Так, ч. 2 ст. ЦК передбачається можливість встановлення особливостей регулювання майнових відносин у сфері господарювання. У ст. 4 ГК, окреслюючи предмет Господарського кодексу, також вказується на розмежування «відносин у сфері господарювання з іншими видами відносин». Але це не може бути підставою для поширення чинності Господарського кодексу на відносини між суб'єктами господарювання, з одного боку, та фізичними особами-споживачами, — з другого, бо цьому перешкоджає спеціальне правило ч. 2 ст. 175 ГК.

До майнових відносин, на які поширюється чинність Господарського кодексу, належать майнові відносини між засновниками суб'єктів господарювання, між кожним із засновників та суб'єктом господарювання. Мається на увазі, що на підставі статуту або установчого договору суб'єкта господарювання, інших актів, прийнятих вищим органом суб'єкта господарювання, виникають певні майнові відносини. Вони регулюються Цивільним та Господарським кодексами. Але у випадках, коли в них беруть участь фізичні особи, що не є підприємцями, такі відносини Господарським кодексом не регулюються.

Інший вид господарських відносин — організаційно-господарські — виникають між суб'єктами господарювання та суб'єктами організаційно-господарських повноважень, тобто в них не можуть брати участь багато із суб'єктів, які у ст. 2 ГК названі суб'єктами відносин у сфері господарювання (учасниками цих відносин не можуть бути фізичні особи, що не є підприємцями). Якщо фізична особа, що не є підприємцем, є учасником (засновником) суб'єкта господарювання, її відносини з цим суб'єктом регулюються актами цивільного законодавства.

Нарешті, внутрішньогосподарські відносини встановлюються між структурними підрозділами суб'єктів господарювання, між суб'єктом господарювання та його структурними підрозділами. Визнання їх видом господарських відносин не наближає нас до усунення суперечності в розумінні господарських відносин чи відносин у сфері господарювання у ст. 1 та 2 ГК, з одного боку, та у ст. 3 ГК, — з другого.

Організаційно-господарським відносинам, що регулюються Господарським кодексом, відповідають організаційно-господарські зобов'язання (ст. 176 ГК), що виникають в результаті такого врегулювання. Це — логічно. Господарсько-виробничим відносинам, що регулюються Господарським кодексом, за логікою речей мали б відповідати господарсько-виробничі зобов'язання, що виникають в результаті такого врегулювання. Але ж у ч. 1 ст. 175 ГК, в інших статтях цього Кодексу вживається термін «майнового-господарські зобов'язання». Виникають майново-господарські зобов'язання в результаті врегулювання менш широкого кола суспільних відносин, ніж ті, що охоплюються поняттям господарських відносин (ст. 1 ГК) чи відносин у сфері господарювання (ст. 2 ГК), але більш широкого кола відносин, ніж ті, що охоплюються поняттям господарсько-виробничих відносин (ч. 5 ст. 3 ГК). Зокрема, до майново-господарських зобов'язань належать зобов'язання між суб'єктом господарювання та його учасниками (засновниками) в тій частині, в якій вони мають майновий зміст. У викладеному логіки мало, але на стадії правозастосування привносимо логіку в закон запіздно. Проте, немає підстав стверджувати, що суперечності у визначенні змісту згаданих понять унеможливають розумне правозастосування. Ці суперечності лише ускладнюють розуміння змісту законодавчого акта.

Правозастосування ще більше ускладнюється внаслідок того, що положення Господарського кодексу неодноразово виходять за межі, які випливають із визначення господарських відносин у ст. 3 ГК. І якщо такий вихід у ст. 20 ГК не є суттєвим з огляду на загальний характер змісту цієї статті та тотожність основного її змісту правилам ст. 16 ЦК, то ч. 2 ст. 230 ГК («суб'єктами права застосування штрафних санкцій є учасники відносин у сфері господарювання, зазначені у статті 2 цього Кодексу») ставить питання про можливість застосування положень Господарського кодексу про штрафні санкції до зобов'язань, що не є господарськими відповідно до ст. 173, 175, 176 ГК. Зауважимо, що все-таки це є неможливим.

3. Господарська компетенція за Господарським кодексом України.

У ч. 1 ст. 55 ГК [20] господарська компетенція розкривається як сукупність господарських прав та обов'язків, які надаються суб'єктам господарювання і реалізуються ними. В такому розумінні цей термін більше ніде, крім як у ст. 55 ГК, не вживається. Застосування терміна «господарська компетенція» в такому розумінні не відповідає визначенню поняття компетенції в науці, що знайшло відображення у словниках та енциклопедіях. Так, у Юридичній енциклопедії (том 3, Київ, 2001, с. 196) компетенція визначається як сукупність повноважень будь-якого органу або посадової особи, які визначають можливості цього органу або посадової особи приймати обов'язкові для виконання рішення, організувати та контролювати їх виконання, застосовувати у необхідних випадках міри відповідальності. Із подальшого тексту випливає, що цей термін застосовується щодо державних органів, органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб. Суб'єкти господарювання є переважно юридичними особами приватного права. Тому використання щодо них терміна «компетенція» є дещо незвичним.

У ст. 2 та ч. 2 ст. 176 ГК термін «господарська компетенція» вживається в іншому розумінні. Тут йдеться про те, що господарською компетенцією

наділяються державні органи та органи місцевого самоврядування щодо відповідних суб'єктів господарювання. При цьому термін «господарська компетенція» має тлумачитись так, що він позначає те ж явище, яке позначається терміном «організаційно-господарські повноваження», і, крім того, до змісту поняття господарської компетенції включаються ті повноваження, які державні органи, органи влади Автономної Республіки Крим, органи місцевого самоврядування мають стосовно господарських товариств, створених (у тому числі одноособово) державою, Автономною Республікою Крим чи територіальною громадою. До відносин між суб'єктами господарювання, засновниками або учасниками яких не є держава, Автономна Республіка Крим, територіальна громада (їх органи), з одного боку, та державними органами або органами самоврядування, — з другого, термін «господарська компетенція» застосовуватись не може.

4. Організаційно-господарські повноваження. Цей термін, за логікою речей, повинен був мати зміст, близький до поняття «організаційно-господарські відносини» та «організаційно-господарські зобов'язання». Але ж зміст Господарського кодексу [20] свідчить про те, що в термін «організаційно-господарські повноваження» вкладається особливий (спеціальний) зміст. Із ч. 5 ст. 22 ГК випливає, що цим терміном позначаються права «відповідних органів управління» (тобто, державних органів) щодо суб'єктів господарювання, що належать до державного сектору економіки. До державного сектору економіки належать суб'єкти господарювання, що діють лише на підставі державної власності, а також суб'єкти, державна частка яких у статутному фонді перевищує п'ятдесят відсотків чи становить величину, яка забезпечує державі право вирішального впливу на господарську діяльність цих суб'єктів (ч. 2 ст. 22 ГК). Але категорія організаційно-господарських повноважень позначає тільки ті повноваження державних органів (за термінологією ч. 5 ст. 22 ГК — органів управління), які стосуються суб'єктів господарювання, що здійснюють свою діяльність на підставі права господарського відання або права оперативного управління (тобто державних унітарних комерційних і казенних підприємств). Ця категорія не стосується повноважень державних органів щодо господарських товариств, учасником яких (в тому числі і єдиним) є держава.

Такий же зміст вкладається ч. 1 ст. 24 ГК в термін «організаційно-господарські повноваження» територіальних громад та органів місцевого самоврядування щодо суб'єктів господарювання, що належать до комунального сектору економіки і здійснюють свою діяльність на підставі права господарського відання або оперативного управління (тобто державних унітарних комерційних і некомерційних підприємств).

Очевидно, термін «організаційно-господарські повноваження» має застосовуватись і до повноважень Автономної Республіки Крим та органів влади Автономної Республіки Крим стосовно суб'єктів господарювання, що знаходяться у власності Автономної Республіки Крим та здійснюють свою діяльність на підставі права господарського відання або оперативного управління.

Організаційно-господарські повноваження державних органів, органів влади Автономної Республіки Крим, органів місцевого самоврядування включають як повноваження організаційного характеру, так і повноваження, що мають зміст майновий (наприклад, повноваження на вилучення майна у казенного підприємства, передбачене ч. 3 ст. 77 ГК). Зміст організаційно-господарських повноважень державних органів щодо державних підприємств розкривається у ст. 2 Декрету Кабінету Міністрів «Про управління майном, що є у державній власності» [154]. Це такі повноваження:

1) приймати рішення про створення, реорганізацію, ліквідацію підприємств, установ і організацій, заснованих на загальнодержавній власності (надалі — підприємства);

2) затверджувати статuti (положення) підприємств, контролювати їх дотримання та приймати рішення у зв'язку з порушенням статутів (положень);

3) укладати і розривати контракти з керівниками підприємств;

4) давати згоду Фондові державного майна України на створення спільних підприємств будь-яких організаційно-правових форм, до статутного фонду яких передається майно, що є загальнодержавною власністю;

5) готувати разом з відповідними місцевими Радами народних депутатів висновки та пропозиції Кабінету Міністрів України щодо розмежування державного майна між загальнодержавною, республіканською (Республікою Крим) і комунальною власністю;

б) брати участь у підготовці та укладанні міжнародних договорів України з питань загальнодержавної власності.

В зв'язку з таким широким змістом організаційно-господарських повноважень відповідних державних органів, органів влади Автономної Республіки Крим, органів місцевого самоврядування щодо унітарних підприємств, які знаходяться в сфері їх управління, недоречно було б ставити питання про корпоративні права держави, Автономної Республіки Крим та територіальних громад стосовно таких підприємств.

Організаційно-господарські повноваження входять до змісту майново-господарських або організаційно-господарських зобов'язань.

5. Організаційно-установчі повноваження власника. Такими відповідно до ст. 135 ГК [20] є повноваження учасників (засновників) юридичної особи-суб'єкта господарювання (господарського товариства, виробничого кооперативу, державного або комунального підприємства). МайнOVOю підставою організаційно-установчих повноважень власника є право власності на майно, передане державному або комунальному підприємству на праві господарського відання або оперативного управління, або корпоративні права, яким присвячені ст. 167—172 ГК.

6. Поняття зобов'язання. Застосування поняття зобов'язання набуває в актах законодавства дедалі більшого поширення. У Цивільному кодексі [19] під зобов'язаннями розуміються виключно цивільно-правові зобов'язання. Якщо відповідно до змісту відповідних положень Цивільного кодексу вони поширюються на зобов'язання, то вони застосовуються виключно до цивільно-правових зобов'язань та їх різновидів і не застосовуються до тих зобов'язань, які

не є цивільно-правовими. Різновидами цивільно-правових зобов'язань є майново-господарські зобов'язання, на що прямо вказується у ч. 1 ст. 175 ГК [20]. Серед майново-господарських зобов'язань за ознакою підстави виникнення виокремлюються господарсько-договірні зобов'язання (ч. 1 ст. 179 ГК). Організаційно-господарські зобов'язання прямо не називаються цивільно-правовими ні в ст. 176 ГК, де вони визначаються, ні в інших статтях Господарського кодексу. Але вони, безумовно, належать до категорії цивільно-правових зобов'язань. Права, що входять до змісту таких зобов'язань, захищаються в порядку, встановленому для захисту цивільних прав, прав суб'єктів господарювання та споживачів (ст. 16 ЦК; ст. 20 ГК).

За межі поняття цивільно-правового зобов'язання виходять соціально-комунальні зобов'язання суб'єктів господарювання (ст. 177 ГК), оскільки такі зобов'язання не є підставою для вимог щодо їх обов'язкового виконання (ч. 4 ст. 175 ГК).

До господарських відносин належать внутрішньогосподарські відносини (ч. 4 ст. 3 ГК) — відносини між структурними підрозділами суб'єкта господарювання та відносини суб'єкта господарювання з його структурними підрозділами (ч. 7 ст. 3 ГК). Але ні в цьому Кодексі, ні в інших актах законодавства не йдеться про те, що в результаті правового врегулювання таких відносин виникають зобов'язання, тобто внутрішньогосподарські відносини як предмет правового регулювання декларуються. Але наявність відповідних зобов'язань не визнається, не визнається і можливість захисту у суді прав, що виникають в результаті врегулювання актами законодавства внутрішньогосподарських відносин. Внутрішньогосподарські відносини не є предметом цивільного права. Права, що впливають із внутрішньогосподарських відносин, не набули достатньої правової регламентації, тому вони не можуть захищатись у суді, крім випадків, коли із внутрішньогосподарських відносин впливають трудові права працівників, зокрема на оплату праці.

Податкові зобов'язання визначаються у п. 1.2 ст. 1 Закону «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами» [110] і також виходять за межі поняття цивільно-правових зобов'язань. Поняття зобов'язання вживається в актах трудового законодавства (ст. 10, 12, 13 КЗпП [8]; ст. 7 Закону «Про колективні договори і угоди» [46]). Воно також виходить за межі категорії цивільно-правового зобов'язання.

У ч. 1 ст. 509 ЦК наводиться визначення поняття зобов'язання, що є традиційним: зобов'язанням є праввідношення, в якому одна сторона (боржник) зобов'язана вчинити на користь другої сторони (кредитора) певну дію (передати майно, виконати роботу, надати послугу, сплатити гроші тощо) або утриматись від певної дії, а кредитор має право вимагати від боржника виконання його обов'язку. Це відповідає визначенням господарського зобов'язання у ст. 173 ГК, майново-господарського зобов'язання у ст. 175 ГК, організаційно-господарського зобов'язання у ст. 176 ГК. Слід пояснити, що у всіх згаданих статтях цивільно-правове зобов'язання чи його окремі види визначаються як зв'язок виключно односторонньої спрямованості, де одна сторона зобов'язується, а інша — вправі вимагати виконання зобов'язання.

Але уже у ч. 3 ст. 510 ЦК визнається можливість такої ситуації, коли у зобов'язанні кожна із сторін одночасно має право (тобто, є кредитором) і обов'язки (тобто, є боржником). Тут зобов'язання уже визначається як усі правовідносини, що виникають на основі відплатного (двостороннього) договору, хоч відповідно до ч. 1 ст. 509 ЦК на підставі такого договору виникають два зобов'язання, які є зустрічними і кожне з яких має свою підставу у зустрічному зобов'язанні. Ці два зустрічних зобов'язання утворюють зобов'язальні правовідносини. Те ж розуміння зобов'язання, що і в ч. 3 ст. 510 ЦК, впливає із ч. 2 та 3 ст. 626 ЦК. Так, у ч. 3 цієї статті при визначенні двостороннього договору йдеться про виникнення на його підставі не двох зустрічних зобов'язань, а прав і обов'язків у кожній із сторін такого договору.

Тим часом, поняттям зобов'язання Цивільний і Господарський кодекс оперують досить широко. Виникає питання про те, що ж мається на увазі в Цивільному і Господарському кодексах, коли в них вживається це поняття, — односторонній цивільно-правовий зв'язок (зобов'язання в буквальному розумінні цього слова) чи двосторонній правовий зв'язок (зобов'язальні правовідносини, що виникають на основі двостороннього договору). Відповідь на це питання, що впливає із всього змісту Цивільного і Господарського кодексів, має бути такою: як правило у цих кодексах під зобов'язанням розуміється односторонній правовий зв'язок, що виникає на підставі одностороннього чи двостороннього договору. Особливо важливо, що як раз так розуміється зобов'язання у статтях, де йдеться про припинення зобов'язань (ст. 598—609 ЦК; ст. 202—205 ГК). Але ж є і такі випадки, коли в законі під зобов'язаннями розуміються якраз двосторонні майнові правовідносини в цілому.

7. Зобов'язання і правочин, що є підставою зобов'язання. Співвідношення зобов'язання і правочину, яке виражене в заголовку цього параграфа, знайшло певне відображення в Цивільному кодексі [19]. Йдеться не тільки про визнання правочинів підставами зобов'язань (ч. 2 ст. 509; п. 1 ч. 2 ст. 11 ЦК), а і про більш конкретні положення. Так, відповідно до ст. 59 ЦК 1963 р. в певних випадках не правочин визнавався недійсним, а недійсною визнавалось дія правочину: в зв'язку з визнанням його недійсним його дія припинялась на майбутнє. У ч. 2 ст. 236 ЦК 2003 р. уже йдеться не про припинення дії правочину на майбутнє, а про припинення прав та обов'язків, які встановлювались правочином на майбутнє (на жаль, ч. 2 ст. 236 ЦК не покриває всього відповідного поля, що викликає необхідність застосування її за аналогією до випадків, коли правочин передбачав виникнення цивільних прав та обов'язків як на майбутнє, так уже і з моменту його вчинення). Отже, новий Цивільний кодекс більш чітко розмежував правочин як юридичний факт і зобов'язання (права та обов'язки), що виникають на підставі цього юридичного факту. Проте, у ст. 207, 208 ГК [20] поняття правочину повністю отожднюється з поняттям зобов'язання (господарського). У ч. 2 ст. 202 ГК також йдеться про визнання недійсним зобов'язання (а не правочину — такого терміна Господарський кодекс не використовує взагалі). Це не вплине суттєво на правозастосування, але повинне братися до уваги.

8. Терміни, що позначають динаміку змісту зобов'язання. Відповідна термінологія є недостатньо опрацьованою у науці, що знайшло відображення у

Цивільному [19] та Господарському [20] кодексам. Так, у ч. 1 та 3 ст. 124 ЦК використовується термін «зобов'язання», а у ч. 2 цієї ж статті — термін «борг». Складається враження, що тут законодавець прагнув лише досягти різноманітності термінології, бо тут йдеться про субсидіарну відповідальність, а субсидіарно можна відповідати лише при недостатності майна у основного боржника, тобто, на тій стадії розвитку зобов'язання, коли воно набуло ознак боргу. У п. 1 ч. 1 ст. 512 ЦК передання прав за правочином ототожнюється з відступленням права вимоги. Але ж право, що входить до змісту зобов'язання, набуває ознак вимоги лише на певній стадії свого розвитку (розвитку зобов'язання, до змісту якого це право входить). У ч. 2 ст. 626 ЦК правом вимоги називається право, що виникає уже з моменту укладення договору. З іншого боку, у ч. 2 ст. 1281 ЦК зазначається на настання строку вимоги, тобто визнається, що наявність права ще не означає можливості пред'явлення вимоги до боржника.

Потребує вирішення питання про те, чи продовжує існувати зобов'язання після набрання законної сили рішенням суду про присудження до виконання зобов'язання в натурі. На думку автора, немає правових підстав для твердження про те, що таким рішенням зобов'язання припиняється. Це ускладнює систему правовідносин, бо дає кредиторovi право вимагати сплати відсотків, пені, сплати грошових сум в порядку індексації заборгованості, відшкодування збитків за період до фактичного виконання рішення суду про присудження до виконання зобов'язання в натурі. Але ж відповідь на поставлене запитання, що наведена тут, відповідає змісту закону.

9. Відповідальність. У Цивільному кодексі [19] визначення відповідальності (цивільно-правової відповідальності чи відповідальності за порушення зобов'язання) не дається. Змістом відповідальності, безумовно, є відшкодування збитків. Із заголовку ст. 625 ЦК слід зробити висновок про те, що поняттям відповідальності охоплюються відсотки, передбачені цією статтею, та обов'язок сплатити суму боргу за грошовим зобов'язанням з урахуванням встановленого індексу інфляції. Із ч. 3 ст. 550 ЦК («кредитор не має права на неустойку в разі, якщо боржник не відповідає за порушення зобов'язання») можна зробити висновок про те, що в цьому Кодексі неустойка не визнається видом чи формою відповідальності. Але у ст. 992 ЦК, навпаки, обов'язок страховика сплатити неустойку визнається відповідальністю. Слід також враховувати, що в багатьох спеціальних законах обов'язок сплатити неустойку розуміється як різновид відповідальності.

Господарський кодекс [20] у визначенні відповідальності (господарсько-правової) є значно більш чітким, ніж Цивільний кодекс. Із ч. 1 ст. 216 ГК випливає, що господарсько-правова відповідальність полягає у застосуванні до правопорушників господарських санкцій. В свою чергу, поняття господарських санкцій охоплює відшкодування збитків, застосування штрафних і оперативного-господарських санкцій (ч. 2 ст. 217 ГК).

10. Збитки і шкода. Шкода, за прийнятою в науці та законодавстві термінологією, є категорією інституту відшкодування шкоди (одного із видів недоговірних зобов'язань). Збитки — це категорія цивільного права в цілому. Відшкодування збитків є видом відповідальності за порушення зобов'язання, але

ж і відшкодування шкоди може здійснюватись шляхом відшкодування збитків. На це прямо вказується у ст. 1192 ЦК [19]. Проте, як в Цивільному кодексі, так і в інших актах цивільного законодавства термін «шкода» інколи використовується в розумінні збитків. Так, про шкоду йдеться у ч. 2 ст. 924 ЦК, хоч тут встановлюється розмір відповідальності перевізника за неналежне виконання зобов'язання щодо перевезення — за незбереження вантажу, багажу, пошти, тобто, маються на увазі збитки, завдані перевізником клієнтові.

11. Терміни, що позначають склад збитків. Відповідно до ч. 2 ст. 22 ЦК [19] виокремлюються реальні збитки і упущена вигода. Тому, коли в ч. 1 ст. 988 ЦК використовується термін «реальні збитки», для визначення змісту цього терміну слід звернутись до ч. 2 ст. 22 ЦК. Для визначення змісту поняття «фактичної шкоди» (ч. 2 ст. 924 ЦК) звернення до ст. 22 ЦК було б марним. Відповідальність у розмірі «фактичної шкоди» передбачена також частиною третьою ст. 13 Закону «Про транспорт» [58]. Проте, зміст поняття фактичної шкоди не розкривається ні в Цивільному кодексі, ні в названому Законі. Це поняття розкривається в ст. 68 Закону «Про автомобільний транспорт» [115], ст. 93 Повітряного кодексу України [10], ст. 139 Кодексу торговельного мореплавства [12], ст. 114 Статуту залізниць України [186]. Не виключаючи деяких нюансів, передбачених названими статтями, слід визнати, що під фактичною шкодою тут розуміються «втрати, яких особа зазнала у зв'язку із знищенням або пошкодженням речі» (п.1 ч. 1 ст. 22 ЦК). Близьким до терміна «фактична шкода» є термін «фактично заподіяна шкода» (ч. 3 ст. 6 Закону «Про цивільну відповідальність за ядерну шкоду та її фінансове забезпечення» [125]).

В іншому випадку (ч. 3 ст. 40 Закону «Про телекомунікації» [146]) поняття фактичних збитків має тлумачитись як синонім поняття реальних збитків, що визначається у ч. 2 ст. 22 ЦК. Цей висновок зроблено на підставі того, що у ч. 3 ст. 40 названого Закону поряд з фактичними збитками називаються моральна шкода і втрачена вигода, тобто, очевидно, що тут маються на увазі всі види збитків. Оскільки це — так, і оскільки витрати кредитора, які він мусив був здійснити внаслідок порушення зобов'язання оператором чи провайдером телекомунікацій, не можуть бути віднесені ні до моральної шкоди, ні до втраченої вигоди, логічно зробити висновок про те, що в контексті ч. 3 ст. 40 Закону «Про телекомунікації» терміном «фактичні збитки» охоплюються, зокрема, витрати, які здійснив кредитор (споживач).

У викладених випадках термінологія, що вживається, істотно впливає на визначення обсягу прав та обов'язків сторін відповідних правовідносин. На цьому фоні виглядає як несуттєве використання в одних випадках терміна «упущена вигода» (ч. 2 ст. 22 ЦК), а в інших — «втрачена вигода» (ч. 1 ст. 225 ГК; ч. 3 ст. 40 Закону «Про телекомунікації») або термінів «доходи» (неотримані) (ч. 2 ст. 22 ЦК) і «неодержаний прибуток» (ч. 1 ст. 225 ЦК).

12. Моральна (немайнова) шкода. Цей термін використовується у п. 9 ч. 1 ст. 16 ЦК [19]. У ст. 23, 1167, 1168 та інших Цивільного кодексу йдеться про «моральну шкоду». Проте, у ч. 1 ст. 1166 ЦК мова йде про «майнову шкоду, завдану... особистим немайновим правом фізичної або юридичної особи...». Аналіз цієї статті дає підстави для висновку про те, що взяті в лапки слова

означають не що інше, як «моральна шкода». Свій вклад у справу надання законодавчим актам словесно-вишуканої форми (різноманітності термінології) вносять автори проекту Господарського кодексу [20], які в ч. 1 ст. 225 ГК до складу збитків, що підлягають відшкодуванню, відносять «матеріальну компенсацію моральної шкоди», що також означає не що інше, як відшкодування моральної шкоди.

13. Відсотки (проценти). Те, що у Цивільному кодексі [19] (ст. 536, 1054, 1070 та інші) використовується термін «проценти», а у Господарському кодексі [20] (ст. 231, 346 та інші) — «відсотки», не створює проблем при тлумаченні і застосуванні положень цих кодексів та інших актів цивільного законодавства. Ці проблеми виникають у зв'язку з тим, що в ст. 536 ЦК проценти розуміються як плата за користування чужими коштами, а в ст. 625 ЦК — як вид відповідальності. При цьому підстави для застосування одних та інших процентів, передбачених названими статтями, є різними. Також різними є підстави застосування процентів, передбачених ст. 625 і 693 ЦК. Отже, у названих двох випадках терміном «проценти» позначаються різні правові явища.

Свої нюанси є у розумінні процентів та у підставах їх застосування у ч. 3 ст. 692, ч. 3 ст. 693, ст. 1048, 1054, 1057 ЦК. У зв'язку з цим треба мати на увазі наступне: 1) в зв'язку з наявністю спеціального правила ч. 2 ст. 625 ЦК, що встановлює розмір процентів за простроченням виконання грошового зобов'язання, ст. 536 ЦК не може застосовуватись до правовідносин з приводу прострочення виконання грошового зобов'язання, що не виключає права сторін встановити договором інший розмір процентів, ніж той, який передбачений ст. 625 ЦК; 2) ст. 536 ЦК застосовується тільки у випадках користування чужими коштами за відсутності прострочення виконання грошового зобов'язання; 3) сплата процентів за користування чужими коштами є обов'язковою. Лише стосовно правовідносин між фізичними особами це правило ч. 1 ст. 536 ЦК є диспозитивним. Але слід мати на увазі, що у зв'язку з прийняттям Цивільного та Господарського кодексів не втратив чинність Закон «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» [120], який надання коштів у позику з метою отримання прибутку визнає фінансовою послугою та допускає надання фінансових послуг лише фінансовими установами. Отже, проценти можуть виплачуватись у випадках, коли особа надала товарний чи комерційний кредит (здійснила попередню оплату товарів, робіт, послуг), або коли одержувач процентів є фінансовою установою; 4) розмір процентів за користування чужими коштами встановлюється договором, законом, іншими актами цивільного законодавства. При цьому положення законів та інших нормативно-правових актів, що встановлюють розмір процентів, як правило, є диспозитивними; 5) якщо договором або спеціальним законом не встановлено інше, розмір процентів за користування чужими коштами визначається на рівні ставки Національного банку України (ст. 1054, 1057 ЦК); 6) у разі прострочення виконання зобов'язання щодо оплати товару ст. 625 ЦК (як в частині процентів, так і в частині індексації) не застосовується у зв'язку з наявністю спеціального правила ст. 692 ЦК, відповідно до якого в таких випадках підлягають сплаті проценти за користування чужими коштами, розмір яких визначається відпо-

відно до ст. 536, 1057, 1054, 1048 ЦК; 7) в силу спеціального правила ч. 3 ст. 693 ЦК проценти, розмір яких визначається відповідно до ст. 536, 1057, 1057, 1048 ЦК, застосовуються до випадків прострочення передання попередньо оплачених товарів.

В Господарському кодексі проблема розмежування господарської відповідальності, до якої відповідно до ст. 216 і 217 ГК належить, зокрема, застосування штрафних санкцій і відсотків, актуалізується з двох причин: 1) визначення штрафних санкцій за порушення грошових зобов'язань у відсотках (ч. 6 ст. 231 ГК). Тут відсотки є лише способом визначення розміру штрафних санкцій, отже, підстав для отождоження штрафних санкцій і відсотків немає; 2) включення положень про відсотки (ч. 4 і 5 ст. 232 ГК) до статті 232 ГК, яка має заголовок «Порядок застосування штрафних санкцій». Правильне тлумачення ст. 232 ГК має полягати в тому, що нормативний матеріал, який за змістом виходить за межі заголовку (назви) акта цивільного законодавства, його розділу, глави, статті чи іншого його підрозділу, за загальним правилом, має застосовуватись відповідно до його букви.

14. Неустойка (штрафні санкції). Термін «неустойка» є традиційним для вітчизняного цивільного права. Цим терміном охоплюється також штраф і пеня (ч. 1 ст. 549 ЦК [19]). Штраф і пеня визначаються у ч. 2 і 3 ст. 549 ЦК досить вузько. Але в силу принципу диспозитивності сторони договору не позбавлені права встановити штраф або пеню у формі правових конструкцій, що виходять за межі визначень, які наводяться у ч. 2 і 3 ст. 549 ЦК. Господарський кодекс [20] сприйняв термінологію, що увійшла спочатку до господарської і арбітражної практики у другій половині 60-х років минулого століття у зв'язку з розвитком госпрозрахункових відносин у народному господарстві СРСР, і використовує термін «штрафні санкції», що охоплює собою неустойку, штраф і пеню (ч. 1 ст. 230 ГК).

Однозначно можна стверджувати, що до змісту понять неустойки і штрафних санкцій не включаються індексація заборгованості та проценти, передбачені ст. 625 ЦК, хоч ця стаття може застосовуватись до господарських відносин. Тим більше до змісту цього поняття не включаються проценти за користування чужими коштами, не пов'язані з порушенням.

15. Типові, примірні та зразкові договори. В правотворчій практиці затвердження типових, примірних та зразкових (нормативних) договорів в останні роки набуло значного поширення. Мають місце і такі випадки, коли центральні органи виконавчої влади затверджували нормативні договори без належним чином закріпленого в законі повноваження. Стосовно повноважень таких органів на затвердження типових, примірних та зразкових договорів треба мати на увазі наступне. Дійсно, відповідно до ст. 19 Конституції України державні органи мають діяти на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що визначені Конституцією та законами. Але переважно такі підстави, межі та способи законами не встановлені. Натомість, указами Президента України та постановами Кабінету Міністрів затверджені Загальне положення про міністерство, інший центральний орган державної виконавчої влади і положення про окремі міністерства та інші центральні органи виконавчої влади. Це не вповні відповідає ст. 19 Конституції, але заперечення чинності названих положень дає підстави для

заперечення чинності величезного нормативного масиву, який складають нормативно-правові акти, затверджені міністерствами та іншими центральними органами виконавчої влади. Це мало б руйнівні наслідки для правової системи в країні. За таких умов, виходячи із положення частини першої ст. 8 Конституції про верховенство права, слід визнати юридичну силу нормативно-правових актів, що затверджені указами Президента і постановами Кабінету Міністрів та надають міністерствам та іншим центральним органам виконавчої влади повноваження затверджувати нормативно-правові акти, зокрема, типові, примірні та зразкові договори. Разом з тим повноваження на затвердження таких договорів не може надаватись дорученнями прем'єр-міністра чи віце-прем'єр-міністра, не оформленими як нормативно-правовий акт.

У ст. 1161 ЦК [19] йдеться про типові ліцензійні договори, які затверджуються «уповноваженими відомствами або творчими спілками». Але таке повноваження не надавалось відомствам, зокрема, Міністерству освіти і науки або Державному департаменту інтелектуальної власності, а також творчим спілкам. Ч. 4 ст. 83 Закону «Про авторське право та суміжні права» [119] передбачає право відповідних відомств і творчих спілок не «затверджувати типові ліцензійні договори», а «розробляти примірні авторські договори (зразки авторських договорів)». Тлумачення цього положення як повноваження «відповідних відомств» (такими, безумовно, є Міністерство освіти і науки та Державний департамент інтелектуальної власності) або творчих спілок «затверджувати» типові договори було б неправильним. Тому треба дійти висновку про те, що на цей час не існує державних органів чи творчих спілок, які б мали повноваження затверджувати типові ліцензійні договори, що мають юридичне значення, передбачене ч. 2 ст. 1111 ЦК.

«Типові умови» договору прокату відповідно до ст. 787 ЦК «можуть встановлюватись» наймодавцем. Тобто, цей термін позначає інше правове явище, ніж терміни «типовий» чи «примірний» договори. В іншому значенні, ніж у ст. 787 ЦК, вживається термін «типові умови договору» в ст. 630 ЦК. Тут йдеться про «типові умови» договорів певного виду, оприлюднені у встановленому порядку. Такі типові умови не є нормативно-правовими актами. Вони можуть застосовуватись лише як звичай ділового обороту (ч. 2 ст. 630 ЦК).

Стосовно господарських договорів ч. 4 ст. 179 ЦК чітко визначає юридичне значення типових та примірних договорів. Типові договори затверджуються Кабінетом Міністрів, а у випадках, передбачених законом, — іншими органами державної влади. Сторони не можуть відступати від змісту типового договору, але мають право конкретизувати його умови. Примірний договір є рекомендацією «органу управління» (це — рудимент термінології радянського періоду. Він є синонімом термінів «державний орган», «орган виконавчої влади», «орган місцевого самоврядування») суб'єктам господарювання для використання при укладенні договорів. Але примірний договір не може у повній мірі кваліфікуватись як рекомендація, бо сторонам надається право за взаємною згодою змінювати лише окремі умови, передбачені примірним договором, або доповнювати його зміст.

Оскільки юридична сила типових та примірних договорів за межами дії Господарського кодексу [20] не визначена, слід зробити висновок про те, що за цими межами ч. 4 ст. 179 ГК у частині, в якій вона визначає юридичне значення таких договорів, не може застосовуватись. В силу ч. 3 ст. 6 ЦК в цій сфері сторони вправі відступати від умов як типових, так і примірних договорів, якщо тільки немає перешкод, встановлених цією частиною.

Що стосується зразкових договорів та зразків договорів, то вони мають визнаватись такими, що мають значення рекомендації, яка може застосовуватись як звичай ділового обороту в разі, якщо сторони в договорі не погодили інше. Крім того, державний орган, що затверджує типові чи примірні договори, вправі встановити, в якій частині умови таких договорів є обов'язковими, а в якій вони є рекомендаційними.

16. Строк (строк дії) договору. Ч. 1 ст. 631 ЦК [19] визначає строк договору як час, протягом якого сторони можуть здійснити свої права та виконати свої обов'язки відповідно до договору. Близьким до нього є розуміння строку дії господарського договору, що викладене в ч. 7 ст. 180 ГК [20]. Це — досить жорстке правило, що спонукає сторони повною мірою використовувати принцип диспозитивності актів цивільного законодавства. Ситуацію ускладнює визнання строку дії господарських договорів їх істотною умовою (ч. 3 ст. 180 ГК).

Потреба у встановленні строків договорів існує стосовно довгострокових договорів перевезень (ст. 914 ЦК) і договорів транспортного експедирування (ст. 929 ЦК). Сплив строків цих договорів припиняє зобов'язання перевізника щодо надання транспортних засобів, а також зустрічне зобов'язання вантажовідправника представляти вантаж до перевезення, зобов'язання експедитора надавати послуги клієнту. Інші права та обов'язки сторін, що виникли до спливу строку договору, у зв'язку з припиненням довгострокових договорів перевезення і договорів експедирування не припиняються. На це доцільно було б прямо вказувати в договорах. Тоді наслідки спливу строків, зазначені в ч. 1 ст. 631 ЦК, не будуть застосовуватись в силу ч. 3 ст. 6 ЦК.

Стосовно консенсуальних договорів зберігання (ч. 2 ст. 936 ЦК) встановлення їх строків є логічним. Зі спливом строків таких договорів припиняється обов'язок зберігача приймати речі на зберігання. Решта прав та обов'язків сторін, що виникли до спливу строку договору, не припиняється, на що доцільно було б вказувати в договорах. Разом з тим, належить враховувати, що положення Цивільного кодексу про зберігання не використовують правову конструкцію строку договору, а оперують лише поняттям строку зберігання (ст. 938 ЦК). Проте стосовно консенсуальних договорів зберігання встановлення їх строків мало б сенс, а правовою підставою цього є ст. 631 ЦК.

Строк визнається істотною умовою договору страхування (ст. 982 ЦК). Стосовно цього виду договорів встановлюється також момент, з якого вони набирають чинності — з моменту внесення страхувальником першого страхового платежу (ст. 983 ЦК; ст. 18 Закону «Про страхування» [122]). З цього моменту і відлічується строк договору, встановлений в ньому. Сплив строку договору страхування означає, що з цього моменту настання страхового випадку не породжує обов'язку страховика виплатити страхове відшкодування чи страхову

суму. Проте, слід враховувати, що і момент набрання чинності договором страхування, і момент спливу строку чинності договору визначити далеко не завжди можливо, оскільки чинне цивільне законодавство не містить необхідного нормативного матеріалу. Тому з метою досягнення більшої визначеності у відносинах сторін в договорах страхування доцільно було б встановлювати, що вони набувають чинності з нуля годин наступного дня після списання відповідної грошової суми з рахунку банку, що знаходиться у сфері відповідальності страхувальника.

Слід визнати конструктивне значення строків договорів доручення (ст. 1001 ЦК) та договорів комісії (ст. 1012 ЦК). Стосовно договору управління майном строк не тільки визнається істотною умовою (його включено до визначення цього виду договору в ст. 1029 ЦК), а і передбачається, що він вважається укладеним на п'ять років, якщо сторони не визначили його строку. Цей строк відлічується від дня передання майна в управління, оскільки договір управління майном визнається реальним (ст. 1029 ЦК). Сплив строків названих договорів означає відповідно припинення повноважень повіреного, припинення комісійного доручення комісіонера, припинення повноваження управителя, а також прав та обов'язків сторін, безпосередньо пов'язаних з дорученням, яке виконував поручитель, комісіонер, з повноваженнями управителя майном. Решта прав та обов'язків, що виникли раніше, залишаються при цьому чинними, що впливає, зокрема, із ст. 1009 ЦК (стосовно доручення), ст. 1044 ЦК (стосовно управління майном). Вони мають бути виконані після спливу строку договору.

Строк не визнається істотною умовою не тільки договору позики, а і кредитного договору, що є різновидом договору позики (ст. 1046, 1054 ЦК). Це — доцільне рішення законодавця. Тому більш розумно було б встановлювати не строки таких договорів, а строки повернення предмета позики, грошової суми, строки виплати процентів, строки, протягом яких проценти виплачуються в підвищеному розмірі при простроченні повернення предмета позики.

Замість недостатньо визначеної категорії строку договору, ст. 1060 ЦК використовує чітко визначені поняття видачі вкладу на першу вимогу і повернення вкладу зі спливом встановленого строку.

Стосовно договорів банківського рахунку ст. 1066—1076 ЦК не встановлюються будь-які правила про їх строк. Це відповідає характеру таких договорів.

Положення Цивільного кодексу про факторинг (ст. 1077—1086 ЦК) не передбачають встановлення строку договорів факторингу. Реально є потреба у встановленні строків виконання зобов'язань, що виникають на підставі таких договорів.

Встановлення строку ліцензійного договору (ст. 1110 ЦК) відповідає характеру цього договору. Сплив цього строку припиняє право ліцензіата на користування об'єктом права інтелектуальної власності, але не може припинити інші права сторін, що виникли в період дії договору, в тому числі і додаткові (право на стягнення неустойки, збитків).

Строк не називається істотною умовою договору комерційної концесії. Але він встановлюватись може. Сплив цього строку припиняє право користувача на користування комплексом належних правоволодільцеві прав. Але інші права, що

виникли в період дії договору, зі спливом строку договору не припиняються до моменту їх виконання чи настання інших підстав припинення зобов'язання.

Договір простого товариства, як впливає із ст. 1142 ЦК, може бути укладений безстроково, а також з визначенням строку. Встановлення строку договору відповідає характеру такого договору. Сплив строку договору простого товариства спричиняє наслідки, що передбачені ст. 1139, 1140, ч. 2 ст. 1141 ЦК.

Нижче йдеться про види договорів, стосовно яких замість правової конструкції строку договору доцільно використовувати правові конструкції, що більш близькі до характеру відповідних договорів.

Стосовно відчуження майна взагалі немає сенсу визначати строк його дії. Достатньо встановити строк виконання сторонами зустрічних зобов'язань. Їх прострочення дає іншій стороні право на відмову від договору (ст. 665, 692, 695 ЦК). Але у разі періодичного передання окремих партій товарів продавцем покупцеві (при укладенні договору поставки) строк необхідно встановлювати, в необхідних випадках передбачивши можливість поповнення недопоставки протягом певного строку після закінчення строку договору.

Стосовно договору ренти встановлення його строку (при строковій ренті; безстрокову ренту взагалі нерозумно було б встановлювати, оскільки немає нормативного матеріалу для визначення терміну закінчення строку її виплати, а передбачати її безкінечний перехід в порядку спадкування було б нереальним) також було б недоцільним. Оскільки рента виплачується після закінчення кожного календарного кварталу, слід встановити перший та останній квартали виплати ренти.

Строк договору довічного утримання впливає із суті договору, а тому встановлюватись не повинен.

Ч. 1 ст. 759 ЦК визнає можливість укладення договору найму не тільки як реального, а й як консенсуального. Тому застосування правил про строк договору найму (ст. 763 ЦК) не буде викликати утруднень тільки при укладенні такого договору як реального. Якщо ж договір найму визначений сторонами як консенсуальний, то його строк, який відлічується від моменту укладення (ч. 2 ст. 631 ЦК) може не збігатися зі строком, впродовж якого наймач відповідно до договору мав право та можливість користуватись річчю, оскільки навіть без порушення наймодавцем обов'язку передати предмет договору наймачеві, можливе визначення терміну передання, що не збігається з терміном укладення договору. За таких умов доцільно відповідно до визначення договору найму (ст. 759 ЦК) в договорах встановлювати умову про строк, на який рік передається у користування наймодавцеві, а не про строк договору найму взагалі.

Стосовно позички строк договору (у заголовку ст. 831 ЦК) отожднюється із строком користування річчю (в тексті зазначеної статті). У визначенні договору позички (ст. 827 ЦК) передбачається передання речі «для користування протягом встановленого строку». Цей строк (а не строк договору) і належить передбачати в договорах.

Положення Цивільного кодексу про підряд не передбачають встановлення строку його дії. Встановлюється лише право замовника на відмову від договору у

разі порушення встановленого договором строку виконання робіт або у разі, коли закінчення роботи у строк стає явно неможливим (ст. 849 ЦК).

Положення про строк договору про надання послуг (ст. 905 ЦК) також не розрізняють строку договору, строку (періоду), протягом якого повинні надаватись послуги. Цілком припустимо встановити в договорі строк (період), протягом якого (безперервно чи з перервами) повинні надаватись послуги.

До договорів перевезення в тому розумінні, як вони визначаються в ст. 909 ЦК, застосування правової конструкції строку договору взагалі викликає сумніви, оскільки наслідки порушення строку доставки вантажу, пасажирів або багажу встановлюються спеціальними правилами (ст. 919 ЦК), а в решті правова конструкція строку договору не має сенсу.

Визначення умов, за яких правочин вважається вчиненим (ч. 1 ст. 210 ЦК), договір вважається укладеним (ч. 1 ст. 638 ЦК), та моменту, з якого він вважається укладеним (ст. 640 ЦК), було б достатнім для належного врегулювання відповідних відносин. Але законодавець визнав за необхідне стосовно всіх видів договорів визначити момент, з якого договір набирає чинності. Цей момент відповідно до ч. 2 ст. 631 ЦК збігається з моментом укладення договору. Набрання договором чинності, якщо спеціальним законом не встановлено інше, не означає нічого іншого, крім того, що він є укладеним (ч. 1 ст. 640 ЦК) і обов'язковим для виконання (ст. 629 ЦК). Проте набуває поширення застосування правової конструкції набрання чинності і стосовно правочинів (див., наприклад, частину другу ст. 13 Закону «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень» [147]). Договір страхування відповідно до ст. 638—640, 979—982 ЦК слід вважати укладеним з моменту, визначеного ч. 1 ст. 640 ЦК, але він набирає чинності з моменту внесення страхувальником першого страхового платежу (якщо інше не встановлено договором). З цього моменту починається період, впродовж якого настання страхового випадку породжує обов'язок страховика сплатити страхове відшкодування (страхову суму).

Визнається право сторін встановити, що умови договору застосовуються до їх відносин, що виникли до моменту укладення договору.

Закінчення строку договору не звільняє сторони від відповідальності за його порушення під час дії договору. Очевидно, поняттям відповідальності тут (у ч. 4 ст. 631 ЦК) охоплюється і обов'язок сплатити неустойку. В силу низки спеціальних правил закінчення строку договору не припиняє багатьох інших прав та обов'язків сторін договору. В решті випадків доцільно було б в договорах відповідно до ч. 3 ст. 6 Цивільного кодексу передбачати, які права та обов'язки припиняються, а які — не припиняються в зв'язку зі спливом строку договору, щоб уникнути застосування правила ч. 1 ст. 631 ЦК про можливість здійснення сторонами прав та обов'язків тільки в межах строку дії договору. Там, де строк договору не визнається істотною умовою, доцільно було б взагалі не встановлювати строк договору, а встановлювати строки виконання відповідних обов'язків, що входять до змісту зобов'язань, які виникли на основі договору.

Господарський кодекс визнає істотною умовою будь-якого господарського договору строк його дії. Слід зробити висновок про те, що з урахуванням недостатньої опрацьованості понять, пов'язаних із строками, в науці цивільного

права, припустимо ототожнювати поняття строку договору (ст. 631 ЦК) і поняття строку дії договору (ч. 3 ст. 180 ГК). Цей висновок відповідає визначенню строку дії господарського договору, як часу, впродовж якого існують господарські зобов'язання сторін, що виникли на підставі цього договору (ч. 7 ст. 180 ГК).

Визнання строку дії господарських договорів істотною умовою господарських договорів буде ускладнювати господарську практику, особливо з урахуванням ч. 8 ст. 181 ГК («у разі якщо сторони не досягли згоди з усіх істотних умов господарського договору, такий договір вважається неукладеним (таким, що не відбувся)»). Пом'якшити цей занадто жорсткий підхід законодавця до істотних умов господарських договорів в частині строку їх дії можна, послідовно запроваджуючи в практику розуміння здійснення фактичних дій на виконання договору за умови фактичного визнання іншою стороною відповідності цих дій договору як підтвердження того, що сторони договір уклали. Крім того, в господарських договорах, що передбачають строк їх дії, слід визначати наслідки спливу цього строку, встановлювати, які права та обов'язки у зв'язку зі спливом строку дії договору припиняються, а які — ні.

Глава 2

Суб'єкти цивільного права і суб'єкти господарювання

§ 1. Суб'єкти цивільного права та організаційно-правові форми юридичних осіб

1. Все коло суб'єктів. Цивільний кодекс [19] визнає суб'єктами (учасниками) цивільних відносин фізичних і юридичних осіб, а також державу Україну, Автономну Республіку Крим, територіальні громади, іноземні держави, а також інших суб'єктів публічного права. Зокрема, таким визнається Український народ (ст. 324 ЦК).

2. Фізичні особи. Фізичні особи — це громадяни України, особи без громадянства та іноземці. За винятками, встановленими Конституцією, законами чи міжнародними договорами, іноземці та особи без громадянства, що перебувають в Україні на законних підставах, користуються тими самими правами і свободами, а також несуть такі самі обов'язки, як і громадяни України (частина перша ст. 26 Конституції України). Із ч. 1 ст. 25 ЦК можна зробити висновок про те, що цивільна правоздатність іноземців та осіб без громадянства визнається незалежно від наявності законної підстави їх перебування в Україні.

3. Види юридичних осіб. Цивільний кодекс [19] поділяє юридичних осіб за критерієм порядку їх створення на юридичних осіб приватного права та юридичних осіб публічного права (ч. 2 ст. 81). В ст. 63 ГК [20] використовується термін «види підприємств», яке при цьому не відмежовується від поняття організаційних форм підприємств. Як види підприємств у ч. 1 ст. 63 ГК називаються приватні, комунальні, державні підприємства, підприємства колективної власності, підприємства, засновані на змішаній формі власності (на базі об'єднання майна різних форм власності). Як видно, критерієм класифікації тут є форма власності. Унітарні і корпоративні підприємства виокремлюються у ч. 3—5 ст. 63 ГК за критеріями способу утворення (заснування) підприємства та виду речового права, яке належить таким підприємствам. За критерієм наявності іноземної інвестиції виділяються підприємства з іноземними інвестиціями (не менш як десять відсотків статутного фонду такого підприємства повинні мати правовий режим іноземної інвестиції) та іноземні підприємства (іноземна інвестиція в статутному фонді такого підприємства має ставити сто відсотків). Ця термінологія у законах України послідовно не витримується. Так, у ч. 2 ст. 129 ГК та ч. 1 ст. 24 Закону «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців» [133] під іноземною юридичною особою розуміється юридична особа, що зареєстрована в іншій країні та має в ній місцезнаходження. Малі, середні та великі підприємства виокремлюються за критеріями кількості працюючих та обсягу валового доходу від реалізації продукції за рік (ч. 7 ст. 63 ГК).

Віднесення підприємства до того чи іншого виду має певне юридичне значення, воно зумовлює поширення на відповідні види підприємств правових

норм, що встановлюють особливості їх правового статусу або особливості правового регулювання відносин за їх участю.

4. Організаційно-правові форми юридичних осіб. Поняття організаційно-правових форм юридичних осіб вживається у Цивільному кодексі [19] (ст. 83) і Законі «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців» [133] (ч. 2 ст. 17). Господарський кодекс [20] оперує поняттям «організаційні форми підприємництва» (відповідно до ст. 45 ГК підприємець має право вибору організаційних форм, передбачених законом), «організаційні форми комерційної господарської діяльності» (ст. 53), «організаційні форми підприємств» (ст. 63). Ні Цивільний, ні Господарський кодекси не визначають поняття організаційно-правових форм юридичних осіб чи організаційних форм підприємництва (підприємств, некомерційної господарської діяльності). Між тим, це особливо важливо для визначення законних меж перетворення юридичних осіб, оскільки «перетворенням юридичної особи є зміна її організаційно-правової форми» (ч. 1 ст. 108 ЦК), а також для вирішення питання про необхідність застосування у відповідних випадках процедури перетворення (припинення юридичної особи з правонаступництвом). Слід виходити із того, що принципи свободи підприємницької діяльності, яка не заборонена законом (п. 4 ст. 3 ЦК; абзац третій ст. 6 ГК), добросовісності, справедливості і розумності (п. 6 ст. 3 ЦК) разом із відповідними спеціальними положеннями законів (ч. 1 ст. 45 ГК надає підприємцям право здійснювати підприємництво в будь-яких організаційних формах, передбачених законом, на свій вибір) визначають межі прав суб'єктів як на створення юридичних осіб, так і на їх перетворення. Що стосується створення та реорганізації суб'єктів господарювання, то вони в силу свободи підприємницької діяльності, яка не заборонена законом (п. 4 ст. 3 ЦК; ч. 1 ст. 6 ГК), завжди є можливими, якщо немає заборони, встановленої законом або такої, що впливає із закону.

5. Юридичні особи, створені за законодавством іншим, ніж законодавство України. Такі юридичні особи слід відрізнити від іноземних підприємств (про застосування цього терміна йшлося у вище). Ст. 117 ГК [20] визначає іноземне підприємство як унітарне або корпоративне підприємство, створене за законодавством України, що діє виключно на основі власності іноземців або іноземних юридичних осіб, або діюче підприємство, придбане повністю у власність цих осіб. Стосовно юридичних осіб, створених за законодавством іншим, ніж законодавство України (термін ст. 390 ГК і ст. 1 Закону «Про режим іноземного інвестування» [66]) чи юридичних осіб інших держав (термін ст. 47 Закону «Про власність» [24]) загального правила про поширення на відносини за їх участю актів цивільного законодавства України немає. Натомість формулюються окремі положення, які дають підставу для висновку про те, що на цих юридичних осіб поширюються акти цивільного законодавства України, про які йдеться в цих положеннях, а за аналогією до цих юридичних осіб та відносин за їх участю застосовуються інші акти цивільного законодавства України. До таких положень, зокрема, належить ст. 47 Закону «Про власність», яка встановлює, що правовий режим майна, що є об'єктом права власності юридичних осіб інших держав, визначається законодавчими актами

України, якщо інше не встановлено міжнародними договорами. Це означає, що законодавчими актами України можуть у зазначених межах встановлюватись особливості правового режиму майна юридичних осіб інших держав. Але за відсутності таких особливостей правовий режим майна таких осіб визначається загальними законодавчими актами України.

Відповідно до частини третьої ст. 26 Закону «Про зовнішньоекономічну діяльність» [28] правовий статус суб'єктів господарської діяльності інших держав на території України визначається чинними законами України та міжнародними договорами. Під суб'єктами господарської діяльності тут розуміються, зокрема, будь-які організації, що мають статус юридичної особи за законодавством країни, в якій вони створені. Вказівка на визначення законами та міжнародними договорами правового статусу суб'єктів господарської діяльності інших держав має тлумачитись так, що на відносини з участю таких суб'єктів поширюються акти цивільного законодавства України, якщо законами та міжнародними договорами не встановлені певні особливості.

Нарешті, ч. 2 ст. 129 ГК встановлює, що іноземні юридичні особи при здійсненні господарської діяльності в Україні мають такий самий статус, як і юридичні особи України, з особливостями, передбаченими цим Кодексом, законами, а також міжнародними договорами, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України.

Отже, за умови наявності у юридичної особи такого статусу за законодавством країни, в якій вона створена, на відносини з участю такої юридичної особи слід поширювати акти цивільного законодавства України, якщо тільки інше не передбачено законами або міжнародними договорами або якщо на відповідні відносини поширюється право іншої держави відповідно до міжнародних договорів, законів України або договору, що став підставою правовідносин.

6. Статус юридичних осіб інших держав. Стосовно юридичних осіб інших держав не можуть застосовуватись поняття юридичних осіб приватного чи публічного права, оскільки статус юридичних осіб має визначатись за законодавством держави, в якій вони створені та перебувають у відповідному реєстрі, з реєстрацією в якому пов'язується виникнення статусу юридичної особи. Це положення поширюється і на випадки, коли на відповідні цивільні відносини з участю юридичних осіб інших держав поширюється законодавство України. Якщо відповідно до ст. 82 ЦК [19] встановлені спеціальні правові норми, які регулюють цивільні відносини з участю юридичних осіб публічного права, то вони не можуть застосовуватись до юридичних осіб інших держав, які за цивільним законодавством України мають ознаки юридичних осіб публічного права, оскільки законодавство України не може застосовуватись до визначення правового статусу юридичних осіб інших держав. Тому до відносин між юридичними особами приватного права України, з одного боку, та юридичними особами інших держав (незалежно від їх статусу за національним законодавством), — з іншого боку, завжди застосовуються загальні норми цивільного законодавства, тобто ті, що регулюють цивільні відносини між юридичними особами приватного права України.

7. Основні правові форми юридичних осіб приватного права. Такими відповідно до ч. 1 ст. 83 ЦК [19] є товариства, установи, а також інші форми, встановлені законом. Товариства поділяються на підприємницькі і не підприємницькі. Посилання на інші форми, встановлені законом, є важливим, оскільки усуває протиріччя між Цивільним кодексом, з одного боку, та Господарським кодексом [20], що передбачає можливість існування юридичних осіб в організаційно-правовій формі приватного підприємства, Законом «Про споживчу кооперацію» [39], що передбачає створення споживчих товариств та їх спілок, — з іншого.

8. Підприємницькі товариства. Ст. 84 ЦК [19] до підприємницьких товариств відносить господарські товариства та виробничі кооперативи. Підкреслюється, що господарські товариства можуть створюватись «лише» в названих організаційно-правових формах. Як і Закон «Про господарські товариства» [33], Цивільний і Господарський [20] кодекси передбачають можливість створення господарських товариств п'яти організаційно-правових форм (в формах повного і командитного товариств, товариств з обмеженою і додатковою відповідальністю, акціонерних товариств).

9. Учасники господарських товариств. Відповідно до ч. 1 ст. 114 ЦК [19] учасниками господарських товариств можуть бути фізичні та юридичні особи. Відповідно до ч. 3 ст. 167, ч. 3 ст. 168, ч. 3 ст. 169 ЦК учасниками господарських товариств можуть бути також держава, Автономна Республіка Крим, територіальні громади.

10. Розподіл прибутку господарського товариства. З цього приводу у новому Цивільному кодексі [19] сформульоване лише загальне положення про право учасників брати участь у розподілі прибутку товариства та одержувати його частину — дивіденди (п. 2 ч. 1 ст. 116 ЦК). Тому зберігає чинність положення п. «б» частини першої ст. 10 Закону «Про господарські товариства» [33], відповідно до якого право на отримання частки прибутку (дивідендів) пропорційно частці кожного із учасників мають особи, які є учасниками товариства на початок строку виплати дивідендів. Встановлення права на виплату частини прибутку (дивідендів) в залежність від наявності статусу учасника господарського товариства на день початку строку виплати частини прибутку (дивідендів) є достатньо обґрунтованим за умови, що при виході із товариства з учасниками здійснено розрахунок з урахуванням прибутку, що був отриманий товариством на день виходу. Якщо припинення участі в товаристві пов'язане з відчуженням акцій, то ринкова вартість акцій, за якою було здійснене їх відчуження, враховує право на отримання дивідендів.

11. Повні товариства. Цивільний [19] і Господарський [20] кодекси встановлюють такі нові положення, яких не було в Законі «Про господарські товариства» [33] та інших законах, що були прийняті до введення в дію названих Кодексів:

1) учасниками повних товариств можуть бути лише особи, зареєстровані як суб'єкти підприємництва (ч. 7 ст. 80 ГК);

2) відповідальність учасників повних товариств за зобов'язаннями останніх прямо названа субсидіарною (ч. 1 ст. 119 ЦК). Раніше термін «субсидіарна»

(відповідальність) не застосовувався, але це впливало із ст. 74 Закону «Про господарські товариства»;

3) відповідальність учасників повних товариств стала більш жорсткою. Раніше вона наступала тільки при ліквідації товариства. Тепер вона може наступати будь-коли, якщо повне товариство не виконує свої обов'язки (як цивільно-правові, так і інші);

4) учасник повного товариства, що вибув, несе відповідальність за зобов'язаннями, що виникли до моменту його вибуття, за умови пред'явлення до нього позову впродовж трирічного обмежувального строку з дня затвердження звіту про діяльність товариства за рік, в якому він вибув;

5) встановлено альтернативний спосіб відшкодування учасником збитків, завданих повному товариству порушенням заборони конкурувати, — передання товариству вигоди, набутої за відповідними правочинами (ч. 3 ст. 119 ЦК), що відповідає ч. 3 ст. 22 ЦК (розмір упущеної вигоди, що стягується з правопорушника, не може бути меншим від доходів, отриманих ним в результаті протиправних дій);

6) положення частини першої ст. 68 Закону «Про господарські товариства», відповідно до якого ведення справ (управління) повного товариства здійснюється за спільною згодою всіх учасників, доповнюється правилом про можливість встановлення засновницьким договором випадків, коли рішення приймаються більшістю голосів учасників (ч. 1 ст. 121 ЦК). На цей же випадок встановлюється, що кожний учасник повного товариства має один голос, якщо засновницьким договором не становлено інше;

7) встановлена презумпція наявності у учасника повного товариства повноваження діяти від імені товариства, крім випадків, коли третя особа знала або могла знати про відсутність у учасника права діяти від імені товариства (абзац третій ч. 1 ст. 122 ЦК). Третя особа має вважатись такою, що могла знати про відсутність у учасника повного товариства зазначеного повноваження, зокрема, тоді, коли відповідні відомості внесені до Єдиного державного реєстру юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців (абзац одинадцятий ч. 2 ст. 17 Закону «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців» [133]);

8) засновницький договір — це різновид цивільно-правового договору. Тому повноваження одного або кількох учасників діяти від імені повного товариства, встановлені засновницьким договором, можуть бути припинені судом на вимогу одного або кількох учасників за наявності, зокрема, таких підстав, як грубе порушення учасником, уповноваженим на ведення справ товариства, своїх обов'язків чи виявлення його нездатності до розумного ведення справ (ч. 3 ст. 122 ЦК). При цьому рішення суду є підставою для внесення змін до засновницького договору;

9) в зв'язку з введенням в дію нового Цивільного кодексу втратило чинність положення частини першої ст. 73 Закону «Про господарські товариства», відповідно до якого кредитори учасника повного товариства вправі вимагати ліквідації товариства в разі недостатності власного майна одного із учасників повного товариства для покриття своїх боргів.

12. Командитні товариства. В зв'язку з введенням в дію нового Цивільного кодексу [19] втратило чинність положення частини першої ст. 82 Закону «Про господарські товариства» [33], відповідно до якого вкладник командитного товариства разом з повними учасниками такого товариства несе відповідальність за правочином, який вкладник здійснив від імені товариства без відповідних повноважень, у разі схвалення його дій командитним товариством.

13. Товариство з обмеженою відповідальністю. Цивільним кодексом [19] встановлені такі нові положення, що стосуються товариств з обмеженою відповідальністю:

1) товариство з обмеженою відповідальністю може бути створене однією особою (ч. 2 ст. 114 ЦК), що не виключає обов'язковості поділу статутного капіталу такого товариства на частки, розмір яких встановлюється статутом (ч. 1 ст. 140 ЦК);

2) формулювання, що стосується відповідальності (неможливості відповідальності) учасника за зобов'язаннями товариства з обмеженою відповідальністю, змінилося, але залишилось в тій же мірі невизначеним, як це було раніше. Проте, порівняння абзацу першого ч. 2 ст. 140 ЦК з іншими положеннями, близькими за змістом, дає підстави для висновку про те, що учасники товариства з обмеженою відповідальністю відповідальності за зобов'язаннями товариства не несуть, крім випадку, передбаченого абзацом другим ч. 2 ст. 140 ЦК (тут передбачається відповідальність учасників товариства за зобов'язаннями останнього в межах вартості невнесеної учасником частини його вкладу до статутного капіталу товариства);

3) законом має бути встановлена максимальна кількість учасників товариства з обмеженою відповідальністю. Її перевищення породжує обов'язок учасників перетворити товариство з обмеженою відповідальністю в акціонерне товариство протягом одного року. Зі сливом цього строку товариство з обмеженою відповідальністю, не перетворене у акціонерне товариство, підлягає ліквідації, якщо кількість його учасників не зменшилась до встановленої законом межі. На цей час закон, який встановлював би максимальну кількість учасників товариства з обмеженою відповідальністю, не прийнято;

4) оскільки допускається створення товариства з обмеженою відповідальністю однією особою, встановлюється, що: а) особа може бути учасником лише одного товариства з обмеженою відповідальністю, яке має одного учасника; б) господарське товариство, учасником якого є одна особа, не може бути єдиним учасником іншого товариства з обмеженою відповідальністю (ч. 2 ст. 141 ЦК);

5) на відміну від частини першої ст. 4 Закону «Про господарські товариства» [33], ст. 142 ЦК передбачає укладення засновниками товариства з обмеженою відповідальністю (якщо їх декілька) договору, який регулює їх відносини щодо створення товариства, але не називає такий договір установчим і не відносить його до складу установчих документів. Установчим документом товариства з обмеженою відповідальністю визнається виключно статут (ст. 143 ЦК). Статут, що зберігається у державного реєстратора, є відкритим для ознайомлення (ч. 2 ст. 143 ЦК). Це правило не спростовується положеннями ст. 20 Закону «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців» [133], яким

відкритими і загальнодоступними визнаються відомості Єдиного державного реєстру юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців, а також передбачається надання відомостей із названого Єдиного державного реєстру у вигляді витягу або довідки;

б) низка нових положень Цивільного кодексу стосуються формування статутного капіталу товариства з обмеженою відповідальністю: а) до моменту державної реєстрації товариства з обмеженою відповідальністю кожний із його учасників має сплатити не менше 50 відсотків (раніше чинним було правило частини другої ст. 52 Закону «Про господарські товариства», яким передбачалось внесення не менш як 30 відсотків) суми вкладу кожного із учасників до статутного фонду товариства, а решта вкладу має бути сплачена впродовж першого року діяльності товариства, тобто впродовж одного року після державної реєстрації; б) вперше визначені наслідки невиконання вимоги щодо формування статутного капіталу впродовж зазначеного строку: статутний капітал має бути зменшений (в межах, що встановлені законом) або товариство має бути ліквідовано. Такі ж наслідки настають у разі, якщо після закінчення другого чи кожного наступного фінансового року вартість чистих активів товариства з обмеженою відповідальністю виявиться меншою від статутного капіталу;

7) виключна компетенція загальних зборів учасників, визначена ст. 145 ЦК та ст. 59 Закону «Про господарські товариства», може бути розширена статутом товариства (п. 4 ст. 145 ЦК);

8) ст. 147 ЦК розширює можливості спадкування частки у статутному капіталі та права учасників товариства з обмеженою відповідальністю на відступлення своєї частки у статутному капіталі: а) право учасника на відступлення своєї частки у статутному капіталі іншим учасникам цього ж товариства з обмеженою відповідальністю є безумовним. Із ч. 1 ст. 147 ЦК випливає, що статутом не можуть встановлюватись обмеження зазначеного права учасника товариства з обмеженою відповідальністю; б) третім особам частка в статутному капіталі може відчужуватись, якщо інше не встановлено статутом, але при цьому має дотримуватись переважне право учасників товариства на придбання частки, що відчужується, пропорційно часткам кожного із учасників у статутному капіталі; в) визнається можливість спадкування частки у статутному капіталі товариства з обмеженою відповідальністю та переходу її до правонаступників, якщо статутом не передбачено, що це можливо тільки за згодою інших учасників товариства;

9) ст. 148 ЦК встановлює обов'язок учасника товариства з обмеженою відповідальністю повідомити про свій вихід із товариства не пізніше, ніж за три місяці до виходу. Проте, цей строк може бути статутом товариства як зменшений, так і збільшений.

14. Акціонерні товариства. Цивільний кодекс [19] не вживає понять відкритого та закритого акціонерних товариств. Але відповідно до ст. 81 ГК [20] створення закритого акціонерного товариства є можливим. Цивільний кодекс встановлює такі нові положення про акціонерні товариства:

1) якщо ст. 30 Закону «Про господарські товариства» [33] поклала на засновників обов'язок розподілити між собою не менш як 25 відсотків акцій, то

ч. 2 ст. 155 ЦК покладає на засновників обов'язок розподілити між собою усі його акції, а відкрита підписка на акції допускається тільки після повної сплати статутного капіталу;

2) встановлюється обов'язок акціонерного товариства зменшити розмір статутного капіталу (але не менш, ніж до рівня мінімального статутного капіталу, встановленого законом), якщо після закінчення другого та кожного наступного фінансового року вартість чистих активів акціонерного товариства виявиться меншою від статутного капіталу. Акціонерне товариство підлягає ліквідації, якщо вартість чистих активів товариства виявляється меншою від мінімального розміру статутного капіталу акціонерного товариства, встановленого законом.

15. Виробничі кооперативи. Цивільний [19] і Господарський [20] кодекси формують розгорнені положення, що стосуються виробничих кооперативів (ст. 163–166 ЦК; ст. 93–110 ГК). Крім того, на кооперативи поширюється чинність Закону «Про кооперацію» [142], а стосовно сільськогосподарських кооперативів діє Закон «Про сільськогосподарську кооперацію» [78]. Між названими кодексами та законами існують численні колізії, які мають вирішуватись з урахуванням наступного:

1) в силу ч. 5 ст. 163 ЦК особливості створення і діяльності сільськогосподарських кооперативів можуть встановлюватись законом. Тому переважному застосуванню до сільськогосподарських кооперативів перед Цивільним, Господарським кодексами і Законом «Про кооперацію» підлягають правила Закону «Про сільськогосподарську кооперацію», хоч цей Закон і був прийнятий до введення в дію Цивільного кодексу 2003 р. та Господарського кодексу;

2) членами виробничих кооперативів можуть бути громадяни. Інші особи можуть бути членами кооперативів, якщо це передбачено статутом кооперативу або законом (ч. 1 ст. 163 ЦК). Частина перша ст. 10 Закону «Про кооперацію» передбачає участь у діяльності кооперативу на засадах членства іноземців, осіб без громадянства, юридичних осіб України і іноземних держав. Але і з урахуванням цього юридичні особи мають право бути членами кооперативів тільки за умови, що це передбачено статутом. Положення ч. 1 ст. 95, абзацу третього ч. 1 ст. 96, ч. 1 ст. 98, абзацу третього ч. 4 ст. 98 ГК про обов'язкову трудову участь члена кооперативу в діяльності останнього застосовуються лише у випадках, якщо таке передбачено статутом виробничого кооперативу. Із абзацу четвертого ст. 1, абзацу третього ч. 1 ст. 3, абзацу третього ч. 1 ст. 10 Закону «Про сільськогосподарську кооперацію» випливає, що трудова участь члена сільськогосподарського кооперативу (крім обслуговуючого) в його діяльності є обов'язковою. Але в силу принципу диспозитивності (ч. 3 ст. 6 ЦК) статутом сільськогосподарського кооперативу може бути передбачена участь у діяльності кооперативу на правах членства юридичних осіб, а також фізичних осіб, що не беруть трудової участі в діяльності кооперативу;

3) Цивільний кодекс і Закон «Про кооперацію» не визначають порядку встановлення розміру пайових внесків членів кооперативу. Відповідно до ч. 5 ст. 100 ГК; ч. 4 ст. 21 Закону «Про сільськогосподарську кооперацію» розмір пайових внесків до майна кооперативу встановлюється в рівних частках та/або пропорційно очікуваній участі члена кооперативу в його господарській

діяльності. Статутом може бути встановлений один із названих способів визначення розміру пайових внесків або будь-який інший порядок визначення розміру пайового внеску;

4) Господарський кодекс, закони «Про кооперацію» та «Про сільськогосподарську кооперацію» не встановлюють порядку внесення членами кооперативів паїв. Тому до виробничих кооперативів, якщо інше не встановлено статутом, застосовується правило ч. 2 ст. 165 ЦК, згідно якого член кооперативу до дня державної реєстрації кооперативу зобов'язаний внести не менше десяти відсотків пайового внеску, а частину, що залишилася, — протягом року з дня його державної реєстрації;

5) Господарський кодекс, закони «Про кооперацію» та «Про сільськогосподарську кооперацію» не встановлюють загального принципу розподілу доходу кооперативу. Такий принцип встановлено ч. 4 ст. 165 ЦК, відповідно до якої дохід кооперативу розподіляється між його членами відповідно до їхньої трудової участі, якщо інший порядок не встановлений статутом кооперативу. Інший порядок може бути встановлений також спеціальним законом, від якого в статуті кооперативу також допустимо відступити, якщо в такому законі не формулюється заборона на такі відступлення;

б) Цивільний кодекс не передбачає створення в кооперативах неподільного фонду. Його створення передбачається ч. 3 ст. 2 Закону «Про сільськогосподарську кооперацію», а відповідно до ч. 4 ст. 100 ГК та ч. 3 ст. 20 Закону «Про кооперацію» його створення є обов'язковим. Особливість правового режиму майна неподільного фонду полягає в можливому обмеженні його розподілу при виході (виключенні) із кооперативу в порядку, встановленому статутом. Але положення ч. 7 ст. 29 Закону «Про кооперацію», відповідно до якого майно неподільного фонду при ліквідації кооперативу не підлягає розподілу між його членами і передається за рішенням ліквідаційної комісії іншій кооперативній організації, не підлягає застосуванню як таке, що вочевидь суперечить принципам справедливості і розумності (п. 6 ст. 3 ЦК);

7) відповідно до ч. 5 ст. 107 ГК, ч. 1,3 ст. 26 Закону «Про кооперацію» і ч. 1,2 ст. 24 Закону «Про сільськогосподарську кооперацію» виробничі кооперативи здійснюють на користь своїх членів кооперативні виплати та виплати на паї. Розмір кооперативних виплат визначається пропорційно (ч. 1 ст. 26 Закону «Про кооперацію») або з урахуванням (ч. 5 ст. 107 ГК; ч. 1 ст. 26 Закону «Про сільськогосподарську кооперацію») трудової або іншої участі в діяльності кооперативу. Нарахування і виплата частини доходу кооперативу на паї, що передбачено ч. 5 ст. 107 ГК, ч. 3 ст. 26 Закону «Про кооперацію» і ч. 2 ст. 24 Закону «Про сільськогосподарську кооперацію», здійснюється пропорційно розмірам паїв;

8) вищим органом будь-якого кооперативу є загальні збори його членів (ч. 2 ст. 101 ГК, ч. 1 ст. 15 Закону «Про кооперацію», ч. 2 ст. 13 Закону «Про сільськогосподарську кооперацію»). Відповідно до частини восьмої ст. 15 Закону «Про кооперацію» у разі, коли з організаційних причин проведення загальних зборів є неможливим, статутом кооперативу може бути передбачено скликання зборів уповноважених кооперативу, які в таких випадках мають визнаватись вищим органом управління кооперативу;

9) загальні збори членів кооперативу мають проводитись щорічно після закінчення фінансового року. Вони можуть скликатись також позачергово за рішенням правління (голови) кооперативу чи з ініціативи не менш як третини членів кооперативу, якщо інше не передбачено статутом кооперативу (ч. 3 ст. 102 ГК). Такі ж правила встановлені ч. 2 ст. 14 Закону «Про сільськогосподарську кооперацію» без передбачення можливості встановлення статутом іншого, що не перешкоджає такому встановленню. До всіх кооперативів належить застосовувати також правила про підстави скликання позачергових загальних зборів членів кооперативів, встановлені частиною шостою ст. 15 Закону «Про кооперацію» (на вимогу ревізійної комісії, спостережної ради, органу управління кооперативного об'єднання, членом якого є даний кооператив);

10) порядок скликання позачергових загальних зборів членів кооперативів встановлюється ч. 7 ст. 15 Закону «Про кооперацію». Вони мають бути скликані правлінням (головою) кооперативу впродовж 20 днів з дня надходження такої вимоги. У разі невиконання такої вимоги у зазначений строк особи, що мають право вимагати скликання позачергових загальних зборів, можуть самі скликати збори протягом наступних 20 днів;

11) про проведення загальних зборів членів кооперативу (чергових і позачергових) члени кооперативу мають бути повідомлені за 10 днів (ч. 5 ст. 15 Закону «Про кооперацію»);

12) відповідно до ч. 10 Закону «Про кооперацію» кожний член кооперативу чи уповноважений кооперативу має на загальних зборах членів кооперативу один голос, і це право не може бути передане іншій особі, якщо інше не передбачено статутом кооперативу;

13) загальні збори вправі вирішувати питання, внесені до порядку денного, за умови присутності більше половини його членів (ч. 4 ст. 102 ГК; ч. 10 ст. 5 Закону «Про кооперацію»; ч. 3 ст. 14 Закону «Про сільськогосподарську кооперацію»), а збори уповноважених — за наявності двох третин уповноважених (ч. 9 ст. 15 Закону «Про кооперацію»);

14) положення ч. 4 ст. 102 ГК про те, що рішення загальними зборами кооперативу з питань, зазначених у ч. 1 цієї статті, приймаються більшістю голосів загальної кількості членів кооперативу, підлягає застосуванню до виробничих кооперативів. Стосовно інших кооперативів порядок прийняття зборами рішень визначений ч. 11 ст. 15 Закону «Про кооперацію». За загальним правилом рішення приймаються більшістю голосів членів (уповноважених) кооперативу (у встановлених випадках — 75 відсотками голосів членів (уповноважених) кооперативу), присутніх на зборах (частина одинадцята ст. 15 Закону «Про кооперацію»);

15) кількість членів правління кооперативу, за наявності яких на засіданні правління має право приймати рішення, встановлюється статутом. Також статутом має визначатись порядок прийняття правлінням рішень. Але стосовно виробничих кооперативів встановлено, що рішення правління приймається більшістю голосів членів правління за наявності на засіданні не менш двох третин членів правління кооперативу (ч. 6 ст. 103 ГК). Таке ж правило встановлено ч. 5 ст. 15 Закону «Про сільськогосподарську кооперацію». При

цьому не встановлюється, яка більшість необхідна для прийняття рішення (від кількості членів правління, визначеної статутом, від фактичної їх кількості на день засідання, від кількості присутніх на засіданні чи порівняно з кількістю голосів, що були подані проти прийняття відповідного рішення). Тому це питання має вирішуватись статутом. Якщо воно статутом не вирішене, за аналогією застосовується правило ч. 11 ст. 15 Закону «Про кооперацію», що передбачає визначення більшості від загального числа присутніх на зборах (за наявності кворуму);

16) субсидіарна відповідальність членів кооперативу за зобов'язаннями кооперативу є можливою, якщо це встановлено статутом відповідно до ч. 2 ст. 27 Закону «Про кооперацію», формулювання якої «члени кооперативу відповідають за зобов'язаннями кооперативу в межах внесеного ними паю» слід тлумачити як звільнення від такої відповідальності. Встановленню такої відповідальності статутом сільськогосподарського кооперативу не перешкоджає ст. 23 Закону «Про сільськогосподарську кооперацію» в силу ч. 3 ст. 6 ЦК, що дозволяє в правочинах відступати від актів цивільного законодавства. Ч. 1 ст. 108 ГК встановлює мінімальний розмір відповідальності членів виробничого кооперативу своїм майном за зобов'язаннями кооперативу, але це правило не може застосовуватись до сільськогосподарських кооперативів.

16. Споживчі товариства. Такі товариства, як це впливає із ч. 4 ст. 6 і ч. 1 ст. 12 Закону «Про споживчу кооперацію» [39], вправі здійснювати господарську діяльність з метою отримання прибутку та подальшого його розподілу між членами споживчого товариства. Тому споживчі товариства мають визнаватись суб'єктами підприємництва, хоч ст. 84 ЦК [19] і виключає їх визнання підприємницькими товариствами.

17. Приватні підприємства. Такими визнаються підприємства, що діють на основі приватної власності одного або кількох громадян (іноземців, осіб без громадянства) з використанням праці засновників чи найманої праці. Приватними визнаються також підприємства, що діють на основі приватної власності суб'єкта господарювання — юридичної особи (ст. 113, ч. 1 ст. 63 ГК [20]). При цьому юридичні особи—суб'єкти права приватної власності мають визначатись за залишковим принципом з урахуванням наступного: 1) державні та комунальні підприємства діють на основі державної і комунальної власності (ст. 326, 327 ЦК [19]; ч. 1 ст. 63 ГК), а тому стосовно них не може ставитись питання про їх належність до приватної власності. Це ж стосується і підприємств, заснованих Автономною Республікою Крим; 2) підприємства колективної власності перелічуються у ч. 2 ст. 93 ГК. Це — виробничі кооперативи, підприємства споживчої кооперації, підприємства громадських і релігійних організацій, а також інші підприємства, визначені законом. Решта суб'єктів господарювання є суб'єктами приватної власності. До них належать, зокрема, господарські товариства, об'єднання підприємств (ст. 118 ГК), фондові біржі (ст. 32—36 Закону «Про цінні папери і фондову біржу» [30]), товарні біржі, споживчі кооперативи тощо.

18. Фермерське господарство. Немає жодних сумнівів щодо збереження чинності Закону «Про фермерське господарство» [138] після введення в дію нового Цивільного кодексу [19]. Можливість створення фермерського

господарства як юридичної особи та суб'єкта господарювання спеціальної організаційно-правової форми передбачена ст. 114 ГК [20].

19. Непідприємницькі товариства. До таких належать юридичні особи, що відповідно до закону не мають на меті отримання прибутку, тобто прибуток вони можуть отримувати, але він не підлягає розподілу між засновниками (учасниками). Меті отримання прибутку та наступного його розподілу між засновниками не мають фондові біржі (частина четверта ст. 33 Закону «Про цінні папери і фондову біржу» [30]), товарні біржі (частина третя ст. 1 Закону «Про товарну біржу» [34]), торгово-промислові палати (ч. 2 ст. 1 Закону «Про торгово-промислові палати в Україні» [84]), недержавні пенсійні фонди (ч. 1 ст. 6 Закону «Про недержавне пенсійне страхування» [140]), членські благодійні організації (ст. 1, 6 Закону «Про благодійництво і благодійні організації» [79]), об'єднання громадян (ст. 3 Закону «Про об'єднання громадян» [40]), політичні партії (ч. 2 ст. 14 Закону «Про політичні партії» [114]), релігійні організації (частина перша ст. 7 Закону «Про свободу совісті і релігійні організації» [29]), професійні спілки (абзац другий ст. 1 Закону «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» [100]), організації роботодавців (абзац третій ст. 1 Закону «Про організації роботодавців» [118]), адвокатські об'єднання (ст. 1, 4 Закону «Про адвокатуру» [44]), кредитні спілки (ч. 1 ст. 1 Закону «Про кредитні спілки» [126]), творчі спілки (ст. 9 Закону «Про професійних творчих працівників та творчі спілки» [80]), споживчі кооперативи (абзац шостий ст. 2, частина шоста ст. 23 Закону «Про кооперацію» [142]), саморегульвні організації (п. 9 ч. 1 ст. 1 Закону «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» [120]), фонди соціального страхування (ч. 3 ст. 9 Закону «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування у зв'язку з тимчасовою втратою працездатності, витратами, обумовленими народженням і похованням» [112]; ч. 2 ст. 9 Закону «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування на випадок безробіття» [102]; частина перша ст. 15 Закону «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання, що спричинили втрату працездатності» [101] тощо).

20. Установи. До прийняття нового Цивільного кодексу [19] під уставами розумілися організації, що фінансуються із Державного бюджету, бюджетів Автономної Республіки Крим та місцевих бюджетів. Ч. 3 ст. 83 ЦК визначає установу як організацію, створену однією або кількома особами (засновниками), які не беруть участі в управлінні нею, шляхом об'єднання (виділення) їхнього майна для досягнення мети, визначеної засновниками, за рахунок цього майна. Як установи можуть функціонувати благодійні фонди.

21. Регулювання відносин з участю юридичних осіб публічного права. Юридичні особи в ч. 2 ст. 81 ЦК [19] поділяються на юридичних осіб приватного права і юридичних осіб публічного права. Якщо інше не встановлено законом, на цивільні відносини з участю юридичних осіб публічного права поширюються положення Цивільного кодексу (ст. 82 ЦК). Немає сумніву в тому, що інші акти цивільного законодавства також поширюються на цивільні відносини з участю юридичних осіб публічного права. Тобто, за загальним правилом на цивільні відносини з участю юридичних осіб публічного права

поширюються ті ж акти цивільного законодавства, що і на цивільні відносини з участю фізичних осіб та юридичних осіб приватного права. Але визнання юридичних осіб публічного права суб'єктами права власності та визначення можливості набуття ними права власності з підстав, не заборонених законом (ст. 329 ЦК), суперечить численним спеціальним положенням законодавчих актів (ст. 39 Закону «Про власність» [24]; ч. 3 ст. 73, ч. 1 ст. 133 ГК [20]). Тому ст. 329 ЦК слід визнати такою, що не має предмета правового регулювання.

22. Критерії диференціації цивільних відносин. Подальша диференціація правового регулювання цивільних відносин за критерієм участі в них юридичних осіб приватного чи публічного права проводиться щонайменше. Натомість широко використовується критерій участі у цивільних відносинах суб'єктів господарювання. Використовуються також такі критерії диференціації правового регулювання, як належність однієї зі сторін цивільних відносин до державного сектору економіки, що визначається у ч. 2 ст. 22 ГК [20], виникнення прав відносин на підставі державного контракту, фінансування виконання зобов'язання за рахунок Державного бюджету (ч. 2 ст. 231 ГК) тощо.

23. Види юридичних осіб публічного права. Такими є бюджетні установи, що створюються державою, Автономною Республікою Крим та територіальними громадами. Прямо в ст. 167, 168, 169 ЦК [19] називаються навчальні заклади. Іншими бюджетними установами, що мають статус юридичних осіб публічного права, можуть бути медичні, культурні заклади, органи державної влади, органи влади Автономної Республіки Крим, органи місцевого самоврядування. Юридичними особами публічного права є також державні та комунальні підприємства, на що прямо вказується у ст. 167, 169 ЦК. Положення цих статей щодо права створювати підприємства, що є юридичними особами публічного права, слід за аналогією поширювати на Автономну Республіку Крим, оскільки Автономній Республіці Крим надається повноваження здійснювати управління майном, яке їй належить (п. 10 ч. 1 ст. 18 Конституції Автономної Республіки Крим [88]).

24. Класифікація юридичних осіб публічного права. Тут враховується, що для класифікації можуть використовуватись різні критерії, вибір яких зумовлюється цілями класифікації. В даному випадку йдеться про класифікацію за критерієм відповідальності засновника юридичної особи публічного права за зобов'язаннями юридичної особи та обсягу прав засновника щодо майна юридичної особи публічного права. За цим критерієм юридичні особи публічного права поділяються на бюджетні установи та підприємства. Бюджетні установи поділяються на установи, створені державою, Автономною Республікою Крим, територіальними громадами. Серед них можуть виокремлюватись такі, що мають особливості правового статусу, встановлені спеціальним законом. Речове право бюджетних установ на майно, що закріплене за ними, має назву права оперативного управління (ст. 39 Закону «Про власність» [24]).

Підприємства також поділяються на створені державою (державні), Автономною Республікою Крим (їх умовно можна було б назвати республіканськими), територіальними громадами (комунальні). Державні підприємства поділяються на державні комерційні підприємства і державні казенні

підприємства (ст. 74, 76 ГК [20]). Комерційні підприємства поділяються на комерційні і некомерційні (ст. 78 ГК). Ця ж класифікація, що виражає статус відповідних підприємств, має застосовуватись і до підприємств, створених Автономною Республікою Крим. Державні комерційні і казенні підприємства називаються в Господарському кодексі унітарними (ст. 73). Цей же термін застосовується в ст. 78 ГК стосовно комунальних підприємств. Можливим є застосування цього терміна стосовно підприємств, створених Автономною Республікою Крим. Термін «унітарне» (підприємство) використовується на протигагу терміну «корпоративні» підприємства (господарські товариства), які можуть створюватись державою, Автономною Республікою Крим, територіальними громадами (хоч ст. 114 ЦК [19] і встановлює, що учасниками господарських товариств можуть бути фізичні і юридичні особи, це не виключає створення державою, Автономною Республікою Крим або територіальними громадами господарських товариств відповідно до ст. 167—169 ЦК). Унітарне підприємство, створене державою, Автономною Республікою Крим, територіальною громадою, відрізняється від корпоративного підприємства, створеного тими ж суб'єктами, видом речових прав. Унітарне підприємство має право господарського відання або оперативного управління. Корпоративне підприємство (господарське товариство), хоч би одноособовим його засновником були держава, Автономна Республіка крим або територіальна громада, отримує майно від засновника у власність (приватну). Натомість ці засновники отримують стосовно заснованого ними господарського товариства (корпоративного підприємства) корпоративні права. Стосовно створених ними господарських товариств (корпоративних підприємств) держава, Автономна Республіка Крим і територіальні громади здійснюють свої корпоративні права в межах майново-господарських і організаційно-господарських зобов'язань, які при цьому виникають. Стосовно унітарних підприємств, створених державою, Автономною Республікою Крим або територіальними громадами, застосування терміна «корпоративні права» є недоречним, оскільки не відповідало б розумінню цього поняття, яке (розуміння) викладене в ст. 167—172 ГК. Але відповідно до ч. 1.8 ст. 1 Закону «Про оподаткування прибутку підприємств» [77] у податкових правовідносинах термін «корпоративні права» має тлумачитись більш широко. Оскільки корпоративні права тут визначаються перш за все як право власності на статутний фонд (капітал), а статутний фонд створюється на будь-якому підприємстві (ч. 3 ст. 63 ГК), зокрема на державних комерційних підприємствах (ч. 3 ст. 74 ГК), поняттям корпоративних прав в податковому законодавстві охоплюються майнові і організаційно-управлінські права держави, Автономної Республіки Крим, територіальної громади (відповідних органів) не тільки щодо комерційних, а і щодо унітарних підприємств.

25. Відповідальність засновника (держави, Автономної Республіки Крим, територіальної громади) за зобов'язаннями установи. Положення ст. 39 Закону «Про власність» [24], згідно якого за зобов'язаннями установ, що фінансуються із бюджетів, відповідає власник, слід тлумачити так, що відповідальність несе або держава, або Автономна Республіка Крим, або територіальна громада, які є засновниками відповідної установи. Тлумачення наведеного

положення в такий спосіб, що під власником, який несе відповідальність за зобов'язаннями установи, слід розуміти орган державної влади, орган влади Автономної Республіки Крим або орган місцевого самоврядування, який створив установу та в підпорядкуванні якого установа перебуває, не враховує цивільно-правового статусу таких органів, які не мають будь-яких можливостей нести таку відповідальність, бо бюджетні кошти, які виділяються для фінансування таких органів, мають використовуватись виключно за цільовим призначенням, а виділення бюджетним установам—органам державної влади, органам влади Автономної Республіки Крим, органам місцевого самоврядування бюджетних коштів на погашення заборгованості підпорядкованих їм бюджетних установ не практикується і є недоцільним, оскільки виникнення необхідності в покритті заборгованості бюджетних установ, підпорядкованих кожному державному органі, органі влади Автономної Республіки Крим чи місцевого самоврядування, передбачити неможливо.

26. Відповідальність засновників за зобов'язаннями комерційних підприємств (юридичних осіб публічного права), що є у власності держави, Автономної Республіки Крим і територіальних громад.

Державні комерційні підприємства не є суб'єктами права власності. Власниками «закріпленого» (термін ч. 3 ст. 73 ГК [19]) за такими підприємствами майна залишається держава, а самі такі підприємства мають речове право, що називається у ч. 3 ст. 73 ГК правом господарського відання. Оскільки державні підприємства не є суб'єктами права власності, постає питання про ступінь майнового розмежування між державним підприємством та державою.

За зобов'язаннями державного комерційного підприємства держава не відповідає (ч. 5 ст. 74 ГК). Проте, в тій же статті передбачається можливість встановлення Господарським кодексом чи іншими законами винятків із наведеного правила. Але на цей час такі винятки не встановлені. Частина 9 ст. 78 ГК поширює ці положення, що прямо стосуються державних комерційних підприємств, на комунальні комерційні підприємства. Це правило за аналогією застосовується до комерційних підприємств, що створені Автономною Республікою Крим.

27. Відповідальність засновників за зобов'язаннями некомерційних підприємств, що є у власності держави, Автономної Республіки Крим або територіальних громад.

Господарський кодекс [19] стосовно державних підприємств прямо не використовує термін «некомерційні». Державні підприємства, які здійснюють некомерційну господарську діяльність, іменуються казенними. Такий висновок випливає із ч. 1 ст. 53 і ч. 3 ст. 76 ГК. Майно за казенними підприємствами закріплюється на праві оперативного управління (ч. 3 ст. 76 ГК). Обсяг речових прав, що охоплюються правом казенного підприємства здійснювати оперативне управління майном, визначається статутом такого підприємства. Такі права казенних підприємств встановлюються (обмежуються) і законом. Тому право оперативного управління завжди є меншим за обсягом, ніж право господарського відання, а тим більше, — ніж право власності. Казенне підприємство відповідає за своїми зобов'язаннями лише коштами, що перебувають у його розпорядженні (ч. 7 ст. 77 ГК). Достатньої визначеності щодо

змісту поняття «кошти» в законодавстві України не існує. З одного боку, є визначення коштів як гривні або іноземної валюти (п. 1.3 ст. 1 Закону «Про оподаткування прибутку підприємств» [77]). З другого боку, є випадки вживання термінів «основні і оборотні кошти», яким відповідають терміни «основні і оборотні фонди». В будь-якому випадку «в розпорядженні» казенного підприємства не перебуває майно, що належить до основних фондів, оскільки закріплене за ним таке майно казенне підприємство може відчужувати лише за наявності попередньої згоди органу, до сфери управління якого належить казенне підприємство. У зв'язку з обмеженими правами казенного підприємства на майно ч. 7 ст. 77 ГК встановлює, що у разі недостатності коштів у казенного підприємства за його зобов'язаннями «повну субсидіарну відповідальність» несе держава в особі органу, до сфери управління якого входить казенне підприємство. Цей орган зазвичай має вкрай обмежені кошти. До того ж вони є бюджетними і можуть використовуватись виключно за призначенням (п. 8 ст. 7; ч. 6 ст. 51 Бюджетного кодексу України [15]). Тому в кінцевому рахунку субсидіарну відповідальність за зобов'язаннями казенних підприємств несе держава Україна.

Аналогічно згідно із ч. 9 ст. 78 ГК субсидіарну відповідальність за зобов'язаннями комунальних некомерційних підприємств несе територіальна громада, у власності якої перебуває таке підприємство. Ч. 9 ст. 78 ГК передбачає визначення особливостей господарської діяльності комунальних унітарних підприємств відповідно до вимог, встановлених цим Кодексом щодо діяльності державних або казенних підприємств. Ст. 77 ГК, яка передбачає субсидіарну відповідальність держави за зобов'язаннями казенних підприємств має заголовок «Особливості господарської діяльності казенних підприємств», тобто відносить питання відповідальності держави за зобов'язаннями казенних підприємств до особливостей їх господарської діяльності. Отже, із ч. 9 ст. 78 ГК випливає, що територіальна громада є субсидіарно відповідальною за зобов'язаннями створених нею (органами самоврядування від імені територіальної громади) комунальних некомерційних підприємств.

Положення ч. 9 ст. 78 ГК за аналогією застосовується до некомерційних підприємств, створених Автономною Республікою Крим. Підставою для застосування аналогії в цьому випадку є ч. 1 ст. 168 ЦК [19] («Автономна Республіка Крим діє у цивільних відносинах на рівних правах з іншими учасниками цих відносин»).

28. Визначення відповідальності держави, Автономної Республіки Крим, територіальної громади. Категорія відповідальності в такому аспекті виявила свою гостроту у зв'язку з арештом українського літака в Канаді. В зв'язку з цим в судовій практиці має послідовно проводитись така лінія, згідно якої неприпустимим є будь-яке поширене тлумачення положень про відповідальність однієї особи за боргами іншої, як неприпустимим є таке тлумачення взагалі. Цивільний кодекс [19] не дає визначення категорії відповідальності. Тому до цивільних правовідносин має застосовуватись те розуміння відповідальності, яке випливає із ч. 1 ст. 216 ГК [20] та згідно з яким відповідальність полягає в застосуванні до правопорушників господарських санкцій (в стягненні збитків і штрафних санкцій). Про застосування оперативно-господарських санкцій тут не

йдеться, оскільки це можливе тільки стосовно сторони по договору (ч. 2 ст. 235 ГК), якою субсидіарно відповідальна особа у відносинах, що розглядаються, не є). Збитки, які підлягають стягненню з субсидіарно відповідальних держави, Автономної Республіки Крим чи територіальної громади, можуть полягати у тому, що відповідна юридична особа не виконала грошове зобов'язання, не виконала інше зобов'язання, в результаті чого настає її обов'язок відшкодувати збитки чи сплатити неустойку.

Відповідальність держави, Автономної Республіки Крим чи територіальної громади за зобов'язаннями створених ними юридичних осіб ні за яких умов не може тлумачитись як можливість звернення стягнення на майно держави, Автономної Республіки Крим чи територіальної громади на підставі рішення суду чи іншого виконавчого документу, що є підставою стягнення грошових сум чи майна з юридичної особи, створеної одним із названих суб'єктів. Тобто, у випадках, коли закон покладає на державу, Автономну Республіку Крим чи територіальну громаду субсидіарну відповідальність за зобов'язаннями створених ними юридичних осіб, це означає не можливість звернення стягнення на майно держави, Автономної Республіки Крим чи територіальної громади за виконавчими документами, що прийняті стосовно названих юридичних осіб, а лише можливість пред'явлення позову до них. Причому в силу принципу суверенного імунітету до держави України позов може бути пред'явлений тільки в судах України, якщо тільки держава у відповідному договорі не відмовилась від суверенного імунітету і не визнала юрисдикцію певного суду (міжнародного чи національного). Зокрема, угода про розподіл продукції, що укладається за участю іноземного інвестора, може передбачати відмову держави від судового імунітету (ст. 32 Закону «Про угоди про розподіл продукції» [99] з урахуванням рішення Конституційного Суду України від 06.12.01 у справі за конституційним поданням народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) частини першої статті 5, частини третьої статті 6, статті 32 Закону України «Про угоди про розподіл продукції» [справа про угоди про розподіл продукції] [159]).

29. Відповідальність юридичної особи, що створена державою, Автономною Республікою Крим або територіальною громадою, за зобов'язаннями засновника. Така відповідальність згідно ст. 176 ЦК [19] не допускається. Спеціальним законом вона може бути встановлена, але на цей час такі закони не приймалися.

Щодо можливості звернення стягнення на майно юридичної особи, заснованої державою, Автономною Республікою Крим, територіальною громадою, за виконавчими документами про стягнення з засновника треба враховувати наступне. Нормальним способом стягнення з держави, Автономної Республіки Крим чи територіальної громади є звернення стягнення за виконавчим документом на кошти Державного бюджету, бюджету Автономної Республіки Крим чи місцевого бюджету. Якщо це неможливо, закону не буде суперечити звернення стягнення на майно бюджетної установи, яке є власністю держави, Автономної Республіки Крим або територіальної громади, якщо тільки закон не обмежує право власника (держави, Автономної Республіки Крим, територіальної

громади) вилучати майно у бюджетної установи. Звернення стягнення на майно підприємств на підставі виконавчих документів про стягнення з засновника (держави, Автономної Республіки Крим, територіальної громади) є можливим в міру права відповідного засновника вилучати майно у створеного ним підприємства. Господарський кодекс [19] не передбачає такого права держави, Автономної Республіки Крим чи територіальної громади стосовно комерційних підприємств. Стосовно державних казенних підприємств передбачена можливість вилучення лише того майна, яке не використовується або використовується не за призначенням (ч. 3 ст. 77 ГК). В силу ч. 9 ст. 78 ГК це правило поширюється на комунальні некомерційні підприємства. За аналогією, підставою для застосування якої є ч. 1 ст. 168 ЦК, викладене положення має застосовуватись до некомерційних підприємств, створених Автономною Республікою Крим. Слід також враховувати положення ч. 7 ст. 66 ГК («Вилучення державою у підприємства майна, що ним використовується, здійснюється лише у випадках і порядку, передбачених законом»), що поширюється на комерційні і некомерційні підприємства, засновані державою, Автономною Республікою Крим або територіальною громадою, а також положення ч. 3 ст. 136 ГК («Щодо захисту права господарського відання застосовуються положення закону, встановлені для захисту права власності. Суб'єкт підприємництва, який здійснює господарську діяльність на основі права господарського відання, має право на захист своїх майнових прав також від власника»).

30. Правоздатність юридичних осіб. Раніше чинний Цивільний кодекс виходив із того, що правоздатність юридичної особи є суто спеціальною, а тому правочини юридичних осіб, що суперечать їх цілям, визнавались недійсними (ст. 50 ЦК 1963 р.). Частина 1 ст. 91 ЦК 2003 р. [19] визнає всіх юридичних осіб здатними мати такі ж права та обов'язки (цивільну правоздатність), як і фізична особа, крім тих, які за своєю природою можуть належати лише людині. Обмеження цивільної правоздатності юридичної особи допускається лише за рішенням суду. Частина 3 ст. 91 ЦК встановлює єдине обмеження на здійснення юридичною особою певної діяльності та вчинення правочинів, пов'язаних з такою діяльністю: законом може бути встановлено, що певні види діяльності юридична особа може здійснювати лише за наявності ліцензії. Але ж це обмеження є загальним. Воно поширюється як на юридичних осіб, так і на фізичних осіб-підприємців (абзац чотирнадцятий ст. 1 Закону «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» [106]). Звідси випливає, що єдиним обмеженням правоздатності юридичних осіб в порівнянні з правоздатністю фізичних осіб, є наведене обмеження, що встановлене ч. 1 ст. 91 ЦК.

Разом з тим слід враховувати, що в зв'язку з введенням в дію нового Цивільного і Господарського [20] кодексів не передбачалось, що раніше прийняті законодавчі акти підлягають застосуванню лише в частині, в якій вони не суперечать названим кодексам. Тому всі закони, які встановлюють спеціальну цивільну правоздатність юридичних осіб або в будь-який спосіб обмежують її, зберегли чинність і після введення в дію цих кодексів. Чинними є і ті закони, які прийняті після введення в дію названих кодексів та встановлюють в будь-який

спосіб обмеження на здійснення юридичними особами певних видів підприємницької діяльності та на вчинення відповідних правочинів.

Що стосується юридичних осіб публічного права, то їх цивільна правоздатність має кваліфікуватись як суто спеціальна. Якщо її зміст не визначений законом чи відповідно до закону, зміст правоздатності має визначатись так, як вона впливає із цілей та задач таких юридичних осіб, що встановлені відповідним актом законодавства.

31. Здійснення дієздатності юридичних осіб. Ст. 92 ЦК [19] встановлює два можливі способи здійснення дієздатності юридичної особи: 1) юридична особа може здійснювати дієздатність через свої органи, що діють відповідно до установчих документів і закону. При цьому порядок створення органів юридичної особи має визначатись установчими документами та законом; 2) юридична особа у випадках, встановлених законом, може набувати цивільних прав та обов'язків через своїх учасників. Такий спосіб здійснення дієздатності юридичної особи передбачається стосовно повних і командитних товариств (ч. 1 ст. 122; ч. 1 ст. 133 ЦК), довірчих товариств (ст. 3 Декрету Кабінету Міністрів України «Про довірчі товариства» [156]). Відповідно до ст. 246 ЦК дієздатність юридичної особи може здійснюватись також представником, повноваження якого посвідчуються дорученням.

Відповідно до ч. 3 ст. 92 ЦК дієздатність юридичної особи може здійснюватись як колегіальним органом, так і одноособовим органом (особою). Але в будь-якому випадку в практиці зазвичай юридичні дії від імені юридичної особи здійснює одна особа (фізична). Якщо орган юридичної особи, що здійснює його дієздатність, є колегіальним, такою особою зазвичай визнається керівник такого колегіального органу. Відповідно до ч. 3 ст. 92 ЦК слід виходити із презумпції наявності повноваження на здійснення дієздатності юридичної особи як у одноособового органу юридичної особи, так і у керівника колегіального органу юридичної особи. Допускається встановлення обмежень щодо здійснення дієздатності юридичної особи її одноособовим органом або керівником колегіального органу. Але такі обмеження не діють, крім випадків, коли юридична особа доведе, що третя особа знала або за всіма обставинами не могла не знати про такі обмеження.

Зазначені обмеження можуть встановлюватись такими способами: 1) безпосередньо законом. Так, відповідно до п. 16 ч. 3 ст. 42 Закону «Про місцеве самоврядування в Україні» [76] сільський, селищний, міський голова укладає договори від імені ради. Але якщо такі договори укладені від імені ради з питань, що віднесені до виключної компетенції ради, вони підлягають затвердженню радою (п. 43 ч. 1 ст. 26 того ж Закону); 2) статутом акціонерного товариства або товариства з обмеженою відповідальністю може бути встановлено, що договори на визначену в статуті суму, підлягають затвердженню загальними зборами акціонерів чи учасників товариства (п. «і» частини п'ятої ст. 41; частина перша ст. 59 Закону «Про господарські товариства» [33]); 3) відповідно до ч. 1 ст. 122 ЦК кожний учасник повного товариства має право діяти від імені товариства, але засновницьким договором може бути визначено, що всі учасники ведуть справи спільно або що таке повноваження надане лише окремим учасникам; 4) статутом

акціонерного товариства, товариства з обмеженою відповідальністю, товариства з додатковою відповідальністю, кооперативу можуть бути передбачені різні варіанти співвідношення повноважень колегіального органу такої юридичної особи та керівника такого органу на здійснення дієздатності юридичної особи. Один із можливих варіантів є таким: керівникові колегіального органу юридичної особи надаються необмежені повноваження на здійснення дієздатності юридичної особи, незалежно від рішень, які приймає відповідний колегіальний орган. Інший варіант: керівник колегіального органу юридичної особи отримує право на підписання договорів та вчинення інших правочинів від імені юридичної особи тільки за умови попереднього прийняття колегіальним органом рішення про укладення відповідного договору чи вчинення іншого правочину. Третій варіант: статутом передбачається, що керівник колегіального органу має право без обмежень підписувати договори від імені юридичної особи, але підписаний договір при цьому вважається укладеним тільки після належного волевиявлення на укладення договору з боку колегіального органу юридичної особи. Четвертий варіант: попереднє або наступне волевиявлення з боку колегіального органу є необхідним лише у випадках укладення певних договорів (на суму, що перевищує ту, яка встановлена статутом; про відчуження майна, що належать до основних фондів; про укладення договорів будівельного підряду тощо).

Всі обмеження на здійснення дієздатності юридичної особи одноособовим її органом чи керівником колегіального органу юридичної особи є чинними за умови, якщо юридична особа доведе, що третя особа знала або за всіма обставинами не могла не знати про встановлені обмеження. Третя особа має визнаватись такою, що знала чи за всіма обставинами не могла не знати про обмеження, що тут аналізуються, в наступних випадках: 1) коли такі обмеження встановлені законом (п. 43 ч. 1 ст. 26; п. 16 ч. 3 ст. 42 Закону «Про місцеве самоврядування в Україні»); 2) коли відомості про такі обмеження, встановлені статутом чи засновницьким договором, внесені до Єдиного державного реєстру юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців (абзац одинадцятий ч. 2 ст. 17 Закону «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців» [133]); 3) коли надані інші докази, які з достовірністю підтверджують, що третя особа під час укладення договору знала про обмеження, які встановлені для одноособового органу, керівника колегіального органу юридичної особи чи колегіального органу юридичної особи на здійснення дієздатності останньої.

§ 2. Суб'єкти господарювання

1. Господарська діяльність як основна ознака суб'єкта господарювання. Господарський кодекс [20] досить широко використовує поняття юридичної особи. Разом з тим з урахуванням необхідності виокремлення предмета Господарського кодексу в ньому використовується поняття суб'єкта господарювання. Із ч. 1 ст. 55 ГК можна зробити висновок про те, що суб'єктами господарювання визнаються юридичні і фізичні особи, які здійснюють господарську діяльність. Господарська діяльність визначається як діяльність суб'єктів

господарювання у сфері суспільного виробництва, спрямована на виготовлення та реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність (ч. 1 ст. 3 ГК).

Із формулювання «діяльність... у сфері суспільного виробництва» не слід робити висновок про те, що є такі види підприємницької діяльності, які виходять за межі господарської діяльності. Стаття 261 ГК виокремлює сферу матеріального виробництва, в ній зазначається, що усі інші види діяльності у своїй сукупності становлять сферу нематеріального виробництва (невиробничу сферу). Ця термінологія (сфера нематеріального виробництва називається невиробничою сферою) не є досконалою. Але ж із ст. 261 ГК випливає, що будь-яка діяльність, завдяки якій з'являється споживач, готовий заплатити за них певну ціну, охоплюється поняттям господарської діяльності. Зокрема, діяльність у сфері товарного обігу, тобто, діяльність щодо доведення товарів до споживача також визнається господарською, а більш точно — господарсько-торговельною (ст. 263 ГК).

Підкреслюючи ринковий характер господарської діяльності, ч. 1 ст. 3 ГК звертає увагу та вартісний характер результатів господарської діяльності та їх цінову визначеність.

2. Види господарської діяльності. Ч. 2 ст. 3 ГК [19] виокремлює два види господарської діяльності. Один із них підприємництво, а інший — некомерційна господарська діяльність. Підприємництво визначається як господарська діяльність, що здійснюється для досягнення економічних і соціальних результатів та з метою отримання прибутку. Суб'єкти підприємництва називаються підприємцями. Суб'єктами господарювання-підприємцями (суб'єктами підприємництва) визнаються юридичні особи, які за термінологією Цивільного кодексу називаються підприємницькими товариствами (господарські товариства і виробничі кооперативи). До таких суб'єктів господарювання слід віднести також споживчі товариства та створені ними або їх спілками (об'єднаннями) підприємства (ст. 111 ГК), підприємства, створені об'єднаннями громадян, релігійними організаціями (ч. 2 ст. 93; ст. 112 ГК), приватні підприємства (ст. 113 ГК), фермерські господарства (ст. 114 ГК), державні і комунальні комерційні підприємства.

Господарська діяльність без мети одержання прибутку називається у ч. 2 ст. 3 ГК некомерційною господарською діяльністю. В такий же спосіб ст. 52 ГК визначає некомерційне господарювання. Некомерційна господарська діяльність здійснюється суб'єктами господарювання державного і комунального секторів економіки в галузях (видах діяльності), в яких забороняється підприємництво (ст. 12 ГК). Некомерційну господарську діяльність здійснюють казенні підприємства (ст. 76 ГК), комунальні некомерційні підприємства (ст. 78 ГК). Визнається можливість здійснення некомерційної господарської діяльності іншими суб'єктами (товарними і фондовими біржами, обслуговуючими кооперативами, кредитними спілками тощо).

У ч. 3 ст. 3 ГК господарче забезпечення діяльності негосподарюючих суб'єктів визначається як діяльність негосподарюючих суб'єктів, спрямована на створення і підтримання матеріально-технічних умов їх функціонування, що здійснюється за участю або без участі суб'єктів господарювання. Але в подальшому в Господарському кодексі поняття господарчого забезпечення діяльності негосподарю-

ючих суб'єктів не використовується. Очевидно, воно визначено виключно з метою звернути увагу на те, що така діяльність до категорії господарської не належить.

3. Діяльність державних органів, органів місцевого самоврядування та бюджетних установ. Частина 4 ст. 43 ГК [20] забороняє державним органам, органам місцевого самоврядування здійснювати господарську комерційну діяльність. Частина 3 ст. 52 ГК забороняє цим же органам здійснювати некомерційну господарську діяльність. Ці правила за аналогією слід застосовувати до органів влади Автономної Республіки Крим. Що стосується бюджетних установ, що не є органами державної влади, органами влади Автономної Республіки Крим чи органами місцевого самоврядування, то спеціальними законами їм може надаватись право здійснювати підприємницьку діяльність. В таких випадках положення законодавства про підприємницьку діяльність будуть застосовуватись до тієї частини їх діяльності, яка на своїй змістом є підприємницькою (ч. 3 ст. 45 ГК). У встановлених законом межах бюджетні установи, що не є органами державної влади, органами влади Автономної Республіки Крим чи органами місцевого самоврядування, вправі також здійснювати некомерційну господарську діяльність. Такий висновок впливає із ч. 2 ст. 52 ГК.

Однак діяльність установ, що фінансуються із бюджетів, щодо надання освітніх, медичних та інших соціальних послуг за рахунок бюджетних коштів не може кваліфікуватись як господарська, а самі ці установи у зв'язку із здійсненням такої діяльності не можуть кваліфікуватись як суб'єкти господарювання.

4. Види господарських відносин. Таких видів виокремлюються три: господарсько-виробничі, організаційно-господарські і внутрішньогосподарські. Господарсько-виробничі відносини як предмет правового регулювання визначаються як майнові та інші відносини, що виникають між суб'єктами господарювання при безпосередньому здійсненні господарської діяльності (ч. 5 ст. 3 ГК [20]). Зазначення на «інші відносини» погоджується з положенням ст. 1 ГК про те, що господарські відносини виникають не тільки при здійсненні господарської діяльності, а і при її організації. Що стосується визначення суб'єктів господарських відносин та визнання цих відносин такими, що виникають при «безпосередньому» здійсненні господарської діяльності, то треба брати до уваги наступне. По-перше, ідея про те, що господарсько-виробничі відносини утворюються «між суб'єктами господарювання» не знайшла послідовного відображення в Господарському кодексі в подальшому. Стаття 175 ГК встановлює, що в майново-господарських зобов'язаннях з однієї сторони участь завжди беруть суб'єкти господарювання. Але іншою стороною зобов'язань такого роду можуть бути не тільки суб'єкти господарювання, а й негосподарюючі суб'єкти-юридичні особи. Спеціально зазначається на те, що контрагентами суб'єктів господарювання у майново-господарських зобов'язаннях можуть бути органи державної влади і органи місцевого самоврядування, наділені господарською компетенцією. Це свідчить про те, що корпоративні права, які мають держава і територіальні громади стосовно створених ними або за їх участю господарських товариств, в Господарському кодексі поділяються на дві частини. Майнова

частина корпоративних прав держави і територіальних громад входить до змісту майново-господарських зобов'язань, а управлінсько-господарська (організаційна) — до складу організаційно-господарських зобов'язань.

З огляду на визначення майново-господарських зобов'язань у ст. 175 ГК слід зробити висновок і про те, що спеціальними положеннями цієї статті коригується і посилання у ч. 5 ст. 3 ГК на те, що господарсько-виробничі відносини утворюються при «безпосередньому» здійсненні господарської діяльності. Із ст. 175 ГК випливає, що така ознака не є обов'язковою. Будь-які відносини з участю суб'єктів, на яких вказується у ч. 2 ст. 175 ГК, щодо виконання роботи, передання майна, сплати грошей, якщо ці відносини пов'язані з господарською діяльністю суб'єкта господарювання, що є учасником цих відносин, мають кваліфікуватись як господарсько-виробничі. Результатом врегулювання господарсько-виробничих відносин нормами господарського і цивільного права є майново-господарські зобов'язання.

5. Організаційно-господарські відносини. Ці відносини визначаються у ч. 6 ст. 3 ГК [20] як такі, що утворюються між суб'єктами господарювання, з одного боку, та суб'єктами організаційно-господарських повноважень у процесі управління господарською діяльністю, з другого. Результатом врегулювання цих відносин нормами права є організаційно-господарські зобов'язання. Види цих зобов'язань визначаються в ч. 2 ст. 176 ГК. Це — такі види:

1) між суб'єктом господарювання та власником (в тому числі державою, територіальною громадою), який є його засновником;

2) між суб'єктом господарювання та органом державної влади, органом місцевого самоврядування, наділеним господарською компетенцією щодо цього суб'єкта (мається на увазі, що власником (засновником) суб'єкта господарювання є держава чи територіальна громада, а державний орган чи орган місцевого самоврядування є органом, наділеним господарською компетенцією);

3) між суб'єктом господарювання, який разом з іншими суб'єктами господарювання створює господарське товариство чи об'єднання підприємств, та органами управління цих об'єднань чи товариств. Це — дуже цікава ідея — визнати зазначені органи суб'єктами одного із видів організаційно-господарських зобов'язань. Немає жодних підстав заперечувати ту обставину, що права, які входять до змісту таких зобов'язань, мають захищатись судами, а зазначені органи повинні мати можливість виступати в суді як позивачі та відповідачі;

4) між суб'єктами господарювання у разі, якщо один із них є щодо іншого дочірнім підприємством;

5) оскільки учасник договору про спільну діяльність, якому доручено керівництво спільною діяльністю, здійснює організаційно-управлінські повноваження (ч. 4 ст. 176 ГК), як організаційно-господарські зобов'язання мають бути визнані зобов'язання між таким учасником договору про спільну діяльність та кожним із інших учасників такого договору, змістом якого (зобов'язання) є здійснення однією стороною на користь іншої певної управлінсько-господарської (організаційної) дії.

6. Господарські організації як суб'єкти господарювання. Вони визначаються у п. 1 ч. 2 ст. 55 ГК [20] як юридичні особи, створені відповідно до

Цивільного кодексу [19], державні, комунальні та інші підприємства (приватні підприємства, фермерські господарства, підприємства, створені об'єднаннями громадян, споживчими товариствами, їх спілками та об'єднаннями), створені відповідно до Господарського кодексу, а також інші юридичні особи, які здійснюють господарську діяльність та зареєстровані у встановленому законом порядку. Це — найбільш загальне визначення господарських організацій як суб'єктів господарювання. Тому воно має застосовуватись лише в частині, що не суперечить спеціальним законам.

Зокрема, із п. 1 ч. 2 ст. 55 ГК впливає, що всі юридичні особи приватного права мають визнаватись суб'єктами господарювання. Але ж далеко не всі юридичні особи приватного права можуть здійснювати господарську діяльність. Деяким із них надається лише право створювати підприємства, а самі вони суб'єктами господарювання бути не можуть. Отже, п. 1 ч. 2 ст. 55 ГК стосовно юридичних осіб приватного права, що створюються відповідно до Цивільного кодексу, застосовується в частині, в якій цей пункт не суперечить спеціальним законам.

Не підлягає сумніву наявність у будь-якої юридичної особи, що відповідно до її статуту визначається як підприємство, статусу суб'єкта господарювання.

Інші юридичні особи, які згідно з наданим їм законом правом здійснюють комерційну або некомерційну господарську діяльність, також мають визнаватись суб'єктами господарювання. Що стосується положення у п. 1 ч. 2 ст. 55 ГК про те, що такі юридичні особи мають бути зареєстровані у встановленому законом порядку, то треба враховувати, що Закон «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців» [133] встановлює єдиний порядок реєстрації всіх юридичних осіб. Тому юридичні особи, про яких тут йдеться, підлягають реєстрації в установленому названим Законом порядку.

7. Фізичні особи-підприємці як суб'єкти господарювання. Громадяни України, іноземці, особи без громадянства, зареєстровані в Україні як підприємці відповідно до Закону «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців» [133], визнаються суб'єктами господарювання. Право здійснювати підприємницьку діяльність (за умови державної реєстрації як підприємця) має фізична особа з повною цивільною дієздатністю (ч. 1 ст. 50 ЦК [19]), тобто фізична особа, яка досягла вісімнадцяти років. Якщо особа досягла шістнадцяти років і бажає займатись підприємництвом, їй може бути надана повна цивільна дієздатність. За наявності письмової згоди батьків (усиновлювачів), піклувальника або органу опіки та піклування така особа може бути зареєстрована як підприємець. З моменту такої реєстрації зазначена особа набуває повної цивільної дієздатності. Оскарження в суді відмови особи, що досягла шістнадцяти років, в реєстрації як підприємця законом не передбачено.

Забороняється займатися підприємницькою діяльністю державним службовцям (ст. 5 Закону «Про боротьбу з корупцією» [63]).

Відповідно до ч. 3 ст. 128 ГК [20] громадянин може здійснювати підприємницьку діяльність безпосередньо як підприємець або через приватне підприємство, що ним створюється. Це положення створює певну небезпеку для громадян-підприємців. По-перше, це дає підставу дії державного службовця, який створив

приватне підприємство, кваліфікувати як підприємницьку діяльність. Така кваліфікація повністю відповідає ч. 3 ст. 128 ГК. По-друге, не виключається на підставі ч. 3 ст. 128 ГК пред'явлення до засновника приватного підприємства вимоги про звернення стягнення на його майно за зобов'язаннями створеного ним приватного підприємства. На думку автора, на приватні підприємства поширюється чинність ч. 3 ст. 96 ЦК, відповідно до якої засновник юридичної особи не відповідає за зобов'язаннями останнього, хоч формулювання ч. 3 ст. 128 ГК «громадянин може здійснювати підприємницьку діяльність... через приватне підприємство» дуже близьке за змістом до правила ч. 1 ст. 119 ЦК, відповідно до якого учасники повного товариства здійснюють підприємницьку діяльність від імені товариства.

8. Філії, представництва та інші відокремлені підрозділи. Законом від 04.02.05 до Господарського кодексу [20] внесені зміни, якими із цього Кодексу вилучені положення, якими філії, представництва та інші відокремлені підрозділи господарських організацій визнавались суб'єктами господарювання (ч. 2 ст. 55 ГК), вводився в нормативний обіг термін «структурні одиниці» (ч. 2 ст. 55; ст. 132 ГК), визнавалось речове право таких підрозділів (ч. 5 ст. 55; ч. 2 ст. 132; ст. 138 ГК), інші положення, що визнавались господарську (а отже, — у відповідній частині — і цивільну) правосуб'єктність філій, представництв та інших відокремлених підрозділів суб'єктів господарювання.

9. Внутрішньогосподарські відносини. Як різновид господарських відносин, що є предметом правового регулювання, у ч. 7 ст. 3 ГК [20] називаються внутрішньогосподарські відносини. Вони складаються між структурними підрозділами суб'єкта господарювання, між суб'єктом господарювання та його структурними підрозділами. Але статус структурних підрозділів як суб'єктів господарювання у Господарському кодексі не визначений. Інші норми, які б регулювали господарські відносини, про які йдеться, є поодинокими. Зокрема, у ч. 7 ст. 281 ГК встановлюється, що розмір штрафних санкцій, які застосовуються у внутрішньогосподарських відносинах, визначається господарською організацією. Ч. 2 ст. 225 ГК встановлює, що склад збитків, які відшкодовуються у внутрішньогосподарських відносинах, визначається відповідними суб'єктами господарювання — господарськими організаціями з урахуванням специфіки їх діяльності. З огляду на невизначеність статусу структурних підрозділів як суб'єктів господарського права та відсутність, як правило, правових норм, які такі відносини регулювали б, слід зробити висновок про те, що у внутрішньогосподарській сфері не утворюються правовідносини, на які поширюється юрисдикція судів відповідно до частини другої ст. 124 Конституції, а права структурних підрозділів господарських організацій захищаються в порядку, визначеному самою господарською організацією. Інша справа, що працівник або декілька (група) працівників вправі захищати свої трудові права, які впливають із належним чином затверджених господарською організацією внутрішніх (локальних) актів, що регулюють відносини з участю структурних підрозділів господарської організації, як в комісіях з трудових спорів, так і в судах.

Глава 3 Правочини. Представництво

§ 1. Загальні положення про правочини

1. Положення про правочини в Цивільному і Господарському кодексах. Цивільний кодекс [19] формулює розгорнені положення про правочини, підстави визнання правочинів недійсними. В Господарському кодексі [20] положення про правочини не формулюються, термін «правочини» не вживається взагалі. Але в цьому Кодексі формулюються положення про договори (ст. 179—188), що є близькі за змістом до норм, що викладаються в Цивільному кодексі щодо правочинів, про недійсність господарських зобов'язань (ст. 207) та про наслідки недійсності зобов'язань (ст. 208 ЦК). Тому у відповідних випадках виникає питання про співвідношення положень названих двох Кодексів, що прямо чи непрямо поширюються на правочини.

2. Нормативне визначення правочинів, що наводиться в ст. 202 ЦК [19], має істотне практичне значення: воно визначає предмет, регулювання якого здійснюється нормами глави 16 Цивільного кодексу, що має назву «Правочини», а також іншими положеннями законодавства, що встановлені стосовно правочинів. Термін «правочин» вживається в Цивільному кодексі 2003 р. замість терміна «угода», який використовувався у Цивільному кодексі 1963 р. Господарський кодекс [20] підставою виникнення господарських зобов'язань називає угоди (ст. 174), договори (ч. 1 ст. 179), але ж недійсними визнає зобов'язання (ст. 207, 208).

Правочин за змістом являє собою дії, спрямовані на досягнення цивільно-правових результатів, тобто на набуття, зміну і припинення цивільних прав та обов'язків, на встановлення, зміну та припинення цивільно-правових відносин. Хоч в ст. 202 ЦК правочини і визначаються як «дії», але це слово не можна читати у відриві від подальшого тексту: «спрямовані на...». Сутність правочину не у фактичних діях, а в спрямованості на набуття, зміну або припинення цивільних прав і обов'язків.

З урахуванням ч. 3 ст. 206 ЦК («правочини на виконання договору... можуть... вчинятися усно...») слід визнати, що визначенням правочинів, що дається в ст. 203 ЦК, охоплюються і дії, які вчиняються у процесі виконання цивільно-правових зобов'язань та інших обов'язків, оскільки такі дії спрямовані на припинення цивільних прав і обов'язків або на їх зміну (часткове виконання обов'язку тягне його зміну, а повне — його припинення). Проте послідовне поширення поняття правочину на зазначені дії, за логікою, має поширювати на них все законодавство, що стосується правочинів. В багатьох випадках це суперечило б змісту спеціальних положень цивільного законодавства, які при цьому підлягають переважному застосуванню. Належить, однак, враховувати, що в Цивільному кодексі здійснена спроба послідовно провести ідею визнання дій на виконання договорів правочинами. Зокрема, зазначається на можливість визнання судом недійсним акта про передання виконаних робіт підрядником та

прийняття їх замовником, якщо він підписаний однією зі сторін, а суд визнає обґрунтованими мотиви відмови іншої сторони від підписання такого акта (ч. 4 ст. 882 ЦК).

3. Двосторонні і односторонні правочини. У більшості випадків правочини є двосторонніми. Правочин вважається двостороннім, якщо відповідно до законодавства для його вчинення необхідним є виявлення волі двох осіб — його учасників. Відсутність волевиявлення одного із учасників двостороннього правочину означає, що він взагалі не вчинявся. Проте, пред'явлення в суді вимоги про визнання факту невчинення правочину інколи безпідставно заперечується. Це не можна віднести до досягнень національної судової практики. Позов про визнання того факту, що правочин не був вчинений, має розглядатись по суті з винесенням рішення суду.

Односторонніми правочинами є видача довіреності (ст. 244 ЦК [19]), заповіт (ст. 1233 ЦК), заява про зарахування взаємних вимог (ст. 601), одностороння відмова від зобов'язання у випадках, передбачених законом (ст. 525 ЦК), відмова кредитора від зобов'язання (ст. 615 ЦК), відмова від договору доручення (ст. 1008 ЦК) тощо. Можливість вчинення односторонніх правочинів передбачена багатьма спеціальними положеннями Цивільного кодексу, законів та інших нормативно-правових актів.

Односторонній правочин як юридичний факт передбачає волевиявлення тільки однієї особи, хоч юридичні наслідки в результаті одностороннього правочину настають і для інших суб'єктів, якщо це впливає з відповідних спеціальних правових норм. Така можливість передбачена і загальним правилом ч. 3 ст. 202 ЦК. Вона конкретизується, наприклад, в положеннях ст. 651, 653 та 666 ЦК. Відповідно до ст. 666 ЦК у разі непередання продавцем у встановлений строк приналежностей або документів, що стосуються товару, покупець має право відмовитись від договору купівлі-продажу (ч. 3 ст. 651 ЦК). Порушення, якого припустився продавець в наведеному випадку, слід кваліфікувати як істотне. Тому на підставі ч. 5 ст. 653 ЦК в зв'язку з розірванням договору шляхом односторонньої відмови від нього покупця (тобто, внаслідок одностороннього правочину, вчиненого покупцем) у продавця виникає обов'язок відшкодувати збитки, що виникли у покупця.

4. Відмова від правочину. Ст. 214 ЦК [19] встановлює нову для цивільного законодавства України правову конструкцію відмови від правочину. Потреба в цій правовій конструкції обумовлена тим, що укладення угоди про розірвання договору припиняло (і припиняє) правовідносини тільки на майбутнє. Визнання правочину недійсним було (і є) можливим тільки за наявності передбачених законом підстав виключно за рішенням суду. Відмова від договору надає його учасникам можливість встановити, що правовідносини між ними не виникали, або що вони виникли, а потім припинились на будь-якій стадії свого розвитку.

Право відмови від правочину належить і особі, що вчинила односторонній правочин. Але це неможливо, якщо відмовою від правочину порушуються права іншої особи, що виникли в результаті вчинення такого правочину. Стосовно заповіту встановлена можливість не відмови від нього, а скасування (ст. 1254 ЦК).

Стосовно дво- і багатосторонніх правочинів спеціально передбачена можливість відмови від них, навіть і в тих випадках, коли вони повністю виконані. Відмова від дво- або багатосторонніх правочинів здійснюється за згодою його учасників, тобто шляхом вчинення ними правочину щодо цього, «а також у випадках, передбачених законом». Фраза, що взята в лапки, означає, що відмова від дво- чи багатостороннього правочину може здійснюватись, зокрема, однією із сторін шляхом вчинення одностороннього правочину.

Відмова від правочину вчиняється в тій же формі, в якій було вчинено правочин. Це правило поширюється і на випадки відмови від двостороннього чи багатостороннього правочинів шляхом вчинення односторонніх правочинів, в тому числі і правочинів, які були вчинені в письмовій формі та були засвідчені нотаріально.

Правовим наслідком відмови від правочину зазвичай є припинення праводносин, що виникли на підставі цього правочину. Вони припиняються з моменту досягнення у відповідній формі згоди щодо відмови від договору, з моменту одержання стороною повідомлення іншої сторони, що вчинила односторонній правочин з метою припинення двостороннього правочину, або з іншого моменту, передбаченого законом чи домовленістю сторін.

§ 2. Форма правочинів

1. Усна та письмова форма правочину. Під формою правочину в ст. 205 ЦК [19] розуміється вияв учасниками правочину волі на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків усно (звуками та словами, що в сукупності складають закінчену думку) або письмово.

Вчинення правочину в письмовій формі означає, що учасники правочину словлюють волю на набуття, зміну і припинення цивільних прав і обов'язків словами шляхом фіксації тексту на папері чи іншому матеріальному (в тому числі електронному) носії, що дає можливість читати цей текст без його перетворення в іншу матеріальну форму або після такого перетворення. Це — візуальна форма (частина третя ст. 5 Закону «Про електронні документи та електронний документообіг» [134]).

Письмова форма правочину може бути простою і нотаріальною. При простій письмовій формі зміст правочину виражається письмово, а після викладення змісту правочину його учасники (їх представники) вчиняють підписи. Письмова форма правочину може доповнюватись його посвідченням нотаріусом. Таке посвідчення охоплюється поняттям письмової форми правочину.

Учасникам правочину надається право вчиняти правочини в тій формі, яку вони вибрали. Лише законом можуть встановлюватись обов'язкові вимоги до форми правочинів. Підзаконними актами вони встановлюватись не можуть, а якщо вони ними встановлені, то є нечинними (такі правила в підзаконних актах зустрічаються). Наслідки порушення вимог закону щодо форми правочину встановлені ст 218—220 ЦК.

2. Способи волевиявлення. Крім поняття форми правочину, ст. 205 ЦК [19] вживає поняття способів волевиявлення. У випадках, коли закон допускає усну форму правочину, можливим є виявлення волі не тільки словами, а й діями чи бездіяльністю (мовчанням). Так, правочин, щодо якого не встановлена обов'язковість письмової форми, вважається вчиненим, якщо із поведінки його учасників (учасника) випливає їх воля вчинити правочин. Дії, із яких випливає воля вчинити правочин, називаються в науці конклюдентними. Саме це, встановлене ч. 2 ст. 205 ЦК, правило дозволяє здійснювати торгівлю, наприклад, через автомати. Виставивши торговельний автомат і забезпечивши його оголошенням про правила користування ним, продавець взагалі може не спілкуватись із покупцем, не виявляти на його адресу своєї волі вчиняти правочини. В магазинах самообслуговування із відкритим доступом до товарів покупець може мовчки взяти річ, заплатити гроші. В такий спосіб можна вчинити навіть правочин щодо купівлі дорогої речі. Правочин купівлі-продажу в такому випадку вважається вчиненим, хоч би його сторони при цьому не сказали один одному ні слова. Шляхом конклюдентних дій можуть здійснюватись правочини, спрямовані на односторонню відмову від договору (одностороннє розірвання договору), якщо це передбачено законом або договором. Так, ч. 4 ст. 694 і ч. 2 ст. 697 ЦК за наявності відповідних умов надають продавцеві права вимагати від покупця повернення товару. Пред'явлення такої вимоги як конклюдентні дії засвідчує волю продавця відмовитись від договору (розірвати його в односторонньому порядку).

Мовчання як форма правочину також є способом вияву волі на вчинення правочину. Тому і при вираженні волі мовчанням факт вчинення правочину можна оспорювати, доказувати, що мовчанням воля взагалі не виражалась або виражалась, але на здійснення іншого правочину. Це — зовсім нова правова конструкція мовчання в порівнянні з тією, що формулювалась в ст. 42 Цивільного кодексу 1963 р., яка об'єктивно визнавала мовчання виявом волі. Але в спеціальній нормі ст. 764 ЦК (така ж норма сформульована в ч. 2 ст. 17 Закону «Про оренду державного і комунального майна» [61]), що має перевагу при правозастосуванні перед загальним правилом ч. 3 ст. 205 ЦК, відсутності заперечень з боку наймодавця протягом одного місяця після закінчення строку договору найму проти поновлення договору об'єктивно надається значення юридичного факту, що тягне юридичні наслідки. Таким чином, якщо до відповідних правовідносин застосовується ч. 3 ст. 205 ЦК, сторона має право доказувати, що мовчанням воля не виражалась, а тому вчинення правочину не було. Якщо ж застосуванню підлягає ст. 764 ЦК, то доказуванню підлягає лише той факт, було чи не було мовчання. В цьому останньому випадку не має значення та обставина, мав чи не мав суб'єкт намір виразити волю шляхом мовчання. Так, наймодавець може подати докази того, що він твердо мав намір зі спливом строку договору найму нежитлових приміщень не укладати договір (найму) на новий строк (не продовжувати строк дії договору, не переукладати його, не поновлювати). Він може подати докази того, що він закупив обладнання з метою розмістити його в приміщеннях, які підлягають звільненню у зв'язку з закінченням строку дії договору найму. Це буде підтверджувати намір не

продовжувати дію договору на новий строк та відсутність волевиявлення на укладення договору на новий строк. Але це не буде мати будь-якого юридичного значення, оскільки доведеним є факт мовчання, з яким ст. 764 ЦК об'єктивно пов'язує настання юридичних наслідків незалежно від того, хотіла чи не хотіла особа виявити мовчанням якусь волю. Разом з тим, мовчання, з яким ст. 764 ЦК пов'язує настання юридичних наслідків, повинне мати ознаки справжнього мовчання, до якого особу (наймодавця) ніхто не примушував. Образно кажучи, не є мовчанням в цивільно-правовому розумінні такий випадок, коли особі насильно закрили рот.

Таку ж правову конструкцію (об'єктивного надання мовчанням значення юридичного факту, що тягне певні правові наслідки незалежно від волі особи, про мовчання якої йдеться) законодавець використовує в ст. 1036 ЦК стосовно договору довірного управління майном.

Мовчання як спосіб вчинення правочину допускається лише у випадках, передбачених законом чи договором. Поширена практика включення в договори умови про їх пролонгування (про подовження строку їх дії), якщо жодна з сторін не заявить до закінчення строку його дії про відмову від його подовження на наступний термін тієї ж тривалості, одержала правове підтвердження в ч. 3 ст. 205 ЦК, якого вона до введення в дію нового Цивільного кодексу не мала.

3. Вчинення правочину в усній формі. Правила про форми правочинів, які встановлюються законодавством, побудовані таким чином, що законодавець встановлює лише мінімальні вимоги щодо цього. Ускладнити форму правочину — це право учасників правочину. При цьому за ступенем складності (від простої до складної) форми правочинів розміщуються так: усна, письмова проста, письмова форма з нотаріальним посвідченням правочину. Замість вчинення правочину в усній формі її можна укласти в письмовій формі або в письмовій формі з нотаріальним посвідченням. Замість вчинення правочину в письмовій формі, як того вимагає закон, завжди можна оформити правочин письмово і посвідчити його нотаріально. Але буде суперечити закону вчинення правочину в простій письмовій формі, якщо законодавець передбачив нотаріальне посвідчення такого роду правочинів. Не відповідає вимогам закону вчинення правочину в усній формі, якщо законом для даного виду правочинів встановлена письмова форма.

Усна форма правочину є найменш складною. Тому закон не вимагає її застосування, а лише дозволяє це, виключаючи у такий спосіб обов'язковість письмової форми, якщо тільки вона не встановлена спеціальним законом. У ч. 1 ст. 206 ЦК [19] передбачено лише один випадок, коли законодавство дозволяє вчиняти правочини в усній формі: якщо правочини виконуються під час їх вчинення, вони можуть вчинятись в усній формі. Але і це правило діє тільки у тих випадках, коли законом не встановлені винятки. Такими винятками є вимоги про письмову форму правочину з посвідченням його нотаріусом (ст. 210 ЦК), а також вимоги вчиняти правочини в простій письмовій формі, якщо наслідками порушення цієї вимоги є недійсність правочину (ст. 209, 219 ЦК).

В усній формі можуть вчинятись й інші правочини, якщо це прямо передбачено спеціальним законом (наприклад, частина друга ст. 229 Кодексу

торговельного мореплавства [12] дозволяє вчиняти в усній формі правочини щодо портового буксирування). Ч. 1 ст. 33 Закону «Про авторське право і суміжні права» [119] на виняток із загального правила про письмову форму договорів про передавання прав на використання творів допускає можливість укладення в усній формі договору про використання (опублікування) твору в періодичних виданнях. Із п. 3 ст. 208 ЦК також впливає можливість вчинення в усній формі правочинів фізичними особами між собою, якщо сума правочину не перевищує двадцятикратного неоподаткованого мінімуму доходів громадян, що діяв на момент вчинення правочину (відповідно до ч. 22.5 ст. 22 Закону «Про податок з доходів фізичних осіб» [136], який відмовився від використання терміна «неоподатковуваний мінімум доходів громадян», у випадках посилення в законах на цей мінімум слід застосовувати суму 17 гривень).

Із змісту Цивільного кодексу тепер можна зробити висновок про те, що поняття правочину в ньому поширюється і на дії на виконання правочинів. Тому ч. 3 ст. 206 ЦК формулює спеціальне правило про те, що такі правочини за домовленістю сторін можуть вчинятися усно, якщо інше не передбачено договором або законом.

4. Письмова форма правочину. Письмова форма правочину в ст. 207 ЦК [19] визначається досить широко: ця форма має вважатись додержаною, якщо воля сторін виражена (зафіксована) в одному документі, в декількох документах, у листах, якими обмінялися сторони. Із ч. 1 ст. 207 ЦК випливає, що до письмової форми правочину належить і форма, за якої воля сторін виражається з допомогою сучасних засобів передавання інформації. Ознака обміну (листами, документами) не є обов'язковою для односторонніх правочинів. Воля сторін правочину може виражатись телеграмою, за допомогою телетайпного, електронного або інших технічних засобів зв'язку. Але при цьому у випадку спору сторона зобов'язана довести, що документ, який переданий за допомогою засобів зв'язку, дійсно виходить від відповідного суб'єкта.

Правочин вважається вчиненим у письмовій формі, якщо він підписаний його учасниками. Підписаним слід вважати тільки той текст, що передує підпису. Текст після (нижче) підпису не можна відносити до змісту правочину. виправлення в підписаному тексті, як правило, не допускаються. Вони, за їх наявності, є підставою для висновку про те, що воля належним чином не виражена (правочин не вчинено). Разом з тим допускаються такі виправлення, що не впливають на зміст волевиявлення. Можливі також виправлення, що засвідчені підписами учасників правочину. При цьому має бути чітко виражено, які слова чи фрази викреслюються та якими вони замінюються. Не виключається доведення з допомогою відповідних доказів факту погодження умов правочину, що мають незастережені виправлення, які впливають на зміст правочину.

Якщо волевиявлення сторін правочину викладено на декількох аркушах, учасники правочину мають виключити підміну окремих аркушів шляхом підпису кожного аркуша, чи нумерації аркушів, сторінок, їх прошиванням тощо.

Правочин, що вчиняється юридичною особою, підписується фізичною особою, уповноваженою на це законом, іншими нормативно-правовими актами чи установчими документами. Тут законодавець ухиляється від того, щоб

називати таку особу представником, хоч із ч. 3 і 4 ст. 92 ЦК впливає, що органи юридичної особи здійснюють представництво від імені останньої.

Якщо відсутність підпису виключає кваліфікацію відповідного документа як правочину (волевиявлення), то відсутність печатки не є підставою для такого висновку. Але ж відсутність печатки буде означати, що вимога закону щодо письмової форми правочину порушена. Тому в таких випадках підлягає застосуванню ст. 218 ЦК, що встановлює наслідки недодержання вимоги закону про письмову форму правочину.

В ч. 3 ст. 207 ЦК міститься нове для цивільного законодавства України положення про те, що при вчиненні правочинів допускається використання факсимільного відтворення підпису за допомогою засобів механічного або іншого копіювання, електронно-числового підпису або іншого аналогу власноручного підпису. Але це допускається лише у випадках, встановлених законами та іншими нормативно-правовими актами. Допускається також укладення сторонами письмової угоди про використання таких способів відтворення підпису. Така угода повинна містити зразки відповідного аналога власноручного підпису. Закон «Про електронні документи та електронний документообіг» [134] встановлює порядок створення, передання, збереження і перетворення електронними засобами документів у візуальну форму. Для ідентифікації автора або підписувача електронного документа використовується електронний цифровий підпис, правовий статус якого визначається Законом «Про електронний цифровий підпис» [135].

5. Правочини, що вчиняються у письмовій формі. В ст. 206 ЦК [19] сформульовано прямий дозвіл на вчинення правочинів в усній формі. Із приписів ст. 208 ЦК щодо випадків обов'язкового додержання письмової форми правочинів випливає додатковий дозвіл на вчинення правочинів в усній формі: правочини між фізичними особами на суму, що є меншою двадцятикратного розміру неоподаткованого мінімуму доходів громадян (340 гривень), можуть вчинятися усно.

Виявляється також суперечність між п. 1 ст. 208 ЦК, що приписує юридичним особам вчиняти в письмовій формі будь-які правочини, та ч. 1 ст. 206 ЦК, що дозволяє вчиняти будь-які правочини в усній формі, якщо вони виконуються в момент вчинення (крім тих, що потребують нотаріального посвідчення або державної реєстрації, і тих правочинів, стосовно яких передбачена їх недійсність у разі недодержання вимоги про письмову форму). Слід визнати, що це правило п. 1 ст. 206 ЦК та положення п. 1 ст. 208 ЦК співвідносяться між собою як норми загальна та спеціальна. Тому перевагу при застосуванні треба надавати п. 1 ст. 208 ЦК. Спеціальний характер правила п. 1 ст. 208 ЦК обумовлений тим, що воно поширюється тільки на юридичних осіб (на відміну від ч. 1 ст. 206 ЦК, що поширюється на всіх суб'єктів цивільного права).

В силу п. 2 ст. 208 ЦК письмової форми потребують правочини, які вчиняються між фізичною особою, з одного боку, та юридичною особою — з другого. Але у випадках, коли при такому складі учасників правочину він виконується в момент його вчинення, в силу ч. 1 ст. 206 ЦК правочин може вчинятися в усній формі.

П. 4 ст. 208 ЦК допускає можливість встановлення іншими законами вимоги про обов'язкову письмову форму правочинів. Такі вимоги встановлені ч. 1 ст. 181 ГК відповідно до якої господарський договір, за загальним правилом, викладається у формі єдиного документа, підписаного сторонами та скріпленого печаткою. На виняток із цього загального правила допускається укладення господарських договорів у спрощений спосіб, тобто шляхом обміну листами, факсограмами, телеграмами, телефонограмами тощо, а також шляхом підтвердження прийняття до виконання замовлень, якщо законом не встановлено спеціальні вимоги до форми та порядку укладення даного виду договорів. Цими правилами виключається укладення господарських договорів в усній формі.

6. Наслідки порушення вимоги закону про письмову форму правочину. Ч. 1 ст. 218 ЦК [19] формулює загальне правило про те, що недодержання вимоги закону про письмову форму правочину не тягне його недійсності. Такі наслідки настають лише в окремих випадках, що передбачені законом. Загальним же наслідком недодержання вимоги закону про письмову форму правочину є обмеження видів доказів, які допускається наводити з метою заперечення однією із сторін факту вчинення правочину або оспорування окремих його частин. Спочатку у ч. 1 ст. 218 ЦК формулюється правило, яке не обмежує видів доказів, що можуть надаватись з метою заперечення факту вчинення правочину або окремих його частин (після наведення переліку видів доказів, за допомогою яких можливе оспорування правочину або окремих його частин, зазначається на можливість надання інших доказів). Але тут же встановлюється правило про те, що рішення суду не може ґрунтуватись на свідченнях свідків, що виключає посилання сторін у спорі про визнання недійсним правочину або окремих його частин на такі свідчення.

Недійсність правочину у зв'язку з порушенням вимоги закону про його письмову форму повинна встановлюватись законом прямо. Якщо ж закон категорично приписує вчиняти правочин в письмовій формі, але не встановлює правила про недійсність правочину, вчиненого з порушенням цієї вимоги, ч. 1 ст. 218 ЦК застосовуватись не може. Так, відповідно до ч. 4 ст. 368 ЦК майно, набуте в результаті спільної праці членів сім'ї, є їхньою спільною сумісною власністю, якщо інше не встановлено договором, укладеним в письмовій формі. Якщо договір про відступлення від правила про виникнення права спільної сумісної власності членів сім'ї на майно, набуте в результаті спільної їх праці, укладено в усній формі, це не тягне недійсності такого договору, а передбачає лише застосування абзацу другого ч. 1 ст. 218 ЦК (заборона обґрунтовувати судові рішення посиланням на свідчення свідків).

Недійсність (нікчемність) правочину, вчиненого з порушенням вимоги закону про обов'язковість його здійснення в письмовій формі, передбачена ч. 2 ст. 547 ЦК (щодо правочинів, які встановлюють забезпечення виконання зобов'язання), ч. 3 ст. 719 ЦК (щодо договорів дарування майнового права та договорів дарування з обов'язком передати подарунок в майбутньому), ч. 2 ст. 981 ЦК (щодо договорів страхування), ч. 2 ст. 1055 (щодо кредитних договорів), ч. 2 ст. 1059 ЦК (щодо договорів банківського вкладу), ч. 2 ст. 1107 ЦК (щодо

договорів про розпорядження майновими правами інтелектуальної власності), ч. 1 ст. 1118 ЦК (щодо договорів комерційної концесії).

Можливість заперечення однією стороною факту вчинення правочину, що вчинений з порушенням вимоги закону про його письмову форму, або оспорювання вчинення правочину в певній частині не виключає пред'явлення іншою стороною цього ж правочину протилежної вимоги — про визнання правочину вчиненим або визнання вчиненою певної частини правочину (про визнання погодженими певних умов правочину). Така вимога може бути пред'явлена окремо або як зустрічний позов. Ці дві протилежні вимоги є взаємопов'язаними. У справі про заперечення однією із сторін факту вчинення правочину або про оспорювання окремих його частин розглядаються (навіть за відсутності зустрічного позову) доводи іншої сторони про те, що правочин є вчиненим. За таких умов та виходячи із принципу рівності учасників судового процесу, закріпленого в ст. 42 ГПК [9], ст. 6 ЦПК [7], ст. 6 нового ЦПК [21]), на свідченнях свідків не може ґрунтуватись рішення суду за позовом не тільки про заперечення факту вчинення правочину чи про оспорювання окремих його частин, а і про визнання правочину вчиненим.

Правочин, який повинен вчинятись в письмовій формі і стосовно якого наслідком недодержання письмової форми є його недійсність, за позовом сторони може бути визнаний судом дійсним, якщо одна із сторін вчинила дію, що підтверджує вчинення правочину (зазвичай, це — дії на виконання правочину), а друга підтвердила його вчинення, зокрема, прийняла виконання. Стосовно таких випадків не формулюється правило про неприпустимість доведення факту укладення договору в усній формі свідченнями свідків. Тому такий спосіб доказування в цьому випадку є неприпустимим.

7. Нотаріальне посвідчення правочину. Нотаріальне посвідчення правочинів, що вчиняються в письмовій формі, є обов'язковим лише у випадках, встановлених законом (ч. 1 ст. 209 ЦК [19]). Не допускається встановлення вимоги про обов'язкове нотаріальне посвідчення правочинів підзаконними актами. Із ст. 54 Закону «Про нотаріат» [47] впливає можливість встановлення вимоги щодо нотаріального посвідчення правочинів законодавством. Але це правило не повинне застосовуватись в тій частині, в якій воно суперечить ч. 1 ст. 209 ЦК, що є положенням, яке міститься в законі, що прийнятий пізніше та має спеціальний характер.

Обов'язкове нотаріальне посвідчення встановлене стосовно договорів про виділ частки із нерухомого майна, що є у спільній частковій власності (ч. 3 ст. 364 ЦК), договорів про поділ нерухомого майна, що є у спільній частковій або сумісній власності (ч. 3 ст. 367; ч. 4 ст. 372 ЦК), деяких довіреностей (ст. 245 ЦК), договорів застави нерухомого майна (ч. 1 ст. 577 ЦК) та космічних об'єктів (ст. 13 Закону «Про заставу» [43]), договорів купівлі-продажу майна державних підприємств (п. 4 ст. 27 Закону «Про приватизацію державного майна» [75]), договорів про подальше відчуження майна (акцій), обтяжених зобов'язаннями, які власник прийняв на себе при придбанні цього майна у процесі приватизації (абзац п'ятнадцятий ч. 2 ст. 27 того ж Закону), договорів купівлі-продажу державного та комунального майна (п. 7 ст. 23 Закону «Про приватизацію

невеликих державних підприємств (малу приватизацію)» [68]), договорів купівлі-продажу земельних ділянок, цілісних майнових комплексів, житлових будинків (квартир) та інших об'єктів нерухомого майна (ст. 657 ЦК), договорів дарування нерухомого майна та валютних цінностей на встановлену суму (ч. 2, 5 ст. 719 ЦК), договорів ренти (ст. 732 ЦК), договорів довічного утримання (ч. 1 ст. 745 ЦК), договорів найму будівель та інших капітальних споруд, їх частини на один рік і більше (ч. 2 ст. 793 ЦК), договорів найму транспортних засобів з участю фізичної особи (ч. 2 ст. 799 ЦК), договорів позички будівель та інших капітальних споруд або їх окремих частин (ч. 3 ст. 828 ЦК), договорів довірчого управління нерухомим майном (ч. 2 ст. 1031 ЦК), заповітів (ч. 3 ст. 1248 ЦК), договорів про створення акціонерних товариств з участю фізичних осіб (ч. 2 ст. 153 ЦК), документів про передавання права засновника (учасника) юридичної особи іншій особі (ч. 3 ст. 29 Закону «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців» [133]), згоди співвласників на передавання в іпотеку майна, що є у спільній власності (частина друга ст. 6 Закону «Про іпотеку» [137]), правочинів про відступлення прав за іпотечним договором (ч. 3 ст. 24 Закону «Про іпотеку»), договорів про задоволення вимог іпотекодержателя в порядку позасудового врегулювання питання про звернення стягнення на предмет іпотеки (частина перша ст. 36 Закону «Про іпотеку»), копій заяв фізичної особи про вихід зі складу засновників (учасників) юридичної особи (ч. 3 ст. 29 Закону «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців»).

Якщо правочин, на підставі якого виникло зобов'язання, було вчинено відповідно до закону чи на розсуд його учасників у письмовій формі з нотаріальним посвідченням правочину, то і правочин щодо заміни кредитора чи боржника у зобов'язанні має вчинятись в такій же формі. Це впливає із ст. 513, 521 ЦК. Стосовно правочину про відступлення прав за іпотечним договором в частині третій ст. 24 Закону «Про іпотеку» прямо зазначається на те, що він підлягає нотаріальному посвідченню.

Учасники правочину можуть домовитися про нотаріальне посвідчення будь-якого правочину, що вчиняється в письмовій формі та не суперечить законодавству. Нотаріальне посвідчення правочинів за бажанням сторін передбачене також ст. 54 Закону «Про нотаріат». При посвідченні правочину нотаріус має перевіряти відповідність правочину вимогам цивільного законодавства та моральним засадам суспільства. Такий висновок впливає із ч. 1 ст. 215 ЦК, що вимагає відповідності правочину ст. 203 ЦК, а відповідно до цієї статті зміст правочину не може суперечити актам цивільного законодавства та моральним засадам суспільства. З урахуванням цих правил, що встановлені Цивільним кодексом, який прийнятий пізніше, нотаріус не може обмежуватись перевіркою відповідності правочину закону, як це приписується ст. 54 Закону «Про нотаріат», а зобов'язаний перевірити відповідність правочину, який він засвідчує, моральним засадам суспільства.

Ч. 4 ст. 358 ЦК формулює особливу правову конструкцію, в силу якої нотаріально посвідченому правочину надається більш широке значення, ніж правочину, вчиненому в письмовій формі (простій). Посвідчений нотаріально договір про порядок володіння і користування спільним майном є обов'язковим

для особи, яка згодом придбає частку у праві спільної власності на це майно. Якщо ж співвласники уклали такий договір у простій письмовій формі, він не може бути обов'язковим для особи, яка згодом придбала частку у праві спільної власності.

Нотаріальне посвідчення підписів на документах є можливим лише за умови, що відповідний документ не є формою правочину. Це не завжди враховується в правотворчій практиці. Так, передавальні розпорядження та розпорядження застави, що видаються власниками іменних цінних паперів реєстраторам, безумовно, є правочинами. В Державній комісії з цінних паперів та фондового ринку розуміють, що підзаконним актом цього державного органу не може бути встановлена вимога про вчинення таких правочинів в нотаріальній формі. Тому Державна комісія з цінних паперів та фондового ринку вимагає підписи на таких розпорядженнях посвідчувати нотаріально, якщо загальна номінальна вартість цінних паперів, щодо яких даються такі розпорядження, перевищує 150 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (п. 4.4.1; 4.4.2 Положення про порядок ведення реєстрів власників іменних цінних паперів [211]). Це суперечить ч. 1 ст. 78 Закону «Про нотаріат», відповідно до якої посвідчення справжності підпису на документах допускається лише за умови, що підписаний документ не є правочином. Проте, суб'єкти цивільних відносин не в змозі протистояти таким вимогам підзаконних актів, що не вповні відповідають законові.

8. Наслідки порушення вимоги закону про нотаріальне посвідчення правочину. Односторонній правочин і договір (дво- або багатосторонній правочин) є нікчемними, якщо вони всупереч вимогам закону не засвідчені нотаріально (ч. 1 ст. 219; ч. 1 ст. 220 ЦК [19]).

Договір, як і односторонній правочин, що підлягає відповідно до закону обов'язковому нотаріальному посвідченню, але не посвідчений нотаріально, може бути визнаний судом дійсним. Для цього слід звернутись до суду з позовом, відповідачем за яким буде інша сторона договору. Задоволення такого позову можливе за наявності таких умов: 1) сторони домовились щодо всіх істотних умов договору; 2) є письмові докази такої домовленості; 3) відбулося повне або часткове виконання договору; 4) одна із сторін ухиляється від його нотаріального посвідчення. Односторонній правочин, щодо якого порушено вимогу закону про його нотаріальне посвідчення, може бути визнаний судом дійсним, якщо буде встановлено, що він відповідав справжній волі особи, яка його вчинила, а нотаріальному посвідченню правочину перешкоджала обставина, яка не залежала від її волі.

Посилання на те, що такий договір суд «може визнати» дійсним, слід розуміти так, що за наявності перелічених умов суд може з урахуванням обставин відмовити в задоволенні позову про визнання правочину дійсним, хоч би і були в наявності підстави, що встановлені ч. 2 ст. 220 ЦК. Щоб запобігти будь-яким сумнівам, ч. 2 ст. 220 ЦК прямо вказує на те, що визнання договору дійсним означає, що наступне його нотаріальне посвідчення не вимагається.

9. Державна реєстрація правочинів. Введення в дію нового Цивільного кодексу [19] та відсутність закону, що визначає перелік органів, які здійснюють державну реєстрацію, порядок реєстрації правочинів, а також порядок ведення

відповідних реєстрів, обумовили затвердження постановою Кабінету Міністрів Тимчасового порядку державної реєстрації правочинів [199]. Державний реєстр правочинів — це єдина комп'ютерна база даних, яка містить інформацію про правочини, що підлягають державній реєстрації, забезпечує зберігання, видачу та захист таких даних від несанкціонованого доступу. Держателем Реєстру є Міністерство юстиції. Адміністратором Державного реєстру є державне підприємство «Інформаційний центр» Міністерства юстиції. Реєстраторами визнані державні нотаріальні контори, приватні нотаріуси, які укладають договори з адміністратором Державного реєстру, проводять державну реєстрацію правочинів, змін, внесених до них, відомостей про припинення дії правочинів.

Державна реєстрація правочинів проводиться шляхом внесення нотаріусом запису до Державного реєстру одночасно з його нотаріальним посвідченням. Якщо нотаріус не має права здійснювати реєстрацію правочинів, він зобов'язаний в день посвідчення правочину надіслати один його примірник реєстратору, який в той же день вносить запис до Державного реєстру.

Новий Цивільний кодекс значно розширив коло правочинів, що підлягають державній реєстрації. Крім того, слід визнати, що державна реєстрація відповідних прав та державна реєстрація правочинів — це різні правові явища. З урахуванням цього слід враховувати наступне:

1) до правочинів, що вчинені до 1 січня 2004 р., застосовується ст. 227 раніше чинного Цивільного кодексу, відповідно до якої реєстрації підлягають договори купівлі-продажу житлового будинку. Реєстрація таких договорів не відмежовувалась від реєстрації прав на таке майно;

2) введення в дію нового Цивільного кодексу змінило ситуацію стосовно договорів про відчуження нерухомості: відсутність факту реєстрації договору означає, що відповідний договір не укладено (правочин не вчинено), а тому виключається і подальша реєстрація набувачем за договором права на нерухоме майно, набутого за таким договором;

3) в решті випадків вимога ч. 2 ст. 210 ЦК про встановлення законом переліку органів, які здійснюють державну реєстрацію правочинів, порядку реєстрації та порядку ведення відповідних реєстрацій на цей час не виконана. Постановою Кабінету Міністрів затверджено Тимчасовий порядок державної реєстрації правочинів та надано Міністерству юстиції строк три місяця для забезпечення ведення Державного реєстру правочинів. За таких умов слід визнати, що до початку функціонування інших реєстрів (крім того, що веде Міністерство юстиції) правило про те, що правочини, які підлягають державній реєстрації, є вчиненими з моменту державної реєстрації, не застосовується (крім випадків, про які йшлося вище), а відповідні правочини слід визнавати вчиненими з моменту волевиявлення (стосується, зокрема, договорів комерційної концесії — ст. 1118 ЦК);

4) стосовно іпотек Кабінет Міністрів затвердив Тимчасовий порядок державної реєстрації іпотек [198];

5) стосовно обтяжень рухомого майна Порядок ведення Державного реєстру обтяжень рухомого майна [200] затверджено Кабінетом Міністрів.

Державну реєстрацію іпотеки та реєстрацію обтяжень рухомого майна відповідно до законів «Про іпотеку» [137] та «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень» [147] слід кваліфікувати як спеціальні правові конструкції, що не підпадають під дію ст. 210 ЦК та ч. 3 ст. 640 ЦК. Реєстрація іпотеки та обтяжень рухомого майна не впливає на дійсність відповідних правочинів, на визнання їх вчиненими, а тягне тільки ті специфічні наслідки, які передбачені названими законами. Однак правочин на видачу заставної не може вважатись вчиненим до реєстрації випуску заставної в порядку, встановленому для державної реєстрації обтяжень нерухомого майна, оскільки тільки після реєстрації випуску заставної вона передається іпотекодержателю (частина шоста ст. 20 Закону «Про іпотеку»).

§ 3. Недійсність правочинів та її підстави

1. Недійсність правочину та суміжні правові явища. Поняття недійсності правочину означає, що учасники правочину здійснили дії, які при першому наближенні можуть бути визнані такими, що спрямовані на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків, але ці дії чи їх спрямованість не відповідають вимогам, встановленим ст. 203 ЦК [19], що є підставою для спростування факту набуття, зміни або припинення цивільних прав та обов'язків. Але сторона правочину може посилатись не тільки на невідповідність вчиненого правочину вимогам ст. 203 ЦК, а і на те, що вона не здійснювала дій, спрямованих на набуття, зміну або припинення певних цивільних прав та обов'язків, що її дії мали зовсім іншу спрямованість. Вона може також стверджувати, що відповідні дії не здійснювала взагалі. В таких випадках мову треба вести не про визнання правочину недійсним, а про те, що правочин не було вчинено, тобто про невчинений правочин. У ст. 218 ЦК йдеться про обмеження доказів, які можуть бути надані у разі порушення вимоги закону про письмову форму правочину. Це правило поширюється не на спори про визнання правочину недійсним, а на спори, в яких заперечується факт вчинення правочину (про визнання правочину невчиненим, а правовідносин — такими, що не виникли) або факт погодження певних умов правочину.

Стосовно договорів, які належать до категорії невчинених правочинів, використовується термін «неукладений договір», такий договір, що не відбувся (ч. 8 ст. 181 ГК [20]). Відповідно до цієї статті, ст. 638, 640 ЦК договір є неукладеним (двосторонній правочин не є вчиненим) до моменту досягнення сторонами згоди з усіх істотних умов у належній формі. Отже, до цього часу договір є неукладеним. Він є неукладеним (правочин не є вчиненим) і до моменту його державної реєстрації (ч. 1 ст. 210; ч. 3 ст. 640 ЦК), якщо договір (правочин) відповідно до закону підлягає державній реєстрації.

З урахуванням викладеного слід визнати, що існує широкий спектр соціальних обставин, за яких одна сторона може стверджувати, що правочин є вчиненим, договір є укладеним, а інша сторонами таке твердження буде спростовувати. Немає будь-яких підстав відмовляти сторонам в подібних випадках в правосудді.

Такі спори підлягають розгляду по суті з винесенням судового рішення. Разом з тим спори про визнання правочину невчиненим (договору — неукладеним) слід чітко відрізняти від спорів про визнання правочинів недійсними, бо правові підстави вирішення спорів однієї та іншої названих категорій спорів є різними. Правда, слід визнати, що таке розмежування не може бути здійснене судом у випадках, коли воно не проводиться в законі. Так, підставою визнання недійсним договору оренди землі у частині другій ст. 15 Закону «Про оренду землі» [144] називається, зокрема, відсутність хоч би однієї із істотних умов, передбачених цією статтею. За таких обставин у суді треба ставити вимогу про визнання договору оренди недійсним. Пред'явлення вимоги про визнання договору в таких випадках неукладеним не відповідало б спеціальному закону, який підлягає застосуванню стосовно таких правовідносин.

Суміжним з категорією недійсності правочину є поняття розірвання договору. Недійсність правочину означає, що не наступили ті правові наслідки, які мали б наступити за умови, якби правочин був дійсним. Розірвання договору означає, що свого часу договір було укладено, і підстав для визнання договору (правочину) недійсним немає, але є підстави для припинення договору на майбутнє у встановленому законом порядку. Проте, в актах законодавства зустрічаються положення, відповідно до яких підстави та наслідки недійсності правочину та розірвання договору ототожнюються. Так, відповідно до ч. 5 ст. 27 Закону «Про приватизацію державного майна» [75] на вимогу однієї із сторін договір купівлі-продажу об'єкта приватизації може бути розірвано або визнано недійсним за рішенням суду у разі невиконання іншою стороною зобов'язань, передбачених договором, у визначені строки. Відповідно до загального правила ч. 2 ст. 651 ЦК договір за наявності зазначених обставин підлягає розірванню. Але спеціальний закон допускає в таких випадках можливість не тільки розірвання договору, а й визнання його недійсним.

2. Презумпція дійсності правочину та способи її спростування.

Ст. 204 ЦК [19] закріплює презумпцію правомірності правочину та встановлює два способи спростування презумпції правомірності правочину. В залежності від способу спростування презумпції правомірності правочину виокремлюються два види правочинів — нікчемні (ч. 2 ст. 215 ЦК) і оспорювані (ч. 3 ст. 215 ЦК). Правочин, недійсність якого встановлена законом, є недійсним (нікчемним) з моменту його вчинення. Хоч ст. 204 ЦК і встановлює презумпцію правомірності правочину, ця презумпція стосовно нікчемного правочину спростовується безпосередньо законом. Відповідно до ч. 3 ст. 215 ЦК таке спростування має бути прямим. Так, ч. 2 ст. 1060 ЦК прямо встановлює, що умова договору банківського вкладу про відмову від права на одержання вкладу на першу вимогу вкладника (за встановленими винятками) є нікчемною. Якщо суд розглядає пов'язану з цим справу, він прямо повинен керуватися ч. 2 ст. 1060 ЦК. Він не може застосовувати таку умову договору, незалежно від того, заявляла сторона чи ні вимогу про визнання зазначеної умови недійсною. Суд при розгляді майнового спору про захист прав, ґрунтованих на такому правочині, має лише в мотивувальній частині судового рішення зазначити, що ця умова договору є недійсною (нікчемною),

оскільки в самому законі спростовується презумпція правомірності цієї умови як правочину.

В Господарському кодексі [20] термін «нікчемні умови» використовується в дещо іншому розумінні. Господарські договори укладаються за правилами, встановленими Цивільним кодексом, з урахуванням особливостей, передбачених Господарським кодексом, іншими нормативно-правовими актами щодо окремих видів договорів (ч. 7 ст. 179 ГК). Це (поряд з іншими положеннями Цивільного і Господарського кодексів) дає підстави для поширення правових норм, що сформульовані в Цивільному кодексі стосовно правочинів, на правочини, що вчиняються в сфері дії Господарського кодексу. Разом з тим, належить враховувати наступні положення цього Кодексу.

Ст. 207 ГК присвячена недійсності господарського зобов'язання, але ж аналіз її змісту дає підстави для висновку про те, що в цій статті поняття правочину і зобов'язання не розрізняються, а відповідні терміни вживаються як синоніми. В цьому можна впевнитись, звернувши увагу на формулювання «... зобов'язання, що... вчинено...» (звичай не прийнято говорити так, що вчиняється зобов'язання. Вчиняється правочин), «... зобов'язання, що... укладено» (звичайно говорять про те, що укладається договір). Отже, ст. 207 ГК встановлює підстави недійсності правочинів, на яких ґрунтуються господарські зобов'язання.

Ст. 207 ГК називає підстави недійсності господарських зобов'язань: 1) невідповідність зобов'язання вимогам закону; 2) завідома суперечність господарського зобов'язання інтересам держави і суспільства; 3) виявлення сторонами волі на виникнення господарського зобов'язання всупереч їх спеціальній правосуб'єктності (господарській компетенції). Суперечність зобов'язання інтересам держави і суспільства або спеціальній правоздатності суб'єкта, оскільки вони в ст. 207 ГК називаються підставою недійсності зобов'язання, охоплюються гіпотезою ч. 1 ст. 215 ЦК.

Хоч в ст. 207 ГК вживається термін «нікчемна» умова зобов'язання, нікчемність тут розуміється так, що безпосередньо законом недійсність зобов'язання або окремих його умов не встановлюється. Разом з тим, немає будь-яких підстав стверджувати, що в сфері дії Господарського кодексу в будь-якій мірі обмежується застосування положень Цивільного кодексу про нікчемні правочини.

Разом з тим, немає будь-яких підстав стверджувати, що в сфері дії Господарського кодексу в будь-якій мірі обмежується застосування положень Цивільного кодексу про нікчемні правочини.

Викладене дає підстави для висновку про те, що питання кваліфікації правочинів як нікчемних або оспорюваних має вирішуватись на підставі норм, що формулюються у Цивільному кодексі, що не виключає застосування положень Господарського кодексу про недійсні правочини (зобов'язання, договори), зокрема, у відповідних випадках на підставі ст. 208 ГК підлягає визнанню недійсним правочин, який завідомо суперечить інтересам держави і суспільства.

Позов про визнання недійсним правочину, що є недійсним (нікчемним) в силу закону, може бути пред'явлений. Якщо відповідне положення закону, що визнає правочин недійсним (нікчемним), поширюється на даний правочин,

вимога про визнання його недійсним має бути задоволена судом незалежно від того, оспорує відповідач чи ні недійсність правочину. Господарський суд має задовольнити такий позов за умови, якщо буде встановлено, що відповідач оспорує недійсність (нікчемність) правочину безпосередньо в силу закону (в цьому випадку є оспорування права чи його відсутності). Якщо ж відповідач повністю визнає недійсність (нікчемність) правочину, провадження у справі в господарському суді належить припинити за відсутності предмета спору (підпункт 11 п. 1 частини першої ст. 80 ГПК [8]). У сфері дії Цивільного процесуального кодексу [7] в таких випадках має бути ухвалене рішення.

3. Приклади нікчемних правочинів. Закон досить жорстко підходить до визначення нікчемних правочинів. Такими визнаються тільки такі правочини, які прямо (ст. 204; ч. 3 ст. 215 ЦК [19]) визнаються нікчемними. Навіть пряма заборона на здійснення певних правочинів чи на включення певних умов до змісту правочину не може бути підставою для визнання правочинів чи їх умов, що суперечать такій забороні, нікчемними. Так, забороняється за домовленістю сторін скорочувати позовну давність (ч. 2 ст. 259 ЦК), змінювати за домовленістю сторін порядок обчислення позовної давності (ч. 2 ст. 260 ЦК). Але ці прямі заборони на встановлення за домовленістю сторін певних умов не є прямим встановленням законом недійсності (нікчемності) правочину. Відповідні умови договорів підлягають застосуванню аж до моменту, коли вони будуть визнані судом недійсними.

Пряме встановлення законом нікчемності (недійсності) правочинів є досить поширеним явищем. Зокрема, недійсними визнаються наступні правочини:

1) правочини, що обмежують можливість фізичної особи мати не заборонені законом цивільні права та обов'язки, тобто правоздатність фізичної особи (ч. 1 ст. 27 ЦК). Наявність цього правила та відсутність спеціального правила про недійсність (нікчемність) правочинів, що обмежують дієздатність фізичної особи, підтверджує висновок про те, що законодавець включає дієздатність до змісту поняття правоздатності;

2) правочини, що спрямовані на відмову від права чи на обмеження права учасників повного товариства ознайомлюватися з усією документацією щодо ведення справ таких товариств (ч. 3 ст. 121 ЦК);

3) правочини щодо відмови від права на вихід із повного товариства (ч. 2 ст. 126 ЦК);

4) правочини, вчинені з порушенням вимоги про їх нотаріальне посвідчення (ч. 1 ст. 219 ЦК);

5) правочини, що вчинені малолітніми за межами їх часткової дієздатності (ч. 2 ст. 221 ЦК);

6) правочини, вчинені без згоди органу опіки та піклування, якщо така згода відповідно до ст. 71 ЦК є необхідною (ст. 224 ЦК);

7) правочини, що вчинені недієздатною особою (п. 1 ст. 226 ЦК);

8) правочини, що порушують публічний порядок (ст. 228 ЦК);

9) довіреності, в яких не зазначена дата їх видачі (ч. 3 ст. 247 ЦК);

10) правочини на відмову особи, яка видала довіреність, від права скасувати останню (ч. 1 ст. 249 ЦК);

11) правочини, якими встановлюються способи забезпечення виконання зобов'язання, що вчинені з порушенням вимоги щодо їх письмової форми (ч. 2 ст. 547 ЦК);

12) правочини, якими обмежується право заставодавця заповідати заставлене майно (ч. 3 ст. 586 ЦК);

13) умови публічних договорів, що не відповідають вимогам, що встановлені ч. 2 ст. 633 ЦК;

14) договір дарування майнового права та договір дарування із зобов'язанням передати дарунок у майбутньому, якщо при їх укладенні порушено вимогу закону про їх письмову форму (ч. 3 ст. 719 ЦК);

15) доручення (у главі 17 Цивільного кодексу використовується термін «довіреність») на укладення договору дарування, в якому не встановлено імені одарованого (ч. 4 ст. 720 ЦК);

16) умова договору, відповідно до якої платник безстрокової ренти не може відмовитися від договору ренти (ч. 1 ст. 739 ЦК);

17) умови договорів найму про звільнення наймодавця від відповідальності за шкоду, завдану внаслідок особливих властивостей чи недоліків речі, про наявність яких наймач не був попереджений наймодавцем і про які він не знав і не міг знати (ч. 2 ст. 780 ЦК);

18) умови договору прокату, які погіршують становище наймача порівняно з тим, що закріплене в типових умовах договору, які може встановлювати наймодавець (ч. 2 ст. 787 ЦК);

19) умови договорів побутового підряду, що позбавляють замовника права, зазначеного в ч. 2 ст. 867 ЦК;

20) умови договорів, що обмежують права споживача-фізичної особи порівняно з правами, встановленими Цивільним кодексом і законодавством про захист прав споживачів (частина перша ст. 21 Закону «Про захист прав споживачів» [51]);

21) договори страхування, у разі недодержання вимоги про їх письмову форму (ч. 2 ст. 918 ЦК), а також якщо при їх укладенні страхувальник не повідомив страховика про те, що об'єкт уже застрахований (п. 3 ч. 1 ст. 989 ЦК);

22) правочини на відмову довірителя від права скасувати доручення та на відмову повіреного відмовитися від доручення (ч. 2 ст. 1008 ЦК);

23) кредитні договори і договори банківського вкладу, які вчинені з порушенням вимоги закону про обов'язковість їх письмової форми (ст. 1055, 1059 ЦК);

24) умови договорів про відмову вкладника від права розпорядження грошовими коштами, що знаходяться на його рахунку (ст. 1060 ЦК);

25) договори щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності у разі недодержання письмової форми договору (ч. 2 ст. 1107 ЦК);

26) умови ліцензійних договорів, які суперечать положенням Цивільного кодексу (ч. 9 ст. 1109 ЦК) або які погіршують становище творця об'єкта права інтелектуальної власності порівняно з законом або типовим договором (ч. 2 ст. 1111 ЦК), умови договорів про створення на замовлення і подальше використання об'єкта права інтелектуальної власності, що обмежують права творця

такого об'єкта (ч. 4 ст. 1112 ЦК), умови договорів про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності, що погіршують становище творця відповідного об'єкта або його спадкоємців порівняно із становищем, передбаченим Цивільним кодексом або законами, чи обмежують право творця на створення інших об'єктів (ч. 3 ст. 1113 ЦК; ч. 5, 7 ст. 33 Закону «Про авторське право та суміжні права» [119]);

27) умови договорів комерційної концесії, відповідно до яких праволоділець має право визначати ціну товару (робіт, послуг), передбаченого договором, або встановлювати верхню чи нижню межу цієї ціни (ч. 2 ст. 1122 ЦК);

28) умови договорів простого товариства чи односторонні правочини, що мають своїм змістом відмову учасника такого договору від права ознайомлюватись з усіма документами щодо ведення спільних справ учасників чи обмеження такого права (ст. 1136 ЦК), умови таких договорів про звільнення від участі у відшкодуванні спільних витрат або збитків (абзац другий ст. 1137 ЦК), про позбавлення або відмову учасника від права на частку прибутку (абзац другий ст. 1139 ЦК), про обмеження права на відмову від безстрокового договору простого товариства (абзац другий ч. 1 ст. 1142 ЦК);

29) правочини, що вчинені з порушенням вимоги закону про їх письмову форму, якщо відповідно до спеціального правила закону таке порушення тягне недійсність (нікчемність) правочину (ч. 2 ст. 547; ч. 3 ст. 719; ч. 2 ст. 981; ч. 2 ст. 1055; ч. 2 ст. 1059; ч. 2 ст. 1107; ч. 1 ст. 1118 ЦК);

30) правочини щодо відчуження іпотекодавцем переданого в іпотеку майна або його передання в наступну іпотеку, спільну діяльність, лізинг, оренду чи користування без згоди іпотекодержателя (частина третя ст. 12 Закону «Про іпотеку» [137]);

31) умови договорів, що обмежують право боржника до продажу предмета іпотеки на прилюдних торгах виконати забезпечене іпотекою зобов'язання та відшкодувати іпотекодержателю витрати та збитки з метою припинення реалізації предмета іпотеки на прилюдних торгах (ст. 42 Закону «Про іпотеку»);

32) умови договорів, укладених до виникнення події, що стала причиною смерті пасажирів, ушкодження його здоров'я або пошкодження вантажу, які (умови) мають своєю ціллю звільнити перевізника від відповідальності або зменшити розмір такої відповідальності в порівнянні з законом, а також умови таких договорів, ціллю яких є перенесення тягаря доказу, покладеного на перевізника (ст. 186 КТМ [12]);

33) договори, якими встановлюється обтяження рухомого майна, якщо в них відсутній опис предмета обтяження, чи якщо існуючий опис не дозволяє ідентифікувати предмет обтяження (частина перша ст. 7 Закону «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень» [147]). Слід, однак, мати на увазі, що недійсність договору про обтяження (умов про обтяження) не тягне недійсності договору (умов договору), на підставі якого виникає вимога, що забезпечується обтяженням;

34) правочин, спрямований на наступне відчуження права вимоги, якщо попереднє відступлення цього ж права вимоги було належним чином зареєст-

роване (частина четверта ст. 36 Закону «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень»);

35) умова, визначена в заповіті як така, що тягне виникнення права на спадкування, якщо вона (ця умова) суперечить закону або моральним засадам суспільства (ч. 2 ст. 1242 ЦК);

36) заповіт, який відчужувач склав щодо майна, вказаного у спадковому договорі (ч. 2 ст. 1307 ЦК).

Як пряме встановлення законом недійсності правочину слід кваліфікувати положення ч. 4 ст. 1119 ЦК, відповідно до якого визнання недійсним договору комерційної концесії має наслідком недійсність договору комерційної субконцесії.

Це — не повний перелік нікчемних правочинів.

Активна законотворча робота, що здійснюється в Україні, не супроводжується відповідною активізацією інтелектуальної діяльності в цій сфері. Це привело до помилки в ч. 3 ст. 1122 ЦК, де за логікою треба було в кінці замість крапки поставити кому, дописати слова «є нікчемною» та поставити крапку. Але ж це може зробити тільки законодавець. Тому ч. 3 ст. 1122 ЦК не може застосовуватись як така, що не формулює будь-якого правила.

4. Зміст правочину. Ст. 203 ЦК [19] формулює загальні вимоги до правочинів. Їх невиконання є підставою для визнання правочину недійсним (ч. 1 ст. 215 ЦК). Він не може суперечити Цивільному кодексу, актам цивільного законодавства, а також моральним засадам суспільства. Лише невиконання вимог закону щодо форми правочину (ч. 4 ст. 203 ЦК) зазвичай не тягне його недійсності. Порушення вимоги закону щодо форми правочину тягне його недійсність лише у випадках, передбачених ст. 218-220 ЦК.

Частина 1 ст. 203 ЦК формулює вимоги до змісту правочинів. При тлумаченні поняття змісту правочину слід враховувати наступне. Правочин є дією (виявом волі) на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків (ч. 1 ст. 202 ЦК). Тому зміст правочину складають в першу чергу ті права та обов'язки, про набуття, зміну або припинення яких учасники правочину домовились. Але ж правочин — це не правовідносини, тому його зміст не може обмежуватись зазначеними правами та обов'язками. Учасник правочину виявляє волю, зокрема, на вчинення правочину з іншою конкретною особою (особами). Отже, зміст правочину включає в себе і посилання на цих осіб. Невизначення цих осіб (цієї особи) означає, що правочин не вчинено (крім випадків, коли оферта адресується невизначеному колу осіб), а визначення її всупереч актам цивільного законодавства означає, що зміст правочину суперечить цим актам, а тому може бути визнаний недійсним на підставі ч. 1 ст. 215 і ч. 2 ст. 203 ЦК. Відтак вчинення правочину, наприклад, всупереч правилам нормативно-правових актів щодо визначення особи, що має право на укладення договору, за результатами проведення аукціонів, тендерів, конкурсів, є підставою для визнання правочину недійсним.

Разом з тим слід враховувати, що численні вимоги законів та інших нормативно-правових актів про необхідність зазначення в договорах на юридичні адреси сторін, на дату та місце укладення договорів, на банківські

рахунки сторін не можуть тлумачитися як вимоги щодо змісту правочинів, а порушення цих вимог не є порушенням ч. 1 ст. 203 ЦК, що було б підставою для визнання правочину недійсним.

5. Вимоги до змісту правочину. Зміст правочину не може суперечити Цивільному кодексу [19], актам цивільного законодавства, а також моральним засадам суспільства. Це формулювання ч. 1 ст. 203 ЦК буде викликати істотні ускладнення при його застосуванні, оскільки це загальне правило не ставить до правочинів такої вимоги як відповідності актам законодавства взагалі, а обмежується лише вимогою відповідності актам цивільного законодавства. Правда, це загальне правило доповнюється ст. 228 ЦК, що визнає недійсними правочини, які порушують публічний порядок. Але ж порушення публічного порядку як підстава недійсності правочину визначається в згаданій статті досить вузько. Воно дає можливість визнати недійсними на доповнення до правочинів, передбачених ч. 1 ст. 203 ЦК, також правочинів, що за змістом спрямовані на порушення конституційних прав і свобод людини і громадянина, знищення або пошкодження майна фізичної чи юридичної особи, держави, Автономної Республіки Крим, територіальної громади, незаконне заволодіння ним. Але ж за межами правочинів, що порушують публічний порядок, залишається велика сукупність можливих правочинів, що не порушують або не можуть порушувати публічний порядок, як він розуміється в ст. 228 ЦК, але порушують вимоги нормативно-правових актів, що зазвичай не визнавались актами цивільного законодавства. Абсурдним був би висновок про те, що невідповідність правочину вимогам таких актів законодавства не тягне його недійсності, оскільки це означало б, що в силу правочину під страхом цивільно-правової відповідальності суб'єкт, що прийняв на себе обов'язки відповідно до такого правочину, повинен діяти всупереч нормам публічного права. Але настільки ж неприйнятним було б і твердження про можливість ігнорування формування ч. 1 ст. 203 ЦК, яке підставою недійсності правочину визнає невідповідність його змісту актам саме цивільного законодавства.

Вихід із цієї дуже складної ситуації полягає в належному тлумаченні терміна «акти цивільного законодавства». В законодавстві України дуже мало таких актів, галузева належність яких прямо визначена в них. Але і тоді, коли галузева належність нормативно-правового акта чітко в ньому виражена, акт законодавства зазвичай містить в собі і норми, що належать до інших галузей права та законодавства. Повна галузева однорідність норм не забезпечена навіть в Цивільному кодексі. Тому до актів цивільного законодавства слід відносити і комплексні нормативно-правові акти, що формулюють норми різних галузей права (в тій частині, в якій в них викладені норми цивільного права).

Крім того, слід враховувати, що законодавець з метою економії нормативного матеріалу часто формулює комплексні положення, в яких містяться норми різних галузей права. Наприклад, законодавство про стандартизацію та сертифікацію встановлює публічно-правові норми, але вимоги до якості товарів, що встановлюються державними стандартами, державними будівельними нормами, технічними умовами, мають не тільки публічно-правовий зміст, а і цивільно-правовий. Нормативно-правові акти, що встановлюють в належних випадках

ціни на товари, роботи, послуги, одночасно формулюють публічно-правові обов'язки осіб, що займаються відповідною діяльністю, але одночасно регулюють і їх цивільні відносини зі споживачами. Це стосується і численних інших нормативних актів публічного права, які, таким чином, набувають одночасно і ознак актів цивільного законодавства.

Цілком очевидно, що нормативно встановлені вимоги держави до якості товарів, робіт, послуг, до цін на них регулюють відносини відповідних суб'єктів з державою, але ж основним їх призначенням є регулювання відносин виробників товарів, виконавців робіт, осіб, що надають послуги, з покупцями, замовниками. Для обговорення та осмислення пропонується увазі суддів і науковців думка про те, що навіть кримінально-правові заборони (наприклад, заборона придбавати завідомо здобуте злочинним шляхом, встановлена ст. 198 Кримінального кодексу [14]), має і цивільно-правовий зміст.

Частина 1 ст. 203, ч. 1 ст. 215 ЦК дають підставу для визнання правочину недійсним у всіх випадках, коли він суперечить імперативним нормам законів. Так, наприклад, підлягає визнанню недійсною умова договору між двома юридичними особами про те, що сторони ні за яких умов не будуть вимагати розірвання договору. Частина 2 ст. 651 ЦК імперативною нормою надає суб'єктам цивільного права можливість захисту права шляхом пред'явлення позову про розірвання договору (припинення правовідносин). Зазначена умова договору суперечить також ст. 16 ЦК, позбавляє суб'єкта права на захист і має визнаватись недійсною. Якщо ж сторони договору за взаємною згодою відступили від положень цивільного законодавства в межах, в яких це допускається ч. 3 ст. 6 ЦК, то договір (правочин) не може бути визнаний недійсним.

Суперечність змісту правочину актам цивільного законодавства може виявлятися у невідповідності змісту правочину спеціальній правоздатності юридичної особи. При застосуванні правил, що встановлюють зміст цивільної правоздатності юридичних осіб, необхідно враховувати, що особливості регулювання майнових відносин у сфері господарювання можуть встановлюватись законом (ч. 2 ст. 9 ЦК). Це стосується і визначення змісту правоздатності суб'єктів господарювання. На відміну від ст. 91 ЦК, що встановлює зміст цивільної правоздатності юридичних осіб, ст. 207 ГК [20] («господарське зобов'язання, що укладено учасниками господарських відносин з порушенням хоча б одним із них господарської компетенції (спеціальної правосуб'єктності), може бути ... визнано ... недійсним ...») виходить із того, що учасники господарських відносин наділяються спеціальною правоздатністю. Тому відповідні положення Господарського кодексу і спеціальних законів, що визначають зміст цивільної правоздатності (господарської компетенції) суб'єктів господарювання, повинні застосовуватись до всіх правочинів, які здійснюють суб'єкти господарювання (як тих, на які поширюються норми Господарського кодексу щодо майново-господарських зобов'язань, так і тих, на які вони не поширюються, зокрема, на відносини суб'єктів господарювання з фізичними особами, що не є суб'єктами господарювання). Разом з тим треба враховувати, що Господарський кодекс (ст. 6) визнає свободу підприємницької діяльності в межах, визначених законом, а тому не відповідає б закону твердження про те, що суб'єкт господарювання має право

вчиняти тільки ті правочини, що відповідають предмету його діяльності, визначеному, зокрема, відповідно до ч. 4 ст. 57 ГК. Не порушуючи закон чи встановлений законом порядок визначення змісту правоздатності суб'єкта господарювання, останній вправі вчиняти будь-які правочини.

При оцінці правочину на предмет його відповідності актам цивільного законодавства слід дуже уважно ставитись до кваліфікації правових норм, на предмет відповідності яким оцінюється правочин. Правотворчі органи не без підстав прагнуть до економії правового матеріалу і дуже часто в одному і тому ж положенні (однією і тією ж фразою) формулюють норми (диспозиції норм) двох і навіть трьох галузей права. Це — об'єктивне явище. Можна критикувати практику, що склалася, але не можна її ігнорувати. Але ж при тлумаченні таких правових норм не можна відступати від їх букви. Зокрема, не треба бачити цивільно-правові норми там, де правотворчий орган їх не формулював. Так, п. 11 ст. 10 Закону «Про державну податкову службу в Україні» [54] серед функцій державних податкових інспекцій в районах і містах називає подання «до судів... позовів... про визнання угод недійсними та стягнення в доход держави коштів, отриманих... за такими угодами...». Цією нормою встановлено повноваження (компетенцію) державного органу. Твердження про те, що наведене положення формулює також норму цивільного права надто далеко від змісту цього положення. Тим часом зустрічаються і позови органів державної податкової служби про визнання правочинів недійсними, і стягнення в доход держави отриманого за такими правочинами, зокрема, за відсутності ліцензії на право провадження відповідної діяльності, і рішення господарських судів, якими такі позови задовольняються. При цьому як на нормативну підставу посилаються на п. 11 ст. 10 Закону «Про державну податкову службу в Україні», хоч спеціальною нормою частини другої ст. 22 Закону «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» [106] встановлено, що при здійсненні господарської діяльності без ліцензії застосовуються фінансові санкції, передбачені законом.

6. Суперечність правочину суб'єктивним правам. Суперечність правочину актам цивільного законодавства завжди означає і суперечність суб'єктивним правам того чи іншого учасника відповідних цивільних правовідносин. Але ж суперечність суб'єктивним правам не завжди є прямою суперечністю актам цивільного законодавства, оскільки цивільні права та обов'язки встановлюються не тільки актами законодавства, а й правочинами та деякими іншими актами. Проте, слід враховувати, що із численних норм законодавства (зокрема, із ст. 526 ЦК [19]) випливає, що цивільні обов'язки мають виконуватись, а цивільні права — здійснюватись (в необхідних випадках — примусово в установлених публічно-правових формах), незалежно від того, встановлені вони законодавством чи договором. Тому слід визнати, що правочин не може суперечити не тільки актам цивільного законодавства, що повинні розумітись досить широко, а й суб'єктивним цивільним правам та обов'язкам, які випливають із законодавства або встановлені правочином. Але стосовно правочинів, якими передбачається передання індивідуально визначених речей, діють спеціальні правила ст. 620 ЦК. Це виключає (якщо інше не встановлено більш спеціальними правилами) визнання недійсними договорів про передання індивідуально визначених речей,

якими порушуються права осіб, яким ці ж речі мають бути передані відповідно до раніше укладених договорів. Близький до цього висновок випливає і із ст. 330 та 388 ЦК, що виключають витребування майна у добросовісного набувача.

7. Необхідний обсяг цивільної дієздатності. Ч. 2 ст. 203 ЦК [19] встановлює вимоги до дієздатності особи, що вчиняє правочин. Ця вимога стосується і юридичних осіб, їх органів і представників, що вчиняють правочини від імені юридичної особи. Такий висновок відповідає змісту ст. 92 ЦК, що встановлює правила щодо дієздатності юридичних осіб. Зокрема, ч. 2 ст. 203 ЦК повинна застосовуватись, коли воля від імені юридичної особи виявила фізична особа, що не має належного повноваження відповідно до закону та установчих документів юридичної особи.

§ 4. Правові наслідки недійсності правочину

1. Двостороння реституція. Недійсний правочин не створює юридичних наслідків, крім тих, що пов'язані з його недійсністю (ч. 1 ст. 216 ЦК [19]). Якщо сторони здійснили певні дії на виконання недійсного правочину, кожен із учасників правочину вправі вимагати повернення того, що він передав на виконання такого правочину.

Часто повернення одержаного за правочином є неможливим у зв'язку з тим, що одержане було спожите, втрачене, зіпсоване, перероблене в іншу річ тощо. Неможливість повернення може бути обумовлена характером одержаного. Не можна повернути одержане, що полягало в користуванні майном, в виконаній роботі, що не матеріалізована в якійсь речі, в одержаній послугі. Не можна повернути одержану річ, якщо із неї шляхом переробки створено нову річ (ч. 4 ст. 332 ЦК). В таких випадках відшкодовується вартість одержаного за цінами, що існують на момент відшкодування. Так, якщо визнано недійсним (нікчемним) договір оренди, що був укладений у 2001 р., то орендодавець має повернути орендареві суму одержаної орендної плати за період, що передує дню винесення судом рішення про визнання правочину недійсним. Орендар має повернути майно, яким він користувався відповідно до договору оренди, та відшкодувати вартість одержаного за правочином, тобто суму орендної плати за той же період, але відповідно до ставки орендної плати, що існує на момент відшкодування (очевидно, спочатку суд присуджує на день винесення рішення, а потім сторона має право стягти решту суми, якщо ціни на день винесення рішення і на день відшкодування виявились різними). Оскільки з обох сторін присуджується стягнути грошову суму, суд проводить залік взаємних вимог, а стягненню підлягає тільки різниця між фактично сплаченою орендною платою та платою, що розраховується на момент відшкодування.

2. Відшкодування збитків і моральної шкоди. Крім повернення сторін до первинного майнового стану, як наслідок недійсності правочину ч. 2 ст. 216 ЦК [19] встановлює обов'язок винної сторони відшкодувати збитки та моральну шкоду, завдані іншій стороні або третій особі. Ці правові наслідки та їх підстави застосовуються, якщо не встановлені особливі правові наслідки окремих видів

недійсних правочинів або особливі умови їх застосування. Під особливими правовими наслідками окремих видів недійсних правочинів (ч. 3 ст. 216 ЦК) слід розуміти не тільки стягнення отриманого за правочином в доход держави (ст. 208 ГК [20]), стягнення збитків у подвійному розмірі (ч. 2 ст. 230, ч. 2 ст. 231 ЦК), а і інші особливі наслідки, що встановлені ч. 3—6 ст. 221; ч. 3 ст. 222; ч. 3 ст. 225; ч. 3-4 ст. 226; ч. 2 ст. 227; ч. 2 ст. 229; ч. 2 ст. 230; ч. 2 ст. 231; ч. 2 ст. 232; ч. 2 ст. 233 ЦК. Під «особливими умовами» застосування наслідків недійсних правочинів маються на увазі такі: 1) дієздатна сторона знала про вік малолітнього, з яким укладається правочин (ч. 4 ст. 221 ЦК); 2) сторона знала про стан фізичної особи-іншої сторони правочину (ч. 3 ст. 225 ЦК); 3) сторона знала про психічний розлад або недоумство другої сторони правочину або могла припустити такий її стан (ч. 4 ст. 226 ЦК); 4) недбалість сторони, що помилилася при вчиненні правочину, або необережність іншої сторони (ч. 2 ст. 229 ЦК); 5) застосування обману (ч. 2 ст. 230 ЦК); 6) особа скористалася тяжкою обставиною (ч. 2 ст. 233 ЦК).

3. Стягнення в доход держави отриманого за правочином. В ч. 1 ст. 208 ГК [20] відтворюється положення ст. 49 раніше чинного Цивільного кодексу, що передбачає наступні варіанти наслідків недійсності правочину (термінологія ст. 207 та 208 ГК вимушує бажати кращого, але ж досить зрозуміло, про що йдеться. Тому відмова в позові про визнання на підставі ст. 207 та 208 ГК недійсним правочину та застосування відповідних наслідків тільки тому, що в цих статтях мова йде про недійсність зобов'язання, була б неправильно): 1) якщо всі сторони правочину завідомо вчиняли його всупереч інтересам держави і суспільства і виконали обов'язки за правочином, все одержане ними на виконання правочину (зобов'язання) стягується в доход держави; 2) якщо всі сторони правочину завідомо вчиняли його всупереч інтересам держави і суспільства, але свої обов'язки виконала тільки одна сторона, отримане за правочином стягується в доход держави. В доход держави зі сторони, що отримала виконане, стягується те, що належить стороні, яка виконала зобов'язання за правочином, на відшкодування виконаного; 3) якщо правочин, що завідомо суперечить інтересам держави і суспільства, повністю або в частині не виконано жодною із сторін, наслідки, передбачені ч. 1 ст. 208 ГК, не застосовуються; 4) за наявності лише у одній сторони наміру діяти всупереч інтересам держави і суспільства вона повинна повернути іншій стороні все отримане за правочином, а те, що отримала або мала отримати сторона, яка діяла з зазначеним наміром, стягується з іншої сторони в доход держави. Це ставить у дуже не вигідне становище тих суб'єктів господарювання, які укладають договори з зареєстрованими юридичними особами, що здійснюють правочини з метою ухилення від сплати податків. Добросовісна сторона зобов'язана передати в доход держави все отримане за правочином. А здійснити право на стягнення із сторони, що діяла всупереч інтересам держави і суспільства, раніше виконаного на користь цієї сторони зазвичай неможливо, оскільки зобов'язана сторона або знаходиться в розшуку, або є неплатоспроможною. Поширеними є випадки, коли суди відмовляють податковим органам у задоволенні позовів до добросовісної сторони, з посиланням на неприпустимість покладення на суб'єкта відповідальності за

відсутності вини. Але ж, по-перше, застосування ст. 208 ГК не можна кваліфікувати як відповідальність. По-друге, ст. 208 ГК не встановлює будь-яких негативних наслідків недійсності правочину, що суперечить інтересам держави та суспільства, для добросовісної сторони. Вона має повне право повернутись до попереднього майнового стану (який існував до виконання правочину). Інша справа, що реалізація цього права утруднюється. Але ж добросовісна сторона сама вибирала свого контрагента і в такий спосіб створила для себе утруднення, які має сама долати.

У разі неможливості стягнення в доход держави отриманого за правочином, передбаченим ч. 1 ст. 208 ГК, за аналогією застосовується правило ч. 2 цієї ж статті: в доход держави стягується вартість отриманого грошима.

Позови про застосування наслідків, передбачених ч. 1 ст. 208 ГК, мають право заявляти органи державної податкової служби (п. 11 ст. 10 Закону «Про державну податкову службу в Україні» [54]).

Було б грубою помилкою застосовувати за аналогією до відносин з приводу визнання недійсним правочину (зобов'язання), що суперечить інтересам держави і суспільства, правила ст. 614 ЦК [19], яке покладає на порушника зобов'язання обов'язок доводити відсутність своєї вини. Навпаки, позивач повинен надати докази того, що обидва чи один учасник правочину завідомо діяли всупереч інтересам держави і суспільства. «Завідомо» означає умисно (з прямим або непрямим умислом). Наявність такого умислу має бути доведена на момент вчинення правочину. Хоч в ст. 207 і 208 ГК йдеться про недійсність зобов'язання, але зазначається на його вчинення. Це означає, що умисел діяти всупереч інтересам держави і суспільства має бути встановлений на момент виникнення зобов'язання (вчинення правочину, що є підставою зобов'язання). Господарський суд, до підвідомчості якого належать такі спори, зазвичай не має достатніх засобів для встановлення умислу у випадках, що розглядаються. Як правило, господарський суд це може зробити лише за наявності вироку суду у кримінальній справі або постанови про припинення провадження у кримінальній справі з підстав, що не реабілітують обвинуваченого.

Ч. 1 ст. 208 ГК можна застосовувати тільки до правочинів, на підставі яких виникають господарські зобов'язання. Якщо ж суб'єкт господарювання у відносинах, які не кваліфікуються як господарське зобов'язання, завідомо діяв (здійснив правочин) всупереч інтересам держави і суспільства, застосовуватись наслідки, що встановлені ч. 1 ст. 208 ГК, не можуть.

4. Правові наслідки фіктивного правочину. На відміну від раніше чинного Цивільного кодексу, ст. 234 нового Цивільного кодексу [19] визнає фіктивний правочин не нікчемним, а оспорюваним. Він може бути визнаний недійсним тільки судом за позовом заінтересованої особи.

Фіктивним є правочин, що вчиняється без наміру створити юридичні наслідки, які складають зміст цього правочину. Ознака укладення правочину без наміру створити юридичні наслідки може бути притаманна діям однієї або обох сторін правочину. Однак фіктивним можна визнати правочин тільки за умови, що обидві сторони діяли без наміру створити цивільно-правові наслідки. Якщо ж одна сторона діяла без наміру створити юридичні наслідки, а інша сторона такий

намір мала, правочин не може бути визнаний недійсним. Так, громадянин звернувся до суду з позовом про визнання недійсним правочину, відповідно до якого він подарував своїй дружині автомобіль, придбаний до шлюбу. Позовні вимоги він обґрунтував тим, що уклав правочин з метою виключити претензії на автомобіль з боку своєї першої дружини, із якою до моменту укладення договору дарування він не закінчив спір про поділ майна. Проте суд відмовив у позові про визнання правочину недійсним, оскільки друга сторона правочину підтвердила в суді, що як обдаровувана уклала правочин з метою створити юридичні наслідки.

Укладення правочину з метою приховати майно від конфіскації, від звернення на нього стягнення за зобов'язаннями власника є підставою для застосування ст. 235 ЦК лише за умови, що буде доведено, що правочин вчинено без наміру створення правових наслідків. Якщо ж це не буде доведено, сама по собі мета уникнути конфіскації майна чи звернення стягнення на нього не є достатньою для визнання правочину недійсним як фіктивного.

До категорії фіктивних не відносяться і правочини, що вчиняються з участю юридичної особи, якої не існує. Практика підписання договорів на підтвердження вчинення таких правочинів набула поширення з метою ухилення від сплати податку на додану вартість, зокрема для одержання права на так званий податковий кредит. Якщо підпис та печатку однієї із сторін на договорі підроблено, то позов про визнання недійсним договору (правочину) з участю юридичної особи, якої не існує, не може бути задоволений, оскільки ця юридична особа не виявляла волю на вчинення правочину. В таких випадках слід заявляти в суді вимогу про визнання правовідносин такими, що не виникли. Але права на заявлення таких позовів органи державної податкової служби не мають. Якщо ж зловмисники здійснювали правочин від імені юридичної особи, що існує реально (або хоч формально — не виключена із Єдиного державного реєстру юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців), то підстави для визнання такого правочину недійсним є. Але ст. 234 ЦК в таких випадках не повинна застосовуватись, оскільки правочин має визнаватись недійсним на підставі ч. 1 ст. 215 і ч. 1 ст. 203 ЦК.

На виконання фіктивного правочину не передаються майно або майнові права. Тому і про майнові наслідки визнання правочинів фіктивними в законодавстві нічого не говорить. Якщо ж на виконання правочину були передані майно або майнові права, правочин не може бути кваліфікований як фіктивний.

Саме по собі невиконання правочину сторонами ще не означає, що укладено фіктивний правочин. Позивач, який вимагає визнання правочину недійсним, повинен довести відсутність у учасників правочину наміру створити юридичні наслідки на момент вчинення правочину. При вирішенні спорів про визнання правочинів недійсними як таких, що укладаються без наміру створити юридичні наслідки, слід також враховувати, що укладення правочинів між членами сім'ї (наприклад, дарування або купівля-продаж квартири, коли в ній залишаються проживати ті ж особи) взагалі не передбачає вчинення яких-небудь фактичних дій на виконання правочину. Той факт, що квартира не переоформлена на нового

власника у житлово-експлуатаційному підприємстві, також не може бути достатньою підставою для визнання правочину недійсним.

Раніше чинний Цивільний кодекс використовував поняття мнимої угоди, яке за змістом є дуже близьким до категорії фіктивного правочину. В судовій практиці поняття мнимої угоди іноді тлумачилось досить широко. Так, в тижневику «Бізнес» аналізувався випадок, коли суд визнав мнимою угодою договір оренди державного майна, на укладення якого не було одержано згоди відповідного відділення Фонду державного майна (2001, № 47, с. 42–43). Це — широке і незаконне тлумачення ст. 58 раніше чинного Цивільного кодексу.

5. Правові наслідки удаваного правочину. Удаваним є правочин, що вчиняється з метою приховання іншого правочину, який сторони насправді вчинили. Тому при укладенні удаваного правочину до відносин його учасників застосовуються правила про той правочин, який сторони мали на увазі (який сторони приховували). Зазначення у ст. 235 ЦК [19] на застосування правил про той правочин, який сторони мали на увазі, дає таке право не тільки суду, який розглядає спір про визнання правочину недійсним, але й іншим правозастосовчим органам. Зокрема, встановивши факт укладення удаваного правочину, податковий орган не обов'язково повинен звертатися до суду із позовом про визнання недійсним правочину, який укладено з метою приховати інший правочин. Цей орган вправі прямо застосовувати за наявності достатніх підстав норми податкового законодавства про той правочин, який сторони мали на увазі.

Суб'єкт, який вимагає визнання правочину недійсним як укладеного з метою приховати інший правочин, повинен довести, що правочин укладено саме з такою метою. При цьому обов'язок доведення тієї обставини, що сторони подібної мети не мали, не може бути перекладено на відповідача (відповідачів) в такій справі. Так, у практиці часто зустрічаються випадки укладення правочинів дарування з метою порушення права учасників спільної часткової власності на переважну купівлю частки, що продається (ст. 362 ЦК). Проте учасник спільної часткової власності звичайно позбавлений можливості довести удаваний характер правочину дарування, що вчинений співвласником з третьою особою. Зробити висновок про удаваний характер правочину тільки на тій підставі, що чужі люди теоретично не можуть укласти договори дарування майна, яке оцінюється у великі грошові суми, не можна. Вимагати від учасників правочину пояснити мотиви своєї поведінки також не можна: вони вправі це пояснювати, а можуть і відмовитися давати пояснення щодо цього.

Аналогічним чином можна стверджувати, що державне підприємство уклало договір про сумісну діяльність з метою приховати договір оренди нежилих приміщень. Це твердження може бути мотивоване раніше одержаною державним підприємством відмовою органу, уповноваженого управляти майном, дати згоду на надання приміщень в оренду. Проте цих доводів явно недостатньо для кваліфікації договору про сумісну діяльність як удаваного правочину та застосування до відносин сторін правових норм про оренду і визнання укладеного договору недійсним як такого, що суперечить Закону «Про оренду державного та комунального майна» [61].

Верховний Суд визнав за можливе кваліфікувати як удаваний правочин купівлі-продажу автомобіля, який фактично був куплений за кошти особи і для неї, який використовувався цією ж особою, але як сторона правочину у відповідних документах була зазначена інша особа. Договір було визнано недійсним, а дійсним покупцем було визнано особу, за кошти якої і для якої автомобіль був куплений (Застосування судами цивільного і цивільного процесуального законодавства. — К.: Ін Юре, 2002, с. 303).

З іншого боку, як удавані повинні кваліфікуватись правочини, що вчинені за наступних обставин. Сторони уклали два договори купівлі-продажу. Одна сторона продала іншій стороні обладнання на суму 54 млн грн. Інша сторона продала першій товари на ту ж суму. Сторони мали інтерес уникнути кваліфікації цих двох договорів як бартеру, що передбачає відповідно до податкового законодавства застосування так званої звичайної ціни. Тому одна із сторін домовилась з третьюю особою про надання на умовах тимчасової фінансової допомоги, що підлягає поверненню, грошової суми 9 млн грн всього на один день. За домовленістю з банком ця сума шість разів за один день перераховувалась однією стороною названих договорів купівлі-продажу іншій. В результаті цього кожна із них отримала шість належним чином оформлених платіжних доручень по 9 млн грн. кожне та на загальну суму 54 млн грн. Це, на думку сторін, підтверджувало, що вони дійсно уклали два договори купівлі-продажу, а не один договір міни. Але ж дії щодо шестиразового перерахування суми 9 млн грн. однією стороною іншій і цією стороною першій свідчать про те, що сторони, укладаючи два договори купівлі-продажу, не мали іншої мети, ніж укладення договору міни. За таких умов обидва договори купівлі-продажу підлягають визнанню удаваними, а до правовідносин, що виникли, належить застосовувати цивільно-правові та публічно-правові норми щодо міни (бартеру).

Правила про удавані правочини підлягають застосуванню за аналогією у всіх випадках, коли сторонами неправильно кваліфікується укладена ними угода. Так, на практиці значного поширення дістало укладення договорів про спільну діяльність, які за своїм змістом не відповідають вимогам ст. 1130 ЦК, не містять, проте, жодних протизаконних умов, а передбачають надання послуг. Застосовуючи за аналогією у подібних випадках ст. 235 ЦК, слід керуватися законодавством, яке регулює відносини щодо надання відповідного виду послуг.

§ 5. Представництво

1. Поняття представництва. Зазвичай суб'єкт цивільного права своїми власними діями, перш за все шляхом власного волевиявлення, набуває цивільних прав та обов'язків, змінює та припиняє їх. Інститут представництва розширює повноваження суб'єкта, що діє як представник, надає йому право вчиняти правочини від імені іншої особи, за якими прав та обов'язків набуває ця остання. Це розширює можливості для сторони, від імені якої діє представник, набувати, змінювати та припиняти цивільні права та обов'язки. Таким чином, представництво характеризує статус суб'єкта, що має право діяти як представник, та

визнає можливими набуття, зміну та припинення цивільних прав особою шляхом вчинення юридичних дій іншою особою, що отримала право здійснювати представництво від імені першої особи.

Законодавству України відома правова конструкція обов'язкового представництва. Так, законами «Про охорону прав на винаходи та корисні моделі» [105] (ст. 4), «Про охорону прав на промислові зразки» [49] (ст. 4), «Про охорону прав на знаки для товарів та послуг» [50] (ст. 4), «Про охорону прав на топографії інтегральних мікросхем» [82] (ст. 3) встановлено, що іноземні та інші особи (в тому числі і юридичні), що проживають чи мають постійне місцезнаходження поза межами України, у відносинах з Державним департаментом інтелектуальної власності реалізують свої права через представників, зареєстрованих згідно з Положеннями про представників у справах інтелектуальної власності [183]. Ці правила не суперечать міжнародно-правовим документам. Навпаки, ст. 2 Паризької конвенції про охорону промислової власності [2] містить пряме зазначення на можливість встановлення національним законодавством країн-учасниць цієї Конвенції положень щодо призначення повіреного.

Підставою представництва є правовідносини представника з особою, яку він представляє. В силу свого статусу, ґрунтованого на правовідносинах з особою, від імені якої представник діє, він вчиняє правочини щодо третіх осіб.

В силу правовідносин між представником та особою, яку він представляє, представник може не тільки одержати право вчиняти правочини від імені цієї особи, а і взяти на себе обов'язок вчиняти інші дії, в тому числі фактичні. Але це стосується тільки відносин представника та особи, яку він представляє, і на обсяг та зміст повноважень представника у відносинах з третіми особами не впливає.

Відносини між особою, від імені якої діє представник, та представником можуть бути цивільно-правовими (ґрунтованими на цивільно-правовому договорі), трудо-правовими (ґрунтованими на трудовому договорі) або іншими (наприклад, ґрунтованими на членстві в об'єднанні громадян). Законодавство не містить достатнього нормативного матеріалу для галузевої кваліфікації цих останніх відносин. Спроба законодавця одними і тими ж правилами охопити види представництва, що ґрунтуються на різних нормах і відносинах, не завжди виявлялась вдалою. Проте, слід вважати, що правила глави 17 Цивільного кодексу [19] можна поширювати не тільки на представництво, що здійснюється на підставі цивільно-правового договору, а й на інших підставах.

Положення Цивільного кодексу поширюється тільки на представництво, в силу якого мають здійснюватись правочини. Вони не поширюються на представництво, що здійснюється в судах (ст. 110—117 ЦПК [7]; ст. 28 ГПК [8]; ст. 52 КПК). Не має будь-якого цивільно-правового змісту і положення про те, що працівник міліції є представником державного органу виконавчої влади (ст. 20 Закону «Про міліцію» [23]). Норми про представництво прямо не поширюються на випадки, коли одна особа від імені іншої діє в порядку здійснення майнових прав останньої, наприклад, в органах виконавчої влади чи місцевого самоврядування, оскільки при цьому не вчиняються правочини. Не можуть поширюватись ці норми і на відносини, що виникають в процесі здійснення особистих немайнових прав, коли допускається залучення представника. Так, ч. 4 ст. 285 ЦК

допускає можливість присутності при дослідженні причин смерті фізичної особи не тільки членів її сім'ї, а й уповноважених ними осіб. Але ж законодавство не містить правил щодо порядку оформлення повноважень на дії під час здійснення майнових прав, що не пов'язані з вчиненням правочинів, та особистих немайнових прав. Тому уявляється необхідним в таких випадках за аналогією застосовувати правила про представництво.

Не поширюються правила про представництво на відносини щодо довірчого управління майном відповідно до ст. 1029–1045 ЦК та на відносини щодо управління майном відповідно до ст. 54 та 72 ЦК, оскільки в таких випадках управитель діє від власного імені.

Оскільки відповідно до ч. 3 ст. 206 ЦК дії на виконання договорів визнаються правочинами, представництвом повинні визнаватись дії на виконання договорів, що здійснюються однією особою від імені іншої.

2. Представництво за законом. Ст. 242 ЦК [19] досить широко визначає представництво за законом. Таким є не тільки представництво, що здійснюється виключно на підставі закону (його здійснюють батьки малолітніх дітей на підставі ст. 177 Сімейного кодексу [17]), а й представництво, що потребує додаткового юридичного акта. Так, опікун відповідно до ст. 242 ЦК визнається законним представником, хоч він отримує повноваження не безпосередньо із закону, а в силу рішення про встановлення опіки (ст. 60, 61 ЦК) та рішення про призначення опікуна (ст. 63 ЦК). З огляду на це, як законне представництво слід визнати також повноваження командира цивільного повітряного судна бути довіреною особою експлуатанта повітряного судна, вчиняти від його імені правочини в інтересах виконання завдання на політ, забезпечення безпеки польоту, збереження повітряного судна, здоров'я і життя пасажирів, що ґрунтуються на п. 6 ст. 38 Повітряного кодексу України [10], хоч статусу командира особа набуває за умови видання акта про прийняття на роботу на цю посаду, а не безпосередньо в силу закону.

Повноваження капітана морського торговельного судна бути представником судовласника і вантажовласника у частині дій, викликаних потребами судна, вантажу або плавання, а також позовів, що стосуються довіреного йому майна, якщо на місці немає інших представників судовласника або вантажовласника, ґрунтуються на ст. 58 Кодексу торговельного мореплавства [12], але також виникають за умови наявності акта про прийняття на роботу на посаду капітана.

Біржові брокери виконують доручення членів біржі щодо здійснення біржових операцій шляхом підшукування контрактів і подання здійснюваних ними операцій до реєстрації на біржі без довіреності на підставі ст. 16 Закону «Про товарну біржу» [34]. Ця стаття поширюється на відповідних осіб за умови їх реєстрації на товарній біржі (частина перша ст. 16 названого Закону).

Торговці цінними паперами можуть здійснювати за дорученнями емітентів обов'язки з організації передплати на цінні папери або їх реалізації іншим способом на підставі ст. 26 Закону «Про цінні папери і фондову біржу» [30]. Тут Закон встановлює лише загальний дозвіл, а право на здійснення правочинів торговцем цінними паперами виникає на підставі договору, який він укладає з емітентом.

Належним чином зареєстровані об'єднання громадян користуються правом представляти і захищати інтереси своїх членів у державних і громадських органах на підставі ст. 20 Закону «Про об'єднання громадян» [40]. В остаточному підсумку таке представництво здійснюють фізичні особи на підставі рішення загальних зборів, іншого акта, довіреності.

Право довірчих товариств бути представниками довірителів (фізичних і юридичних осіб) ґрунтується на ст. 1 Декрету «Про довірчі товариства» [156] та відповідному договорі.

Частина третя ст. 19 Закону «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» [100] визнає право профспілок здійснювати представництво і захист індивідуальних прав та інтересів своїх членів. Проте тут не сформульована норма прямої дії, оскільки міститься посилання на законодавство і статuti профспілок. Частина четверта тієї ж статті визнає за профспілками та їх об'єднаннями право представляти інтереси своїх членів при реалізації ними конституційного права на звернення за захистом своїх прав у судові органи, до Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, а також у міжнародні судові установи.

Вибірні органи профспілкової організації на підприємствах, в установах і організаціях одержали право представляти інтереси працівників при вирішенні індивідуальних трудових спорів тільки «за їх дорученням» (п. 8 частини першої ст. 38 названого Закону), що означає необхідність підтвердження доручення довіреністю.

Відповідно до ст. 44 Закону «Про інститути спільного інвестування (пайові та корпоративні інвестиційні фонди)» [113] право представництва від імені інститутів спільного інвестування надається компанії з управління активами, яка здійснює продаж цінних паперів ІСІ, управляє активами ІСІ і від їх імені вчиняє відповідні правочини.

Територіальні громади не позбавлені права безпосередньо здійснювати свою цивільну правосуб'єктність (ст. 143 Конституції). Однак, організаційно територіальні громади не в змозі вчиняти всі дії, пов'язані з вчиненням правочинів, тому повноваження діяти від імені та в інтересах територіальних громад ст. 16 Закону «Про місцеве самоврядування в Україні» [76] надає сільським, селищним, міським радам.

Відповідно до ст. 15 Бернської конвенції про охорону літературних і художніх творів [3] та ч. 4 ст. 11 Закону «Про авторське право і суміжні права» [119] видавець твору (ім'я чи назва видавця мають бути зазначені на творі) вважається представником автора і має право захищати права останнього, якщо твір опубліковано анонімно або під псевдонімом (за винятком випадків, коли псевдонім однозначно ідентифікує автора).

Ст. 9 Закону «Про професійних творчих працівників та творчі спілки» [80] надає право творчим спілкам бути представниками від імені членів спілки з метою захисту їх інтересів.

Відповідно до ст. 15 Закону «Про страхування» [122] страхові (перестрахові) брокери, страхові агенти діють від імені страховика, укладають договори страхування, одержують страхові платежі, виконують роботи, пов'язані з

виплатами страхових сум. Вони діють за наявності договору з страховиком на підставі закону без довіреності.

3. Комерційне представництво. Визначення поняття комерційного представництва, що наводиться в ч. 1 ст. 243 ЦК [19], обмежує зміст цього поняття, що відповідно звужує сферу дії цієї статті. Комерційним визнається тільки таке представництво, яке передбачає укладення представником договорів в сфері підприємницької діяльності. Хоч новий Цивільний кодекс визнає правочинами дії на виконання договорів (ч. 3 ст. 206 ЦК), поняття комерційного представництва не можна поширювати на випадки, коли представник здійснює юридичні дії в процесі виконання договорів, а не їх укладення. Разом з тим термін «укладення договорів» не повинен тлумачитись обмежувально. Про зміну та припинення договору може бути укладений договір. Тому укладення таких договорів може охоплюватись поняттям комерційного представництва.

Комерційними представниками є біржові брокери, торговці цінними паперами.

За згодою осіб, яких представляє комерційний представник, а також у встановлених законом випадках, комерційний представник може одночасно представляти дві або декілька сторін правочину. Це є одним із винятків із правила ч. 3 ст. 239 ЦК, на можливість встановлення яких зазначається в цій останній. Згода осіб, від імені яких діє комерційний представник, не є необхідною, якщо комерційний представник діє від імені декількох осіб, що не укладають між собою договори через спільного комерційного представника.

Ч. 3 ст. 243 ЦК встановлює нове для вітчизняного цивільного права положення, відповідно до якого повноваження комерційного представника можуть бути підтверджені не тільки довіреністю, а й договором, що укладається між представником та особою, від імені якої він діє. Відповідно до раніше чинного Цивільного кодексу за відсутності довіреності договір, що укладений представником від імені довірителя, мав визнаватися недійсним, хоч би представник та особа, яку він представляє, і уклали відповідний договір. Але слід враховувати, що ч. 4 ст. 243 ЦК може застосовуватись лише у випадках представництва, що підпадає під ознаки ч. 1 цієї ж статті. Представництво, що здійснюється суб'єктом підприємницької діяльності та не є постійним, повинне завжди оформлятися довіреністю.

Глава 4

Строки у Цивільному і Господарському кодексах. Позовна давність

§ 1. Строки у Цивільному та Господарському кодексах

1. Загальні положення про застосування правил про строки та позовну давність. Застосування правил Цивільного [19] та Господарського [20] кодексів про строки та позовну давність в судовій практиці буде викликати істотні утруднення внаслідок таких причин: 1) значне збільшення обсягу нормативного матеріалу, що стосується строків та позовної давності; 2) суттєве оновлення цього нормативного матеріалу за змістом; 3) необхідність вирішення у відповідних випадках питань про те, положення Цивільного чи Господарського кодексу підлягають застосуванню. Останнє питання має вирішуватись з урахуванням наступного. За загальним правилом, оскільки Цивільний кодекс визнається основним актом цивільного законодавства (ст. 4 ЦК), переважному застосуванню за наявності суперечностей між Цивільним та Господарським кодексами підлягають правові норми, сформульовані у Цивільному кодексі. Лише у тих випадках, коли Господарським кодексом встановлюються певні особливості регулювання майнових відносин у сфері господарювання, які деталізують права і обов'язки учасників цих правовідносин, підстави їх виникнення тощо, підлягають застосуванню положення Господарського, а не Цивільного кодексу. Це стосується і положень про строки та позовну давність. Як основний акт цивільного законодавства Цивільний кодекс формулює загальні положення про строки, яких не містить в собі Господарський кодекс.

Питанню строків та порядку їх обчислення в Цивільному кодексі присвячена спеціальна глава 18 розділу V Книги першої. Ця глава має назву «Визначення та обчислення строків». Цивільний кодекс 1963 р. не формулював загальних положень про строки, що обумовлювало необхідність при обчисленні строків, що стосуються матеріально-правових відносин, субсидіарно застосовувати статті 86–87 Цивільного процесуального кодексу 1963 р. Цивільний кодекс 2003 р. формулює положення про позовну давність, які поширюються також на відносини, що є предметом Господарського кодексу, але не виключають застосування спеціальної позовної давності, встановленої Господарським кодексом та іншими актами цивільного законодавства (наприклад, Кодексом торговельного мореплавства).

2. Визначення строків і термінів. В Цивільному кодексі [19] вперше в історії національного законодавства дається нормативне визначення поняття строку і терміну. Це — два різних поняття. Відповідно до ч. 1 ст. 251 ЦК строк — це певний період у часі, зі спливом якого пов'язана певна дія або подія, що має юридичне значення. Це визначення строку не перешкоджає його розумінню як такого періоду у часі, з початком, перебігом чи закінченням якого закон пов'яже настання певних юридичних наслідків. Строк визначається шляхом вказівки на

його тривалість, тобто він є періодом, що обчислюється роками, кварталами, місяцями, тижнями, днями чи годинами (ч. 1 ст. 252 ЦК). Початок строку чи його закінчення може визначатись також вказівкою на певну подію, яка має неминуче настати (ст. 253 ЦК). У ч. 2 ст. 251 ЦК терміном визнається момент у часі, з настанням якого пов'язана дія чи подія, що має юридичне значення (ч. 2 ст. 251 ЦК). Термін може визначатись календарною датою і застосовується в тих правовідносинах, в яких здійснення суб'єктивного права або виконання обов'язку пов'язується з певним моментом у часі. В окремих випадках термін, наприклад, виконання цивільно-правового зобов'язання може визначатись не просто певною календарною датою (наприклад, датою (днем) здійснення виплати процентів по банківському вкладу), а і конкретною годиною, наприклад, у випадку доставки (перевезення) вантажу, пасажирів, багажу, пошти (ст. 919 ЦК, статті 307, 312 ГК [20]).

В інших випадках, коли в момент укладення договору неможливо встановити точну дату настання певної події, сторони можуть обумовити його виконання чи припинення моментом настання цієї події, якщо подія має настати неминуче, без зазначення конкретної дати (наприклад, початок чи закінчення навігації, опалювального сезону тощо). Прикладом таких подій є також момент народження дитини (ч. 2 ст. 1298 ЦК), смерть особи (ч. 1 ст. 1298 ЦК, ст. 744, ст. 446 ЦК) тощо. Якщо стосовно події, з якою пов'язується виникнення, зміна чи припинення права та обов'язків, невідомо, настане вона чи ні, вважається, що в такий спосіб не встановлюється термін, а здійснюється правочин під відкладальною чи скасувальною умовою.

3. Виконання зобов'язання в розумний строк. Розумний строк в Цивільному [19] та Господарському [20] кодексах не визначається. Але цей термін вживається в ч. 2 ст. 670, ч. 4, 5 ст. 672, ч. 3 ст. 858, ч. 2 ст. 846, ст. 1146, ч. 1 ст. 919 ЦК. Будь-якого загального правила про виконання зобов'язання чи здійснення інших дій в розумний строк цивільне законодавство України не встановлює. На відміну від цього, ч. 2 ст. 314 ЦК Російської Федерації формулює загальне правило, відповідно до якого за відсутності умови про строк виконання зобов'язання воно має бути виконане в розумний строк. Виникає питання про те, якою мірою відсутність такого правила в цивільному законодавстві України зможе впливати на права та обов'язки учасників цивільних відносин та на цивільний обіг в цілому. Ця міра буде незначною. Згадана ст. 314 ЦК Російської Федерації за змістом відповідає ст. 530 ЦК України. Стаття 530 ЦК України, як і ст. 314 ЦК РФ, встановлює строк виконання зобов'язання стосовно випадків, коли цей строк не встановлено договором або актом цивільного законодавства. Але на відміну від ст. 314 ЦК Російської Федерації ст. 530 ЦК України не формулює загального правила про виконання в розумний строк. Зате ст. 538 ЦК України приписує зустрічні зобов'язання виконувати одночасно, чого не встановлює Цивільний кодекс Російської Федерації. Оскільки абсолютна більшість зобов'язань є взаємними, невизначеність у договорі строку виконання зобов'язання однією із його сторін означає, що цей строк має визначатись відповідно до ст. 538 ЦК. За таких умов потреба у використанні категорії розумного строку стосовно виконання зобов'язань зникає. Вона є актуальною лише стосовно

здійснення учасниками цивільних правовідносин окремих дій. В таких випадках і встановлюються спеціальні правила, в яких використовується термін «розумний строк».

При тлумаченні поняття розумного строку варто було б звернутися до практики застосування Європейським Судом з прав людини Конвенції про захист прав людини і основних свобод [5], яка з 11 вересня 1997 року набула чинності для України. В рішеннях Європейського Суду це поняття вживається досить часто стосовно тривалості судового розгляду справ (ст. 6 Конвенції). Відповідно до цієї практики відповідь на питання, чи є строк розумним у кожному випадку залежить від конкретних обставин і оцінюється судом на підставі детального аналізу цих обставин.

Визначений як розумний час строк, наприклад, на виконання завдання у разі публічної обіцянки винагороди (ст. 1146 ЦК) залежатиме від змісту такого завдання. За змістом цієї норми, «розумний час» — це певний проміжок часу, який за звичайних умов необхідний для виконання певних дій з тим, щоб виконати поставлене завдання. Наприклад, при публічному оголошенні винагороди за розшук домашньої тварини, складно визначити навіть приблизний строк для виконання цього завдання і висновок про «розумність» часу виконання даного завдання залежатиме від багатьох факторів — обставин, за яких тварина зникла, місця зникнення, характеру дій, які необхідно вжити тощо. В іншому випадку, якщо відповідно до ст. 1146 ЦК завдання стосується підготовки стислого огляду поширеної в засобах масової інформації щодо певного кола питань, то «розумний час» його виконання буде зовсім іншої тривалості. Разом з тим, слід звернути увагу на деяку суперечність норм Цивільного кодексу щодо строків виконання завдання з публічним оголошенням обіцянки винагороди. Відповідно до ч. 3 ст. 1144 ЦК сповіщення публічної обіцянки винагороди має, крім іншого, передбачати строк виконання завдання. В той же час ст. 1146 ЦК містить вказівку на те, що для виконання завдання може застосовуватися (тобто він не є обов'язковим) розумний (тобто невизначений) строк.

Невизначення строку виконання зобов'язання договору доцільно було б вважати підставою визнання договору неукладеним, за термінологією ч. 8 ст. 181 ГК, — таким, що не відбувся, лише у випадках, коли сторони не почали виконання зобов'язань, що ґрунтуються на такому договорі.

4. Нормативні, договірні і судові строки. З метою правильного розуміння положень Цивільного [19] і Господарського [20] кодексів, які регулюють питання застосування строків і термінів, слід звернути увагу на частину 3 ст. 251 ЦК, яка містить законодавчо закріплену класифікацію цивільно-правових строків і термінів в залежності від джерела їх встановлення — нормативні (встановлені актами цивільного законодавства), договірні та судові.

Нормативні строки встановлюються законом чи іншим правовим актом (наприклад, ст. 25, ч. 2 ст. 47, 30, статті 111, 257, 258 ЦК, ст. 250, ст. 267 ГК).

На відміну від нормативних строків, договірні строки встановлюються самими учасниками цивільних правовідносин. В односторонньому правочині строк визначається особою, яка його вчинила (наприклад, строк виконання завдання у разі публічної обіцянки винагороди без оголошення конкурсу (ч. 4

ст. 1151 ЦК); у дво- чи багатосторонньому правочині — за домовленістю сторін (ст. 530 ЦК).

Судові строки встановлюються рішенням суду загальної чи спеціальної юрисдикції або третейським судом. Наприклад, при зобов'язанні відповідача вчинити певну дію — замінити покупцю неякісний товар, відремонтувати річ, переобладнати приміщення, передати дитину іншій особі на виховання тощо — суд повинен визначити конкретний строк, протягом якого має бути вчинена така дія (ст. 203, 204, 207 Цивільного процесуального кодексу [7]; ст. 84, 86 Господарського процесуального кодексу [8]). Визнання можливості встановлення цивільно-правових (матеріально-правових) строків судом, зокрема, означає, що законодавець не вважає цивільно-правове зобов'язання припиненим у зв'язку з прийняттям судом рішення, що стосується цього зобов'язання, в тому числі і рішення про примушення до виконання зобов'язання в натурі. І в таких випадках зобов'язання існує аж до моменту повного його виконання.

5. Імперативні і диспозитивні строки. При застосуванні норм Цивільного [19] і Господарського [20] кодексів слід мати на увазі, що нормативні строки можуть бути імперативними — тобто такими, що встановлені законом і не можуть бути змінені за домовленістю сторін (наприклад, — ст. 1270, 1273 ЦК — прийняття спадщини і відмова від неї) та диспозитивними, які встановлюються нормативно-правовими актами, але можуть змінюватись за домовленістю сторін. Частина 2 ст. 680 ЦК встановлює дворічний (для об'єктів нерухомого майна — трирічний) строк виявлення недоліків і пред'явлення вимоги покупцем у зв'язку з недоліками придбаного товару і одночасно передбачає право сторін договору збільшити цей строк; ст. 259 ЦК передбачає право сторін договору збільшити строк позовної давності, встановлений законом. Законодавець надає сторонам право визначати строк договору управління майном, а якщо вони не визначать його, то він вважається укладеним на 5 років.

Прямий дозвіл на відступлення від строків, встановлених актами цивільного законодавства, не є єдиним способом надання такого дозволу. В силу ч. 3 ст. 6 ЦК положення про строки, встановлені Цивільним і Господарськими кодексами, а також іншими актами цивільного законодавства, є диспозитивними. Разом з тим є випадки, коли відступати від строків, встановлених актами цивільного законодавства, не можна. Зокрема, не допускає зміни тривалості позовної давності в бік скорочення ч. 2 ст. 259 ЦК. Слід, однак, враховувати, що умови договорів про відступлення від строків, встановлених імперативними нормами, є не нікчемними, а оспорюваними, тобто, вони підлягають застосуванню до визнання їх недійсними судом.

До категорії диспозитивних строків слід віднести і такі строки, які встановлюються актами цивільного законодавства у вигляді максимальної та мінімальної їх тривалості. Так, ст. 408 ГК передбачає право сторін договору концесії визначати строк дії договору, але він не може бути меншим 10 років і більшим 50 років.

6. Обмежувальні строки. Важливим для правозастосування є розуміння різного правового значення окремих видів строків, встановлених актами

цивільного законодавства. Зокрема, різне правове значення мають обмежувальні (преклюзивні, присічні), гарантійні, претензійні строки.

Зазвичай використовуються терміни «преклюзивні» або «присічні» строки. Застосування терміна «присічні» строки уявляється не виправданим, оскільки цей термін є дуже невдалим перекладом російського слова «пресекабельный». «Преключивний» строк — це лише адаптація відповідного латинського слова. Тому доцільно було б використовувати термін «обмежувальний» строк, маючи на увазі, що він за змістом відповідає латинському — *graecludere* і російському — «пресекабельный».

Для деяких правовідносин передбачається, що нездійснення права або невиконання обов'язку у певний строк призводить до припинення цього права і обов'язку, що йому відповідає. Такі строки і є обмежувальними. У Цивільному кодексі [19] такого роду строки передбачені, зокрема, щодо позовів кредиторів до поручителів про виконання зобов'язання, забезпеченого порукою (ч. 4 ст. 559 ЦК). Аналіз ч. 4 ст. 559 ЦК і інших актів цивільного законодавства дає підстави для висновку про те, що обмежувальні строки не є однорідними. Договором поруки може не встановлюватись строк припинення поруки. Стосовно таких випадків чинним є правило ч. 4 ст. 559 ЦК, відповідно до якого в межах обмежувального шестимісячного строку від дня настання строку виконання зобов'язання кредитор має пред'явити вимогу до поручителя. Якщо така вимога у зазначений строк не пред'явлена, порука припиняється. При здійсненні кредитором упродовж зазначеного шестимісячного строку названої дії (при пред'явленні вимоги до поручителя) він може звернутись з позовом до поручителя впродовж строку позовної давності, що встановлений тривалістю три роки (ст. 257 ЦК). Перебіг строку позовної давності в таких випадках починається з дня, коли кредитор дізнався про порушення його права, тобто, про невиконання поручителем його вимоги. Особливість цього виду обмежувальних строків полягає у тому, що такий строк не виключає звернення до суду з позовом в межах строку позовної давності. Аналогічним є строк пред'явлення бенефіціаром (кредитором) вимог до гаранта на підставі банківської гарантії (ст. 560, 561, ч. 4 ст. 563, ст. 568 ЦК, ст. 200 ГК [20]).

Інший вид обмежувального строку встановлений правилом, яке сформульоване в третьому реченні ч. 4 ст. 559 ЦК. Цей строк встановлений тривалістю один рік з дня укладення договору поруки. Він є імперативним: якщо строк виконання основного зобов'язання, забезпеченого порукою, не визначено, строки, в межах яких порука є чинною, договором поруки встановлюватись не можуть. Цей строк застосовується, якщо строк виконання основного зобов'язання не встановлений або встановлений моментом витребування. Як і строк позовної давності, цей вид обмежувального строку визначає період, впродовж якого існує право на позов у матеріально-правовому розумінні. Але на цей вид обмежувальних строків ні прямо, ні за аналогією не можна поширювати правила про переривання, зупинення чи поновлення строків позовної давності. Аналогічним є строк пред'явлення особою, яка володіє векселем, вимог до акцептанта, індосантів, трасанта, а також індосантів один до одного і до трасанта. Хоч глава XI Уніфікованого закону про переказний вексель і простий вексель [4] має назву

«Давність», а в тексті цієї глави вживається термін «строк давності» тут встановлюється обмежувальний строк, оскільки прямо зазначається на те, що зі спливом строків давності право припиняється (ст. 70 Уніфікованого закону).

Правило, сформульоване в першому реченні ч. 4 ст. 559 ЦК, залишає на розсуд сторін договору поруки за умови, що строк основного зобов'язання належним чином визначений, встановлення не тільки тривалості обмежувального строку, а і його виду, який (вид) визначається за критерієм того, які дії мають бути здійснені впродовж цього строку. Отже, сторони договору поруки на свій розсуд можуть встановити, які дії мають бути здійснені впродовж обмежувального строку, який встановлений сторонами та який припиняє поруку. Такими діями може бути пред'явлення вимоги до поручителя або пред'явлення позову. Якщо ж в договорі поруки згадані дії не визначені, слід застосовувати за аналогією правило, що сформульоване в другому реченні ч. 4 ст. 559 ЦК: порука припиняється, якщо вимога до поручителя не пред'явлена впродовж строку, встановленого в договорі поруки. Близьким до строку, що розглянутий тут, є строк, впродовж якого учасник повного товариства, який вибув із товариства, відповідає за зобов'язаннями товариства. Цей строк встановлений ч. 3 ст. 124 ЦК тривалістю три роки з дня затвердження звіту про діяльність товариства за рік, в якому учасник вибув із товариства. Але ж при цьому не визначено, які ж дії мають бути здійснені в межах цього строку. Ці дії (такими можуть бути пред'явлення вимоги до учасника або пред'явлення до нього позову) слід визначати із застосуванням найбільш близького до цих правовідносин правила, що сформульоване у другому реченні ч. 4 ст. 559 ЦК: якщо вимога до учасника повного товариства пред'явлена в межах зазначеного трирічного строку, позов до цього учасника може бути пред'явлений впродовж загальної позовної давності тривалістю три роки (ст. 257 ЦК).

До обмежувальних строків належить і строк, встановлений ст. 1270 ЦК для прийняття спадщини. Характер цього строку не змінюється внаслідок того, що в силу спеціального правила ч. 3 ст. 1272 ЦК при пропуску цього строку з поважних причин, суд може визначити спадкоємцеві додатковий строк, достатній для подання ним заяви про прийняття спадщини.

7. Претензійні строки. В розумінні Цивільного [19] і Господарського [20] кодексів претензійні строки — це строки здійснення цивільних прав, протягом яких з метою досудового врегулювання цивільного чи господарського спору особа, права або інтереси якої порушено, вправі (а в окремих випадках — зобов'язана) звернутися безпосередньо до порушника цих прав з вимогою про їх поновлення. Незважаючи на те, що чинний Цивільний процесуальний кодекс [7] (як і Цивільний процесуальний кодекс [21], введення якого в дію передбачається в найближчому майбутньому) не містять норм щодо порядку пред'явлення претензій у цивільному судочинстві, порядку і строків їх розгляду (на відміну від Господарського процесуального кодексу [8]), Цивільний кодекс містить єдину норму (ст. 925), що передбачає необхідність пред'явлення претензій у разі спору, що впливає з договору перевезення вантажу і пошти (фактично збережена норма ст. 365 ЦК 1963 р.). Аналогічна вимога міститься і в ст. 315 ГК, яка стосується перевезення вантажів як виду господарської діяльності. Положення

ст. 925 ЦК не стосуються порядку пред'явлення претензій перевізникові при перевезенні пасажирів, вантажу та вантажобагажу.

Таким чином, лише норми, сформульовані у ст. 315 ГК і ст. 925 ЦК, містять законодавчі положення щодо обов'язковості досудового врегулювання спорів, які виникають із зобов'язань, шляхом пред'явлення претензії як необхідної умови пред'явлення позову до суду. Статут залізниць України [186] (в редакції від 6 квітня 1998 р. зі змінами від 25 грудня 2002 року) не передбачає обов'язкового пред'явлення до залізниці претензії до пред'явлення до неї позову в суді (ст. 130), а містить лише зазначення на можливість пред'явлення претензії («пред'явленню залізниці позову...може передувати пред'явлення до неї претензії»).

На відміну від Статуту залізниць України, положення ст. 315 ГК, ст. 925 ЦК не в повній мірі узгоджується з рішенням Конституційного Суду України від 9 липня 2002 року у справі №1-2/2002 (про досудове врегулювання спорів) [160], яким визнано неприпустимим обмеження законом або іншим нормативно-правовим актом права особи, гарантованого частиною 2 ст. 124 Конституції України, на звернення до суду за вирішенням спору, та зазначено, що встановлення досудового регулювання спору можливе лише за волевиявленням суб'єктів правовідносин. Але назване рішення Конституційного Суду не можна автоматично поширювати на закони та інші акти цивільного законодавства, яких прямо не стосується це рішення. Тим більше це рішення не може бути підставою для того, щоб суд загальної юрисдикції не застосовував законодавчі акти, що прийняті Верховною Радою у встановленому порядку, хоч би ці акти і суперечили раніше прийнятим рішенням Конституційного Суду. Отже, положення ст. 925 ЦК і ст. 315 ГК підлягають застосуванню.

При застосуванні ст. 925 ЦК і ст. 315 ГК слід мати на увазі, що ст. 925 ЦК не встановлює строку для пред'явлення претензії до перевізника, на відміну від ч. 2 ст. 315 ГК, якою цей строк визначено в 6 місяців, а щодо сплати штрафів і премій — протягом 45 днів. У зв'язку з цим встановлені ч. 2 ст. 315 ГК строки повинні застосовуватись до господарських зобов'язань безпосередньо, а до інших зобов'язань, в тому числі з участю фізичних осіб — відповідно до ст. 8 ЦК — за аналогією. Строки, встановлені ч. 2 ст. 315 ГК, не застосовуються лише до відносин щодо перевезення вантажів морським торговельним судном. До цих відносин застосовується шестимісячний строк, встановлений ст. 386 Кодексу торговельного мореплавства [12] (відповідно до ст. 4 цього Кодексу до цивільних відносин, що виникають із торговельного мореплавства, правила цивільного законодавства можуть застосовуватись лише в тих випадках, коли ці відносини не врегульовані Кодексом торговельного мореплавства).

Наслідки пропуску строків для пред'явлення претензії до перевізника у випадках, встановлених ч. 1 ст. 925 ЦК цим Кодексом або іншим законом, не встановлено. Ч. 1 ст. 925 ЦК і ч. 1 ст. 315 ГК лише встановлюють правила про обов'язковість пред'явлення претензій. Оскільки процесуальні закони не обмежують права осіб на звернення до суду з позовом, у випадках невиконання обов'язку пред'явлення претензії (крім випадків, коли обов'язковість пред'явлення претензії встановлена договором відповідно до частини першої ст. 5 ППК) особа не може бути позбавлена права звернутися до суду з позовом. Але пропуск

зазначених претензійних строків позбавляє особу права на позов в матеріальному розумінні позову. Застосування в таких випадках за аналогією положень абзацу другого ч. 1 та ч. 2 ст. 688 ЦК було б необґрунтованим.

Що стосується строків розгляду перевізником претензій стосовно перевезення вантажу і пошти, то ч. 2 ст. 925 ЦК встановлює єдиний строк розгляду перевізником претензії стосовно перевезення вантажів, а саме — один місяць з дня її одержання незалежно від змісту претензії (щодо розрахунків, стягнення штрафів, пошкодження чи втрати вантажу, прострочення його доставки) та виду перевезення (місцеве, чартерне, пряме, змішане сполучення). Як норма закону положення ч. 2 ст. 925 ЦК підлягає переважному застосуванню перед нормами, сформульованими в підзаконних актах (маються на увазі ст. 166 Статуту автомобільного транспорту Української РСР [174] і ст. 225 Статуту внутрішнього водного транспорту Союзу РСР [245]). Оскільки Цивільний кодекс є основним актом цивільного законодавства (ст. 4 ЦК), ч. 2 ст. 925 ЦК підлягає переважному застосуванню і перед положеннями ч. 3 ст. 315 ГК, яка встановлює диференційовані строки для розгляду претензій перевізником тривалістю від сорока п'яти днів до шести місяців. З іншого боку, ч. 2 ст. 925 ЦК не може застосовуватись до випадків розгляду претензій особою, яка здійснювала перевезення морським торговельним судном, оскільки при цьому переважному застосуванню підлягають правила ст. 387 Кодексу торговельного мореплавства.

Викладені положення, що стосуються строків пред'явлення претензій до перевізників застосовуються як до зобов'язань, які випливають із договорів перевезення (ст. 909 ЦК і ст. 307 ГК), так і до зобов'язань, що виникають на підставі довгострокових договорів (ст. 914 ЦК, ч. 4 ст. 307 ГК). Це буде застосуванням закону за аналогією, а не прямим.

Перегіду строку позовної давності (за вимогами до перевізника, що впливають із перевезення вантажу і пошти) у всіх відносинах, на які поширюється чинність Цивільного і Господарського кодексів, в тому числі і стосовно господарських зобов'язань, слід відраховувати відповідно до ч. 2 ст. 925 ЦК.

8. Гарантійні строки. Загальні положення про гарантійні строки в Цивільному [19] і Господарському [20] кодексах не формулюються. Натомість встановлюються правила про гарантійні строки в окремих інститутах зобов'язального права. Зокрема, такі правила встановлені ст. 675, 859, 861, 884 ЦК, ст. 269 ГК. Вони передбачають можливість здійснення особою порушеного права у межах певного строку у зв'язку з прийняттям на себе зобов'язаною особою гарантованого обов'язку надати особі послуги, роботи, товари відповідної якості. Ці зобов'язання дійсні протягом певного (гарантійного) строку. Відповідно до ст. 675, 676 ЦК і ст. 269 ГК суть гарантійного строку полягає в тому, що при виявленні у товарах (роботах, послугах) порушень умов договору про якість, покупець (замовник) на свій вибір може вимагати від продавця (виготовлювача) або пропорційного зменшення ціни, або безоплатного усунення недоліків товару в розумний строк, або відшкодування витрат на усунення недоліків, а у разі істотних недоліків відмовитися від договору і вимагати повернення сплаченої суми чи вимагати заміни товару (ст. 678 ЦК; ст. 268, 269 ГК). Конкретні гарантійні строки встановлюються у відповідних спеціальних актах, стандартах

та інших документах. Сторони вправі в договорі погодити більш тривалі гарантійні строки, порівняно з тими, які передбачені нормативно-правовими актами, стандартами, технічними умовами чи іншими документами. Отже, Цивільний і Господарський кодекси поділяють гарантійні строки (як і саму гарантію) на законні і договірні.

У ст. 676 ЦК викладені положення, які стосуються обчислення гарантійного строку в інституті купівлі-продажу — момент, з якого він починається; вплив на його обчислення факту неможливості покупцем використовувати придбаний товар через обставини, які від нього не залежать; обчислення строку гарантії на комплектуючі вироби і на товар (комплектуючі вироби) після їх заміни через неналежну якість. За загальним правилом гарантійний строк починається з моменту передавання товару покупцеві, але за договором може бути встановлено і інший строк (ч. 1 ст. 676 ЦК).

В ч. 3 ст. 269 ГК та в інших нормативних актах передбачені гарантійні строки експлуатації, обчислення яких починається від дня введення виробу в експлуатацію, але не пізніше одного року з дня одержання виробу покупцем (споживачем) або з дня купівлі речі в роздрібній торгівлі. При застосуванні зазначених норм Цивільного і Господарського кодексів слід враховувати положення Закону України «Про захист прав споживачів» [51] та відповідні постанови Кабінету Міністрів щодо встановлення гарантійних строків на окремі види товарів. Гарантійний строк, встановлений в інституті купівлі-продажу продовжується на час, протягом якого покупець не міг використовувати товар з вини продавця, наприклад, не були поставлені всі комплектуючі деталі, не було підключено техніку, або коли було поставлено товар неналежної якості, про що покупець повідомив продавця. При заміні товару неналежної якості, на який встановлено гарантійний строк, цей строк починається з моменту заміни товару.

Крім поняття «гарантійний строк» Цивільним і Господарським кодексами введено поняття «строк придатності товару». Їх відмінність полягає в тому, що першим визначається період часу, протягом якого при встановленні недоліків речі продавець зобов'язаний за свій рахунок їх усунути з тим, щоб можна було цю річ використовувати за призначенням; другим — строк, зі спливом якого товар вважається непридатним для використання за призначенням (ст. 677 ЦК). Строк придатності товару обчислюється з дня його виготовлення і закінчується в день, після настання якого товар є непридатним для використання.

§ 2. Позовна давність

1. Поняття позовної давності. У Цивільному кодексі [19] позовна давність визначена як строк, у межах якого особа може звернутися до суду з вимогою про захист свого цивільного права або інтересу (ст. 256 ЦК). Господарський кодекс [20] визначення строку позовної давності не дає. Визначення у ст. 256 ЦК позовної давності є не досить вдалим, оскільки і у випадку збігу позовної давності особа може звернутися до суду і їй на цих підставах не може бути відмовлено у прийнятті позовної заяви (ч. 1 ст. 267 ЦК). Тому для правильного розуміння

поняття позовної давності слід розрізняти право на позов у матеріальному розумінні та право на позов у процесуальному розумінні. У процесуальному значенні право на позов є саме тією не обмеженою будь-яким часом гарантованою законом можливістю звернутись до суду за захистом свого порушеного або оспорюваного права чи охоронюваного законом інтересу. В той же час обмежене строком давності право на позов у матеріальному розумінні означає право позивача (заявника) на судовий захист протягом певного часу, поза межами якого цей захист, за загальним правилом, є неможливим.

2. Вимоги, на які позовна давність не поширюється. Встановивши загальне правило, за яким норми про позовну давність поширюються на всі цивільні правовідносини, незалежно від їх суб'єктного складу, Цивільний кодекс [19] у ч. 1 ст. 268 зробив винятки для окремих вимог, зазначивши, що їх перелік не є вичерпним і може бути розширений іншими вимогами відповідно до закону. При тлумаченні п. 1 ч. 1 ст. 268 ЦК, відповідно до якого позовна давність не поширюється на вимоги, що випливають із порушення особистих немайнових прав, слід мати на увазі, що строк позовної давності щодо таких вимог не застосовується, якщо застосування позовної давності не передбачено спеціальним законом. Так, п. 2 ч. 2 ст. 258 ЦК встановлює позовну давність тривалістю один рік для вимог про спростування недостовірної інформації, оприлюдненої у засобах масової інформації. Цей строк починається з дня оприлюднення відомостей у засобах масової інформації або з дня, коли особа дізналася чи могла дізнатися про ці відомості.

На підставі п. 1 ст. 268 ЦК позовна давність не поширюється, зокрема, на вимоги про відшкодування моральної шкоди, оскільки протиправне заподіяння моральної шкоди завжди є наслідком порушення немайнових прав особи, зазначених у ст. 3 Конституції України, а тому воно завжди випливає із порушення особистих немайнових прав. Формулювання «майнова шкода, завдана особистим немайновим права фізичної або юридичної особи» (ч. 1 ст. 1166 ЦК) не спростовує висновку про те, що така майнова шкода (в інших випадках ця майнова шкода іменується моральною шкодою) є наслідком порушення немайнових прав, що виключає застосування позовної давності до таких вимог. Будь-які інші спеціальні правила про встановлення позовної давності до вимог про відшкодування моральної шкоди в законі також не передбачені.

Відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 268 ЦК позовна давність не поширюється на вимоги про відшкодування шкоди, заподіяної життю або здоров'ю громадянина. Отже, будь-яких обмежень строку позовної давності за вимогами про відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю потерпілого не існує. У разі пред'явлення вимоги про відшкодування втраченого заробітку цей заробіток може бути відшкодований за будь-який період (за наявності такої шкоди, інших юридичних фактів, що складають підставу відшкодування шкоди, та необхідних доказів). Будь-яких підстав для застосування за аналогією до відносин, про які тут йдеться, частини другої та третьої ст. 40 Закону «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування від нещасного випадку на виробництві і професійного захворювання, які спричинили втрату працездат-

ності» [101], що обмежують за певних умов строки, за які здійснюються страхові виплати, немає.

П. 4 ч. 1 ст. 268 ЦК не допускає застосування позовної давності до вимог власника або іншої особи про визнання незаконним правового акта органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування, яким порушено право власності або інше речове право. При застосуванні п. 4 ч. 1 ст. 268 ЦК може виникнути питання про поширення позовної давності на передбачені ч. 2 ст. 393 ЦК вимоги власника майна про відновлення становища, яке існувало до видання правового акту органом державної влади, органом влади Автономної Республіки Крим або органом місцевого самоврядування, визнаного судом недійсним та про відшкодування майнової і моральної шкоди, завданої прийняттям такого акта. Видається, що норми п. 4 ч. 1 ст. 268 ЦК про незастосування строку позовної давності до вимог про визнання незаконним зазначеного правового акта не поширюються на застосування наслідків порушення права власника виданням такого акта. Позовна давність за такими вимогами починає перебіг з дня, коли особа дізналась або могла дізнатися про порушення свого права. Таким днем слід вважати, зокрема, день прийняття рішення судом про визнання недійсним правового акта.

3. Тривалість позовної давності. Цивільний кодекс встановлює як загальну (ст. 257 ЦК [19]) так і спеціальну (ст. 258 ЦК) позовну давність. Загальна позовна давність встановлена тривалістю у 3 роки.

Для окремих видів вимог Цивільний і Господарський [20] кодекси встановлюють спеціальну позовну давність. На відміну від Цивільного кодексу 1963 р., який передбачав можливість встановлення лише скорочених (порівняно із загальним) спеціальних строків позовної давності, новий Цивільний кодекс передбачає, що спеціальна позовна давність може бути як скороченою, так і більш тривалою порівняно із загальною позовною давністю. Спеціальна позовна давність підлягає застосуванню лише у випадках, прямо передбачених законом.

Так, вперше у ч. 3, 4 ст. 258 ЦК передбачена більш тривала спеціальна позовна давність для вимог про визнання недійсним правочину, вчиненого під впливом насильства або обману — 5 років, та для вимог про застосування наслідків нікчемного правочину — 10 років. При застосуванні ч. 4 ст. 258 ЦК слід враховувати положення п. 7 Прикінцевих та перехідних положень Цивільного кодексу, відповідно до якого до позовів про застосування наслідків недійсності нікчемного правочину, право на пред'явлення яких виникло до 1 січня 2004 р., застосовується позовна давність, встановлена для відповідних позовів законодавством, що діяло раніше.

На відміну від Цивільного кодексу 1963 р. до вимог у зв'язку з недоліками проданого товару (ст. 681 ЦК) встановлено позовну давність в один рік (п. 4 ч. 2 ст. 258 ЦК), яка повинна застосовуватись і до позовів, що впливають з поставки товарів неналежної якості (ч. 8 ст. 269 ГК), оскільки поставка Цивільним кодексом кваліфікується як різновид купівлі-продажу (тут не зачіпається питання про початок перебігу строку позовної давності за вимогами, що впливають із продажу товарів неналежної якості).

Спеціальна позовна давність в 1 рік діє і щодо вимог про неналежну якість робіт, виконаних за договором підяду, незалежно від характеру виявлених недоліків (явних чи прихованих), а щодо будівель і споруд — три роки від дня прийняття роботи замовником (ст. 863 ЦК). Разом з тим слід зазначити, що для договору підяду на капітальне будівництво Господарським кодексом (ч. 3 ст. 322) встановлюються більш тривалі, ніж ст. 863 ЦК, строки позовної давності, які по відношенню до Цивільного кодексу є спеціальними і тому саме вони підлягають застосуванню до передбачених ст. 322 ГК відносин. Зокрема, цією нормою встановлено трирічний строк позовної давності щодо недоліків капітальних конструкцій, а для недоліків, які не могли бути виявлені за звичайного способу прийняття роботи, — десять років. Щодо відшкодування збитків, завданих замовникові протиправними діями підрядника, які призвели до руйнування чи аварій, встановлено тридцятирічний строк позовної давності. Ці строки починаються з дня прийняття роботи замовником, а у разі якщо договором чи законом передбачено надання гарантій якості роботи і ці недоліки виявлено в межах гарантійного строку, перебіг строку позовної давності починається з дня виявлення недоліків.

Ст. 322 ГК прямо називає строки, про які йшлося вище, позовною давністю. В ч. 5 ст. 324 ГК термін «позовна давність» не вживається. Встановлюється, що «позов про відшкодування замовнику збитків, спричинених недоліками проекту, може бути заявлено протягом десяти років, а якщо збитки замовнику завдано протиправними діями підрядника, які призвели до руйнувань, аварій, обрушень, — протягом тридцяти років з дня прийняття побудованого об'єкта». Ці строки також слід визнати позовною давністю. Вони обчислюються з дня прийняття побудованого об'єкта. Цей день початку перебігу позовної давності не може бути змінений за згодою сторін в силу ч. 2 ст. 260 ЦК.

Спеціальна позовна давність (в межах одного року) встановлена новим Цивільним кодексом щодо вимог про розірвання договорів дарування та пожертви (ст. 728 ЦК, ст. 729 ЦК); про відшкодування збитків у зв'язку з пошкодженням речі, яка була передана у користування наймачеві та до вимог про відшкодування витрат на поліпшення речі (ст. 786 ЦК).

4. Межі диспозитивності норм, що встановлюють позовну давність.

До набрання чинності Цивільним кодексом 2003 р. [19] діяло імперативне правило, за яким сторони не вправі були змінювати тривалість встановлених законом строків позовної давності та порядок їх обчислення. Ст. 259 ЦК надає можливості сторонам цивільних правовідносин збільшувати встановлену законом тривалість позовної давності. Закон не встановлює будь-яких меж збільшення сторонами встановленої законом позовної давності, однак це збільшення повинно відбуватися шляхом укладення сторонами договору, який повинен мати обов'язкову письмову форму (але наслідком порушення цієї вимоги ч. 1 ст. 259 ЦК є лише обмеження доказів, як це встановлено ст. 218 ЦК, а не недійсність такої умови). З іншого боку, ч. 2 ст. 259 ЦК забороняє за домовленістю сторін скорочувати позовну давність. Проте, умови договорів про скорочення позовної давності не є нікчемними. Вони є лише оспорюваними: пряма заборона на скорочення позовної давності за домовленістю сторін не

може тлумачитись як спростування законом презумпції правомірності умови правочину про скорочення позовної давності.

Загальні правила щодо порядку обчислення позовної давності передбачені ст.ст. 253—255, 260 ЦК. Ці правила сторони не можуть змінювати за своєю домовленістю (ч. 2 ст. 260 ЦК). Проте, заборона змінювати порядок обчислення позовної давності за домовленістю сторін не може тлумачитись так, що у такий спосіб законом відповідні правочини визнаються недійсними (нікчемними). Навпаки, умови договорів про зміну встановленого законом порядку обчислення позовної давності є оспорюваними. Вони підлягають застосуванню аж до моменту визнання їх недійсними.

Іншою новелою Цивільного кодексу є скасування обов'язковості застосування судом позовної давності. Позовна давність застосовується судом лише за заявою сторони у спорі, зробленою до винесення судом рішення (ч. 3 ст. 267 ЦК). Зміст цієї норми свідчить про більш широке застосування принципу диспозитивності в регулюванні відносин позовної давності. Оскільки у цій нормі не зазначено, яка саме сторона спору має зробити заяву про застосування судом позовної давності, виходячи з принципу рівності сторін (ст. 103 ЦПК [7]), вірним буде висновок, що такою особою може бути як позивач, так і відповідач. Єдиною умовою для застосування зазначеної норми є те, що така заява має бути зроблена в суді першої інстанції, що розглядає спір по суті, до ухвалення ним рішення.

5. Початок перебігу позовної давності. Для правильного обчислення позовної давності важливим є визначення її початкового моменту, оскільки від нього залежить правильне обчислення строку давності і в кінцевому результаті — захист порушеного права. За загальним правилом ч. 1 ст. 261 ЦК [19] перебіг як загальної, так і спеціальної позовної давності починається від дня, коли особа довідалася або могла довідатися (а не повинна була дізнатися, як за ст. 76 ЦК 1963 р.) про порушення свого права. Таким чином, ч. 1 ст. 261 ЦК пов'язує початок перебігу позовної давності лише з фактом обізнаності саме тієї дієздатної особи, якій належить порушене право. Суттєвим є нове положення про обчислення позовної давності від дня, коли особа дізналася про особу, яка порушила право. Частина 1 ст. 261 ЦК встановлює альтернативу: передбачає початок перебігу позовної давності від дня, коли особа довідалась (могла довідатись) або про порушення свого права, або про особу, яка його порушила. Вживання сполучника «або» зазвичай означає, що для настання юридичних наслідків достатньо одного із відповідних юридичних фактів. Але в даному випадку формулювання ч. 1 ст. 261 ЦК, в якому використовується сполучник «або», треба тлумачити інакше. Справа в тому, що не можна довідатися про особу, яка здійснила порушення, до того, як особа дізналася про саме порушення. Тому, враховуючи рівень юридичної техніки, на якому базується ч. 1 ст. 261 ЦК, її треба витлумачити в такий спосіб: за загальним правилом, перебіг позовної давності починається від дня, коли особа довідалася (могла довідатись) про порушення права. У випадках, коли особа довідалась про порушення права, але не мала відомостей про особу, яка порушила право, перебіг позовної давності починається від дня, коли уповноважена особа дізналася про особу, яка порушила право.

Ч. 2—6 ст. 261 ЦК встановлені деякі спеціальні правила для визначення моменту початку перебігу позовної давності щодо окремих вимог. Це стосується цивільних прав, які мають певні особливості захисту, зокрема зобов'язальних правовідносин. Так, перебіг позовної давності (10 років) за вимогами про застосування наслідків нікчемного правочину (ч. 2 ст. 207 ГК [20], ст. 216 ЦК) починається від дня, коли почалося його виконання. У зобов'язаннях, в яких строк виконання не встановлено або визначено моментом заявлення вимоги кредитора, останній може вимагати виконання, а боржник має право виконати зобов'язання у будь-який час. Якщо кредитор вимагає виконання зобов'язання, то боржник повинен зробити це у 7-денний строк, за умови, що із закону, договору чи змісту зобов'язання не випливає обов'язок негайного виконання зобов'язання, або не передбачено законом чи договором іншого пільгового строку. У таких випадках перебіг позовної давності має починатися або із дня пред'явлення кредитором вимоги про виконання зобов'язання (за умови що обов'язок негайного виконання зобов'язання випливає із закону, договору чи змісту зобов'язання) або з моменту закінчення 7-денного (чи іншого пільгового строку), якщо боржник протягом цього строку не виконав свого обов'язку на вимогу кредитора. Перебіг позовної давності за регресними зобов'язаннями починається від дня виконання основного зобов'язання. Так, наприклад, у разі виплати страховиком страхового відшкодування за договором майнового страхування до нього відповідно до ст. 993 ЦК переходить право вимоги до особи, відповідальної за завдані збитки. Відповідно, початок перебігу позовної давності для страховика у даному випадку починається з моменту виплати страхової суми. За зобов'язаннями, право вимоги за якими виникає не одноразово (одночасно), а послідовно протягом певного часу в певний день або зі спливом певного періоду (наприклад, про стягнення пені чи процентів) позовна давність обчислюється окремо за кожною із вимог (з моменту виникнення відповідного права вимоги).

6. Зупинення перебігу позовної давності. Передбачені у ст. 263 ЦК [19] підстави зупинення перебігу позовної давності стосуються як правовідносин, що регулюються нормами Цивільного кодексу, так і тих, які регулюються Господарським кодексом [20]. Зупинення перебігу позовної давності означає, що час, який збіг до зупинення, зараховується до загального позовної давності після того, як зникли обставини, що викликали це зупинення. Перелік підстав зупинення позовної давності у порівнянні з Цивільним кодексом 1963 р. доповнений новою підставою — зупинення дії закону або іншого нормативно-правового акта, який регулює відповідні правовідносини.

7. Переривання перебігу позовної давності. На відміну від зупинення перебігу позовної давності, переривання її перебігу (ст. 264 ЦК [19]) означає, що час, який сплив до переривання, не враховується, а обчислення позовної давності починається спочатку після переривання (ст. 264 ЦК). Однією з підстав переривання перебігу позовної давності є вчинення особою дії, що свідчить про визнання нею свого боргу або іншого обов'язку (ч. 1 ст. 264 ЦК). За Цивільним кодексом 1963 року така підстава стосувалася лише правовідносин, в яких хоч однією із сторін була фізична особа. Якщо ж обома сторонами у зобов'язанні

були юридичні особи, визнанням боргу перебіг позовної давності не переривався. Дія ч. 1 ст. 264 ЦК 2003 р. поширюється на всі зобов'язальні правовідносини, незалежно від їх суб'єктного складу. Відповідно до попередньої практики застосування норми ст. 79 Цивільного кодексу 1963 р. під вчиненням дій, які свідчать про визнання боргу, слід розуміти, зокрема, відправлення боржником кредиторів листа з проханням відстрочити чи розстрочити сплату боргу, часткове виконання зобов'язання, сплату процентів, нарахованих на основну суму боргу, вимоги здійснити зарахування зустрічної вимоги тощо.

Новий Цивільний кодекс радикально змінив підхід до визначення характеру впливу пред'явлення позову на перебіг позовної давності. Відповідно до ст. 79 ЦК 1963 р. пред'явлення позову в установленому порядку переривало позовну давність. Новий Цивільний кодекс виходить із того, що позовна давність є строком, пред'явлення позову впродовж якого зобов'язує суд захистити право, якщо буде встановлено факт його порушення. Тому, за загальним правилом, нелогічним було б вести мову про переривання позовної давності пред'явленням позову та про перебіг позовної давності після пред'явлення позову. Не випадково, із Цивільного процесуального кодексу 2004 р. [21] виключені положення, які містилися в ст. 255 ЦПК 1963 р. [7] та які встановлювали правила обчислення позовної давності в зв'язку з зупиненням провадження у справі. Ч. 2 ст. 264 ЦК передбачає переривання позовної давності лише у випадках пред'явлення позову до одного із кількох боржників (при цьому немає значення, є боржники зобов'язаними солідарно чи в частках. Разом з тим поширювати ч. 2 ст. 264 ЦК на вимоги до осіб, які несуть субсидіарну відповідальність, підстав немає), а також якщо предметом позову є лише частина вимог. Це — логічно, бо в таких випадках потребує вирішення питання про вплив пред'явлення такого позову на позовну давність за вимогами до решти боржників або за рештою вимоги. Ч. 2 ст. 264 ЦК ніяк не можна тлумачити в такий спосіб, що вона вирішує питання про долю позовної давності у частині пред'явленої вимоги або у частині вимоги, пред'явленої до одного із боржників.

Отже, за загальним правилом, відповідно до логіки Цивільного кодексу, недоречно було б вести мову про переривання позовної давності при пред'явленні позову. Але в окремих випадках провадження у справі закінчується не прийняттям рішення по суті і не прийняттям ухвали про припинення провадження у справі, що виключає повторне звернення до суду по спору між тими ж сторонами, про той же предмет і з тих же підстав, а прийняттям ухвали про залишення позову без розгляду. В таких випадках можливе повторне звернення з позовом по спору між тими ж сторонами, про той же предмет і з тих же підстав. За таких умов постає питання про обчислення позовної давності. Пред'явленням позову, залишеного без розгляду, позовна давність не переривалась. Щоб виключити будь-які сумніви, ч. 1 ст. 265 ЦК встановлює, що і залишення позову без розгляду на перебіг позовної давності не впливає.

У випадках залишення без розгляду позову, пред'явленого в кримінальному процесі, позовна давність також не переривається ні пред'явленням позову, ні залишенням його без розгляду. Але ж у разі залишення без розгляду позову в таких випадках період від дня пред'явлення цивільного позову у кримінальному

процесі до залишення його без розгляду до строку позовної давності не зараховується, тобто на цей час перебіг позовної давності зупиняється. Після залишення цивільного позову без розгляду перебіг позовної давності продовжується (строк, що пройшов до пред'явлення позову, зараховується в позовну давність). Але якщо частина строку позовної давності, що залишилась, є меншою, ніж шість місяців, вона продовжується до шести місяців.

Заміна осіб у зобов'язанні не впливає на тривалість та порядок обчислення строку позовної давності щодо вимог, які впливають з цього зобов'язання. Це правило є універсальним і застосовується незалежно від характеру порушеного права та юридичного статусу особи. Це положення стосується як випадку щодо відступлення права вимоги (перехід прав кредитора до іншої особи), так і випадку переведення боргу боржником на іншу особу. Як і в першому, так і другому випадку, якщо перебіг строку давності вже розпочався, то він при заміні осіб у зобов'язанні не розпочнеться заново, а буде продовжуватися. Це правило застосовується як до випадків універсального правонаступництва (реорганізація юридичної особи, спадкування) так і до випадків сингулярного правонаступництва.

8. Наслідки спливу позовної давності. Сплив позовної давності, про застосування якої заявлено стороною у спорі, є підставою для відмови в позові.

На відміну від Цивільного кодексу 1963 р. Цивільний кодекс 2003 р. [19] не містить поняття «поновлення» позовної давності, хоча в ч. 5 ст. 267 передбачається можливість захисту порушеного права і після спливу строку позовної давності за умови, що пропуск позовної давності мав місце з поважних причин. Закон не визначає, які саме причини є поважними. Оцінка причин як поважних здійснюється судом, виходячи з обставин конкретної справи, незалежно від суб'єктного складу спірних правовідносин. Більш чітким у даному відношенні є Цивільний кодекс Російської Федерації, який у ст. 205 визначив, що поновлення строку позовної давності з метою захисту прав громадянина може мати у виключних випадках за обставин, пов'язаних саме з особою позивача (важка хвороба, безпорадний стан, неграмотність і т. ін.), якщо вони мали місце в останні шість місяців строку давності, а якщо цей строк давності дорівнює шести місяцям — то протягом строку позовної давності. За Цивільним кодексом Російської Федерації інститут поновлення строку позовної давності стосується лише фізичних осіб і незалежно від причин не допускається за позовами юридичних осіб чи громадян-суб'єктів підприємницької діяльності, які стосуються їх господарської діяльності.

Незважаючи на те, що в українському законодавстві подібних обмежень немає, видається, що більш жорсткий підхід судів до питання поновлення позовної давності на вимогу юридичних осіб відповідав би характеру відносин, що виникають у випадках, коли особа не здійснює захисту свого права в межах позовної давності. Зазвичай немає будь-яких причин, які перешкождали б пред'явленню позову та які можна було б визнати поважними стосовно юридичних осіб.

9. Позовна давність за додатковими вимогами. Для кожної з позовних вимог позовна давність визначається окремо. Однак, у тому випадку, коли

позовна давність за основною вимогою сплинула, цей строк щодо додаткової вимоги вважається таким, що також сплив.

В цивільному законодавстві України відсутні визначення понять основної та додаткової вимог. За таких умов логічним було б звернутися до доктринального визначення цих понять. Але належної єдності серед вчених, що зверталися до визначення понять основної та додаткової вимог (зобов'язань), не існує. З урахуванням цього додатковими в контексті ст. 266 ЦК [19] логічно було б визнавати такі вимоги, які виходять за межі еквівалентного обміну між сторонами зобов'язання на визначених законодавством та договором умовах. В межах такого обміну знаходяться передання товару, виконання роботи, надання послуги, а також дії, спрямовані на виправлення неналежного виконання цих обов'язків (крім випадків відшкодування витрат кредиторів, який самостійно чи за свій рахунок виправив неналежне виконання). В межах такого обміну знаходиться і сплата грошових сум за отримані товари, послуги, за виконані роботи (ціна товару, вартість послуг, робіт), зокрема, орендна плата, проценти за кредит, в тому числі і передбачені договором підвищені проценти, що сплачуються у разі прострочення повернення кредитної суми. Додаткові вимоги — це такі, що кваліфікуються як способи забезпечення виконання зобов'язання, як міри відповідальності або способи захисту права, зокрема, вимоги про розірвання договору. Додаткові вимоги виникають лише тоді, коли порушується нормальний розвиток цивільних правовідносин. Тому проценти, що сплачуються відповідно до кредитного договору чи за товарний кредит, не є такими, що складають зміст додаткових вимог. Але суми індексації чи проценти, що сплачуються відповідно до ст. 625 ЦК, складають зміст додаткових вимог, оскільки законодавець опосередковано визнає їх мірами відповідальності.

Перебіг позовної давності за основною і додатковою вимогами зазвичай починається з одного і того ж дня. Тому з дня закінчення позовної давності за основною вимогою закінчується і позовна давність за додатковою вимогою (якщо за відповідною вимогою не встановлено спеціальну позовну давність). Так, із дня закінчення встановленого строку виконання обов'язку передати індивідуально визначену річ кредитор вправі пред'явити позов про примушення боржника до виконання зобов'язання в натурі — про відібрання речі у боржника і передання її кредиторіві (ст. 620 ЦК). З того ж дня починається перебіг і позовної давності за вимогою про стягнення неустойки за прострочення виконання вказаного зобов'язання. Проте, в окремих випадках перебіг позовної давності за основною і додатковою вимогами починається у різні дні. Так, перебіг позовної давності за вимогою про стягнення грошової суми в зв'язку з простроченням виконання грошового зобов'язання починається з дня закінчення погодженого сторонами строку платежу. Перебіг позовної давності за вимогою про стягнення пені починається у кожен день, за який нараховується пеня. Отже, перебіг позовної давності за вимогою про стягнення пені, нарахованої за останній день позовної давності, починається у цей же день. Але стягнути цю пеню не можна, тому що у той же день закінчується позовна давність за вимогою про стягнення основної заборгованості, що роблять визнання строку позовної давності таким, що закінчився, і за вимогою про стягнення пені.

Глава 5. Деякі питання права власності

§ 1. Набувальна давність

1. Поняття набувальної давності та умови набуття права власності за набувальною давністю. В цивільному законодавстві України запроваджено новий інститут — інститут набувальної давності. Це — строк, у зв'язку із збігом якого при визначених в законі умовах у володільця майна виникає право власності на таке майно. Інститут набувальної давності введено для упорядкування за давненого майна, коли його власник, пропустивши строк позовної давності без поважних причин, не може захистити своє право власності на цю річ, маючи титул власника і не маючи можливості володіти майном, а володілець, не маючи титулу власника, володіє майном, проте не має на нього всіх прав власника. Не можна сказати, що набувальна давність є ідеальним вирішенням питання за давненого майна, оскільки на протязі всього терміну користування майном можуть виникати спори з приводу цього майна і у суду будуть виникати труднощі у визначенні власника майна. Адже титульний власник практично не має у власності цього майна, а особа, яка володіє цим майном, не має титулу власника. Незважаючи на законодавчу недостатню визначеність у цьому питанні, зрозуміло, що титульний власник може поставити питання перед судом про захист свого порушеного права незалежно від пропуску строку позовної давності, а суд не може відмовити у прийнятті такої заяви. Крім того, розглядаючи даний спір, суд має вирішувати його і застосовувати позовну давність лише за заявою сторони. Набувальна давність поширюється на випадки фактичного, безтитульного володіння чужим майном, хоч би володіння спочатку і мало правову підставу (яка надалі була втрачена). Зокрема, за набувальною давністю набувається право власності на безхазяйні рухомі речі (ч. 3 ст. 335 ЦК [19]).

Необхідними умовами для набуття права власності за ст. 344 ЦК є тривалість, безперервність, добросовісність та відкритість володіння. У передбаченому ч. 1 ст. 344 ЦК випадку, коли право власності на майно виникає з моменту державної реєстрації права власності на майно, необхідно встановити в суді юридичний факт добросовісного, відкритого, безперервного протягом визначеного строку володіння цим майном як власним.

2. Тривалість набувальної давності. За загальним правилом, особа набуває права власності майном, якщо вона добросовісно заволоділа чужим майном і відкрито та безперервно володіє ним на протязі встановленого строку. Цей строк стосовно нерухомого майна встановлено тривалістю десять років, а для рухомого майна — 5 років від дня заволодіння річчю. У разі заволодіння річчю на підставі договору з власником, який не пред'явив вимоги про повернення речі, набувальна давність обчислюється з дня спливу позовної давності. При цьому не встановлюється спеціальна тривалість набувальної давності щодо рухомих речей (вона в цьому випадку складає п'ять років). Стосовно нерухомого майна набувальна давність в таких випадках триває п'ятнадцять років.

Пунктом 8 Прикінцевих та перехідних положень Цивільного кодексу [19] чинність правил ст. 344 ЦК про набувальну давність поширюється на випадки, коли володіння почалося за три роки або пізніше до набрання чинності цим Кодексом. Це свідчить про те, що інституту набувальної давності надана обмежена зворотня сила — на період до трьох років до дня набрання чинності Цивільним кодексом, тобто визнається, що таке володіння майном може бути враховано з 1 січня 2001 року або з більш пізньої дати за умов викладених у ст. 344 ЦК — добросовісність, відкритість, безперервність і відповідна тривалість володіння чужим майном.

Якщо володіння майном розпочалося до 31 грудня 2000 року, то зараховуватись буде володіння лише з 1 січня 2001 року. Якщо володіння розпочалося, зокрема, 20 березня 2002 року то саме з цього часу починається строк добросовісного володіння, після спливу якого володілець майна може стати його власником, виконавши вимоги ст. 344 ЦК. Термін володіння майном не переривається смертю володілця, а зараховується його спадкоємцю. Особа яка заявляє про давність володіння, може приєднати до часу свого володіння майном увесь час, протягом якого цим майном володіла особа, чийм спадкоємцем (правонаступником) вона є. Проте, слід мати на увазі, що ч. 2 ст. 344 ЦК діє у відповідності до п. 8 Прикінцевих та перехідних положень, тому весь час володіння, що відповідає умовам цієї статті, може мати значення для визначення строку користування майном, але не раніше як із 1 січня 2001 року. Крім того, у відповідних випадках набувальна давність обчислюється після позовної давності на витребування майна.

3. Набувальна давність на земельні ділянки. У зв'язку із веденням інституту набувальної давності у Цивільному кодексі [19] необхідно зауважити, що в законодавстві України термін «набувальна давність» використовується з 1 січня 2002 року, тобто, з часу введення в дію Земельного Кодексу [16], в ст. 119 якого було зазначено на те, що громадяни, які добросовісно, відкрито і безперервно користуються земельною ділянкою протягом 15 років, але не мають документів, які б свідчили про наявність у них прав на цю земельну ділянку, можуть звернутися до органу державної влади або органу місцевого самоврядування з клопотанням про передачу її у власність або надання у користування. У даному випадку сам факт використання земельної ділянки не породжує права власності, а лише дає право на звернення до відповідного державного органу або органу місцевого самоврядування з клопотанням про передання земельної ділянки у власність або користування (на підставі договору оренди).

Земельним кодексом не передбачається, з якого часу обчислюється набувальна давність. Тому судова практика у таких випадках була різною. Враховуючи загальні правила про дію законів у часі, враховуючи, що Земельний кодекс діє з часу набрання ним чинності, тобто з 1 січня 2002 року, враховуючи, що Земельний кодекс не передбачає зворотньої сили будь-яких його положень, підстав для включення до набувальної давності періодів добросовісного, відкритого і безперервного користування земельною ділянкою до 1 січня 2002 р. немає. Крім того, слід враховувати, що у Земельному кодексі 1970 р. та Земельному кодексі 1992 р. була пряма заборона використання земельної

ділянки без відведення її в натурі на місцевості. Слід також враховувати, що земля в Україні до 1991 року перебувала виключно у власності держави, і на правовідносини з приводу витребування земельних ділянок у юридичних і фізичних осіб не було встановлено позовної давності. Тому земельні ділянки могли бути витребувані у користувачів в будь-який час і повернуті державі.

З введенням в дію Закону України «Про власність» [24], Земельного кодексу України 1992 року, Конституції України була визнана можливість перебування земельних ділянок у власності інших осіб. Таким чином, з'явилась можливість набуття права власності на земельні ділянки у громадян і юридичних осіб.

Ст. 119 ЗК надає право отримати на підставі рішення відповідних органів земельну ділянку у власність лише громадянам.

Інститут набувальної давності у земельному праві є особливим і суттєво відрізняється від такого ж інституту у цивільному праві. Так, зокрема, у цивільному праві особа, яка довела те, що вона виконала умови, зазначені у ст. 344 ЦК, стає власником майна, незалежно від його об'єму, маси, розміру. Відповідно до земельного законодавства громадянин за умови доведеності виконання вимог ст. 119 ЗК може отримати у власність або користування земельну ділянку у межах норм, що встановлені цим Кодексом. Таким чином, добросовісне, відкрите і безперервне користування земельною ділянкою в розмірі, наприклад 10 га не завжди може бути оформлено на особу, що звернулась до компетентного органу, оскільки розміри земельних ділянок у кожному конкретному випадку визначаються цільовим призначенням і можуть передаватись громадянам безоплатно у власність у меншому розмірі.

Повертаючись до початку строку, з якого слід відраховувати набувальну давність у земельних відносинах, слід визнати, що при цьому має застосовуватись за аналогією правило п. 8 Прикінцевих та перехідних положень Цивільного кодексу, тобто набувальна давність починає обчислюватись не раніше як з 1 січня 2001 р. При цьому обов'язково має застосовуватись такий важливий момент, як вплив строку позовної давності для захисту права на землю титульного власника. Набувальна давність не може починати перебіг до спливу позовної давності.

Після вчинення певних дій, які визначені у законодавстві, і зі спливом зазначеного строку особа може набути право власності на знахідку, бездоглядну домашню тварину та скарб, тому у даних випадках правила ст. 344 ЦК не застосовуються. Проте, права власності на безхазяйну річ ч. 3 ст. 335 ЦК можна набути у власність за набувальною давністю.

Від набувальної давності слід відрізнити положення ст. 336 ЦК. Відповідно до цієї статті особа, яка заволоділа рухомою річчю, від якої власник відмовився (ст. 347 ЦК), набуває право власності на цю річ з моменту заволодіння нею. Це є спосіб набуття права на річ. Йде мова про рухому річ і в цій статті не передбачається будь-якого строку володіння річчю. На відміну від ст. 344 ЦК, в ст. 336 ЦК також зазначається на добросовісне заволодіння чужим майном. Слід розуміти, що заволодіння чужою річчю, від якої власник відмовився, заявивши про це або вчинивши інші дії, які свідчать про відмову від права власності, має бути завжди добросовісним.

Набувальна давність не може застосовуватися щодо осіб, які здобули майно злочинним шляхом або є недобросовісними набувачами.

§2. Захист права власності

1. Захист права власності та його межі. Обговорюючи питання про захист права власності, слід звернути увагу на можливість захисту цивільних прав та інтересів. У відповідності до Цивільного кодексу [19] кожна особа має право звернутися до суду за захистом свого особистого немайнового або майнового права та інтересу.

Кожен суб'єкт повинен мати на увазі, що встановлені певні межі діяльності або межі здійснення особою своїх прав. Слід пам'ятати, що суд може відмовити у захисті цивільного права та інтересу особи в разі, коли при здійсненні своїх прав особа не утримується від дій, які могли б порушити права інших осіб, завдати шкоди довкіллю або культурній спадщині, коли особа допускає дії, що вчиняються з наміром завдати шкоди іншій особі, зловживає правом в іншій формі, не додержується моральних засад суспільства, а також коли особа використовує свої цивільні права з метою неправомірного обмеження конкуренції, зловживання монопольним становищем на ринку, або здійснює дії, які кваліфікуються як недобросовісна конкуренція.

Законодавець при цьому, не розкриває змісту більшості із наведених формулювань. Зокрема, не розкривається зміст моральних засад суспільства. Тому у правозастосовчій практиці будуть виникати труднощі саме з визначенням таких підстав відмови у захисті права власності.

Ч. 2 ст. 16 ЦК передбачено способи захисту цивільних прав та інтересів одним із яких є визнання права.

2. Визнання права власності. Такий спосіб захисту, як визнання права власності, слід розглянути більш детально. Визнання права власності по'язане з підставами набуття права власності на річ, зокрема, на новостворене майно. Право власності на майно за Цивільним кодексом [19] у окремих випадках виникає за різних умов, наприклад, ст. 331 ЦК визначає умови набуття права власності на новостворене майно, ст. 332 ЦК встановлює правила щодо набуття права власності на перероблену річ. У різних випадках законодавець чітко не визначає процедури захисту власником свого права, а різна термінологія, що застосовується при викладенні норм, викликає невпевненість у застосуванні конкретних норм. Так, диспозиція ч. 4 ст. 331 ЦК упевнює нас у тому, що за заявою заінтересованої особи суд може визнати її власником недобудованого нерухомого майна. Можна було б говорити про те, що у даному випадку власник, який володіє майном і право володіння якого оспорується чи не визнається, або у нього немає титулу власника, а майно як об'єкт права власності сформоване і визначене як виокремлена річ і належить до категорії нерухомого чи рухомого майна. Але ж в ст. 331 ЦК ведеться мова про майно, що створюється. Отже, підходи до вирішення питання власності мають бути ідентичними.

Ст. 392 ЦК відзначає, що власник майна може пред'явити позов про визнання його права власності, якщо це право оспорується або не визнається іншою особою, а також у разі втрати ним документа, який засвідчує його право власності. Ст. 392 ЦК допускає пред'явлення позову про визнання права власності у разі втрати документа, який засвідчує право власності особи. В Україні не затверджувались нормативно-правові акти, якими б установлювався загальний порядок виготовлення та видачі дублікатів документів. Це передбачається лише окремими законами та іншими актами законодавства. Так, ст. 53 Закону «Про нотаріат» [47] встановлює порядок видачі дублікатів нотаріально посвідчених документів. Видача дублікатів свідоцтв про право власності на об'єкти нерухомого майна передбачена п. 6.4 Тимчасового положення про порядок реєстрації прав власності на нерухоме майно [233]. Дублікати свідоцтв про право власності на судно та інших судових реєстраційних документів видаються відповідно до п. 30 Порядку ведення Державного судового реєстру України і Суднової книги України. Дублікати свідоцтв про реєстрацію транспортних засобів видаються на підставі п. 20 Правил державної реєстрації та обліку автомобілів, автобусів, а також самохідних машин, сконструйованих на шасі автомобілів, мотоциклів усіх типів, марок і моделей, причепів, напівпричепів та мотоколясок [188]. За таких умов пред'явлення позовів про визнання права власності у випадках втрати документа, що засвідчує право власності, зазвичай виникне у разі неможливості отримати дублікат такого документа.

У такому випадку відсутня сторона, що оспорує чи не визнає право власності на майно. Але відсутній також і документ, що засвідчує право власності, а особа, що володіє майном позбавлена можливості отримати дублікат такого документа, відсутність якого заважає особі володіти, користуватися, розпоряджатися своїм майном на власний розсуд. Оскільки відповідач відсутній тому позивач ставить питання перед судом про визнання права власності на майно.

Розгляд справ, такої категорії, проводиться у позовному провадженні, без відповідача.

Привернувши увагу до ст. 392 ЦК та з'ясувавши, що спори про право власності вирішуються у позовному провадженні, ми можемо перейти і до положень ч. 4 ст. 331 ЦК і також констатувати, що визнати особу власником недобудованого нерухомого майна може суд, розглянувши справу у позовному провадженні без відповідача. Проте слід мати на увазі, що судом має визнаватись право власності на майно недобудованого об'єкта, тобто немає необхідності збирати докази про введення в експлуатацію та реєстрацію об'єкта, оскільки нерухоме майно стане таким у відповідності з проектно-кошторисною документацією лише за передбачених законом умов (якщо — це об'єкт, що підлягає прийняттю в експлуатацію та реєстрацію, то після виконання зазначених дій).

Є можливість захисту прав особи, яка створює майно і яка, дійшовши до певної стадії його створення, неспроможна завершити створення об'єкта і має на меті розпорядитися цим об'єктом, проте не виконані всі умови, передбачені ст. 331 ЦК і вона є лише власником матеріалів, обладнання тощо, які були використані в процесі цього будівництва (створення майна). Однак крім обладнання й матеріалів були затрачені й інші ресурси. В результаті зазначених зусиль із

матеріалів і обладнання був облаштований об'єкт. Проте частина робіт по створеному об'єкту не виконана і ця частина, на думку позивача, є незначною. Тому він вправі звернутися до суду з таким позовом.

Слід мати на увазі, що суд не може відмовити у прийнятті позовної заяви з підстави, що частина робіт, на думку суду, є значною. Це питання оцінки і вирішується в судовому засіданні при розгляді конкретної справи з урахуванням представлених доказів на підтвердження заявлених вимог.

Оскільки створювати майно можуть як фізичні, так і юридичні особи, не має заборони про звернення за вирішенням питань про визнання власником недобудованого нерухомого майна як фізичних, так і юридичних осіб. Причому вирішення цього питання не залежить від строку початку будівництва, оскільки позови про визнання права власності пов'язані з невизначеністю відносин права власності позивача щодо свого майна, на ці позови не поширюється дія позовної давності.

3. Визнання права власності на самочинне будівництво. Слід також мати на увазі, що у позовному провадженні може розглядатись і питання визнання права власності на самочинно збудоване нерухоме майно за особою, яка здійснила самочинне будівництво на земельній ділянці, що не була їй виділена для цієї мети, за умови надання земельної ділянки у встановленому порядку особі під уже збудоване нерухоме майно.

Законодавець у ч. 1 ст. 376 ЦК [19] визначає, яке нерухоме майно вважається самочинним будівництвом, тому суду при вирішенні таких позовів слід виходити з вимог закону та пропонувати сторонам конфлікту надати докази на підтвердження або самочинного будівництва або визнання права власності на самочинне будівництво, перевірявши доводи про наявність згоди власника земельної ділянки на визнання права власності на самочинне будівництво за особою, яка його здійснила, та якщо це не порушує права інших осіб. Особа, що здійснила самочинне будівництво, може надати суду докази про виділення земельної ділянки в установленому порядку під самочинне будівництво. Проте, якщо власник земельної ділянки не дає згоди на надання земельної ділянки суб'єкту, який здійснив самочинне будівництво, або на передання права власності на земельну ділянку, або якщо самочинне будівництво порушує права інших осіб, воно підлягає знесенню за рахунок особи, що його здійснювала. На вимогу власника (користувача) земельної ділянки за ним може бути визнано право власності на самочинне будівництво, якщо це не порушує права інших осіб. В такому випадку особа, що вчинила самочинне будівництво, має право на відшкодування витрат.

Слід відмітити, що у Цивільному кодексі 1963 р. не передбачалось визнання у судовому порядку права власності на самочинне будівництво. Справи за такими позовами були не підвідомчі суду, а вирішувались у адміністративному порядку. Позов про безоплатне вилучення будинку або його частини і про передачу його до фонду місцевої ради у порядку ст. 105 ЦК 1963 р. міг бути заявлений компетентним органом. Знесення самовільного будівництва проводилось за рішенням виконавчого комітету районної, міської, районної у місті ради. Будівельні

матеріали, одержані при знесенні, залишалися у власності громадянина, який здійснив самовільне будівництво.

Ст. 376 ЦК передбачає широкі можливості узаконення самочинного будівництва і надає гарантії власнику (користувачу) земельної ділянки захисту його прав і інтересів та власнику самочинного будівництва на відшкодування витрат на самочинне будівництво у разі визнання права власності на об'єкти за власником (користувачем) земельної ділянки. Проте, у разі неможливості визнання права власності на самочинне будівництво відповідний об'єкт підлягає знесенню. Знесення проводиться за рахунок особи, яка здійснила чи здійснює самочинне будівництво.

Власник земельної ділянки, яка була самовільно зайнята і на якій було здійснено самочинне будівництво, має право на відшкодування шкоди, яка завдана псуванням або забрудненням цієї ділянки. Шкода відшкодовується відповідно до статей 211, 212 ЗК статей 22, 376, 1166, 1172, 1192 ЦК особами, які її заподіяли. Суд може при розгляді таких позовів вирішувати питання за заявою позивача про спосіб відновлення порушеного права.

В законі нічого не згадано про долю будівельних матеріалів у разі знесення об'єктів самочинного будівництва. Особа, яка самочинно збудувала об'єкт, не позбавлена права власності на будівельні матеріали. Заборони для особи, яка здійснила самочинне будівництво, розпоряджатись ними при технічній можливості не встановлено. Будівельні матеріали можуть бути використані повторно, якщо вони не втратили своїх властивостей. Окремі об'єкти, наприклад, будинок із дерева, який може бути перенесено в інше місце, особа, яка здійснювала самочинне будівництво може забрати і перемістити його на іншу земельну ділянку, отриману для таких цілей.

Ст. 376 ЦК не встановлює обмежень щодо суб'єктів, на яких поширюються положення про наслідки здійснення самочинного будівництва.

Глава 6 Цивільні та господарські договори

§ 1. *Поняття та умови договорів*

1. Визначення цивільно-правового договору наводиться у ч. 1 ст. 626 ЦК [19]. Договір — це різновид правочину. Як правочин, договір спрямовується на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. На підставі договору виникають, змінюються або припиняються права та обов'язки його сторін. У передбачених законом випадках факт укладення договору може породжувати права особи, яка не є стороною договору (ст. 636 ЦК). Законодавець не може бути позбавлений права встановити, що укладення договору спричиняє виникнення обов'язку у особи, що не є стороною договору. Так, в силу договору перевезення, що кваліфікується як господарські, між вантажовідправником та перевізником, на боці вантажоотримувача виникає обов'язок отримати вантаж (ст. 310 ГК [20]).

Договір — це домовленість двох або декількох осіб. В будь-якому разі й у законодавстві, і в науковій та навчальній літературі поняття цивільно-правового договору визначається шляхом вказівки на домовленість як на більш широкую категорію (родове поняття) та на ті особливості, що властиві договору як поняттю видовому. Звичайно термін «домовленість» використовується для поліпшення стилю (вираз «договір про внесення змін у договір» не можна віднести до стилістично вдалих).

В актах цивільного законодавства поряд з поняттям договору використовується термін «контракт» (ст. 1 Закону «Про зовнішньоекономічну діяльність» [28]; Закон «Про майнову відповідальність за порушення умов договору підяду (контракту) на виконання робіт на будівництво об'єктів» [104]; ст. 1 Закону «Про поставки продукції для державних потреб» [65] та ін.). У термін «контракт» звичайно вкладається вужчий зміст, ніж у «договір». По-перше, поняття договору в національному законодавстві, у практиці правозастосування та науці стали використовувати для позначення не тільки домовленості — підстави зобов'язання, але й самого зобов'язання, що виникає на підставі такої домовленості. Поняттю «контракт» настільки широкий зміст не надається. Воно не використовується для позначення того правового зв'язку (зобов'язання), в якому знаходяться суб'єкти цивільного права в силу досягнутої між ними домовленості. По-друге, поняття «контракт» прийнято поширювати лише на договори, яким надається письмова форма.

Поняття цивільного (цивільно-правового) договору і поняття господарського (господарського-правового) договору співвідносяться між собою як родові і видові, що передумовлює можливість застосування до відносин, що виникають на підставі господарських договорів, положень Цивільного кодексу і виключає можливість застосування до відносин, які виникають на підставі цивільно-правового договору, що не кваліфікується одночасно як господарський, положень Господарського кодексу.

2. Договори в різних галузях законодавства. Поняття договору використовується не тільки в цивільному та господарському законодавстві. У трудовому праві використовується поняття трудового (ст. 21 КЗпП [8]), колективного (ст. 10 КЗпП) договору, договору про повну матеріальну відповідальність (1351, 1352 КЗпП). До відносин, що виникли на основі трудового договору цивільне законодавство не застосовується (частина четверта ст. 2 ЦК [19]). Трудове законодавство також не передбачає субсидіарного застосування норм цивільного права до відносин, що виникли на підставі трудового договору, хоч повністю виключити цього не можна. Наприклад, колективним договором на власника може бути покладений обов'язок забезпечити умови для збереження одягу та особистих речей працівників. Невиконання цього обов'язку спричинятиме субсидіарне застосування до відносин між працівниками і власником норм, сформульованих у главі 66 Цивільного кодексу «Зберігання». Підставою для цього є ст. 9 ЦК, яка передбачає можливість застосування положень цього Кодексу до трудових відносин у тій частині, у якій вони не врегульовані актами законодавства про працю.

Виходячи з визначення трудового договору, даного в частині першій ст. 21 КЗпП, трудовими визнаються такі договори, в силу яких виконується робота, визначена родовими ознаками з підпорядкуванням виконавця робіт (працівника) внутрішньому трудовому розпорядку. Із законодавства випливає, що цивільно-правові договори можуть укладатися тоді, коли передбачається виконання роботи, визначеної індивідуально. Однак розмежування робіт, визначених родовими ознаками та визначених індивідуально, виявляється складним через недостатню чіткість критерію. Так, підприємство уклало з фізичними особами цивільно-правові договори на виконання зварювальних, слюсарних, малярних та інших робіт, індивідуалізуючи їх вказівкою на те, що ці роботи пов'язані з ремонтом конкретного риболовецького судна. Після закінчення ремонту одного судна уклалися нові договори на виконання таких же робіт, але вже на іншому судні. Такими договорами, звичайно, становище працівників погіршується порівняно із законодавством про працю, але застосувати ст. 9 Кодексу законів про працю, яка забороняє погіршувати становище працівників у порівнянні з законодавством про працю, у подібних випадках навряд чи можливо: по-перше, виконавець робіт не набув статусу працівника; по-друге, забороняється погіршувати становище працівників договорами про працю, а в наведеному прикладі уклалися цивільно-правові договори про виконання роботи, яку сторони індивідуалізували. Не можна не бачити, що такі висновки можуть втілитися на практиці (принаймні, у сфері «малого бізнесу») у визнанні цивільно-правової природи ледве не всіх договорів про виконання робіт. виправити таке положення можна тільки шляхом внесення змін до трудового законодавства, граничного обмеження чи навіть заборони актами трудового законодавства можливості укладення цивільно-правових договорів про виконання робіт фізичними особами, що не є суб'єктами підприємницької діяльності.

Поняття договору протягом тривалого часу використовується в міжнародному праві щодо погоджених державами нормативно-правових актів, які

регулюють відносини між державами, міжнародними організаціями, відносини між державами з однієї сторони, та юридичними і фізичними особами — з іншої, відносини між юридичними і фізичними особами різних країн. Умови міжнародних договорів залежно від їх змісту формулюють норми публічного чи норми приватного права. У зв'язку з цим міжнародні договори в правовій теорії іменують нормативними, тобто такими, що містять правові норми (вони встановлюють права та обов'язки не конкретних суб'єктів, а невизначеного їх кола, хоча міжнародними договорами встановлюються і зобов'язання конкретних суб'єктів — держав — їх учасників).

Категорія договору стала використовуватися у сфері публічного права. Зі ст. 14 Закону «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами і державними цільовими фондами» [110] впливає, що відстрочення і розстрочення податкових зобов'язань надається на підставі договорів, що укладаються контролюючими органами та платниками податків. Передбачено також укладення договорів податкової поруки, причому вони підлягають нотаріальному посвідченню (ст. 8 того ж Закону). Набула поширення практика передання повноважень щодо управління державними корпоративними правами Фондом державного майна органам виконавчої влади на основі договорів (п. 1 Положення про представника органу, уповноваженого управляти відповідними державними корпоративними правами в органах управління господарських товариств [193]). Норми цивільного права до таких відносин можуть застосовуватися тільки за аналогією.

Сімейне законодавство оперує поняттями шлюбний договір (ст. 92-103 Сімейного кодексу [17]), договір між батьками про сплату аліментів на дитину (ст. 189 того ж Кодексу). До цих договорів субсидіарно (у порядку міжгалузевої аналогії) можуть застосовуватися норми Цивільного кодексу, якщо це не суперечить суті сімейних відносин (ст. 8 Сімейного кодексу). Субсидіарному застосуванню норм Цивільного кодексу до відносин, що виникають на підставі шлюбного договору і договору про сплату аліментів не перешкоджає вказівка в частині четвертій ст. 2 ЦК на те, що сімейні відносини регулюються сімейним правом. Разом з тим слід визнати, що договори, пов'язані із здійсненням права спільної сумісної власності подружжя є цивільно-правовими. До них прямо застосовуються норми цивільного права, якщо тільки вони не суперечать спеціальним правилам Сімейного кодексу.

Земельний кодекс [16], передбачаючи регулювання земельних відносин нормативно-правовими актами в галузі земельних відносин (ст. 4), все-таки допускає укладення цивільно-правових угод (договорів) із приводу земельних ділянок (ст. 127—133 Земельного кодексу). Оскільки відповідні договори в Земельному кодексі прямо називаються цивільно-правовими, до них застосовуються норми цивільного права.

Спеціальний правовий режим мають договори про використання водних об'єктів на умовах оренди. Встановлено, що відносини з приводу оренди водних об'єктів регулюються Водним кодексом (ст. 51 Водного кодексу [13]). Лісовим законодавством регулюються відносини з оренди земельних ділянок лісового фонду (ст. 10 Лісового кодексу [11]). Останнім часом були прийняті нормативно-

правові акти, що передбачають укладення договорів з приводу використання надр. До договорів про використання названих видів природних ресурсів за аналогією (субсидіарно) підлягають застосуванню норми цивільного права.

Нормативно-правовими актами Національного банку України передбачено досить широке застосування договорів з метою регулювання відносин між Національним банком і банками. Специфіка цих договорів обумовлена характером відносин між названими суб'єктами. Частково ці відносини складають предмет цивільного права. В іншій частині вони регулюються публічним правом. Таке поєднання привело до того, що в тексті затвердженого постановою Правління Національного банку Договору на розрахунково-касове обслуговування з відкриттям кореспондентського рахунку передбачене встановлення цивільно-правових способів забезпечення (неустойки) за такі допущені банком порушення, які носять публічний характер і виходять за межі цивільно-правового зобов'язання між НБУ і банком (несвоєчасна обробка документів в електронному вигляді, які надійшли із системи електронних платежів, несвоєчасне чи недостовірне відображення в балансі проведених операцій, неналежне оформлення готівки, розсортування зношених і придатних банкнот).

3. Односторонні і двосторонні договори. Визначення односторонніх і двосторонніх договорів в ч. 9 ст. 626 ЦК [19] запозичене із підручників цивільного права радянської доби, які були більше спрямовані на досягнення ідеологічних цілей, ніж на аналіз цивільно-правових конструкцій. Якщо до підготовки тексту законопроекту ставитись конструктивно, то треба давати визначення тільки тих понять, які в подальшому в цьому тексті вживаються. Поняття односторонніх і двосторонніх договорів вживаються тільки при їх визначенні у зазначеній статті.

Багатосторонні договори виокремлюються в ч. 4 ст. 626 ЦК за іншим критерієм класифікації (таким є кількість сторін, що беруть участь в укладенні договору), ніж односторонні і двосторонні договори (вони виділяються за критерієм способу розподілу прав та обов'язків між двома сторонами).

4. Зміст договору. Поняття змісту договору розуміється у ст. 628 ЦК [19] досить широко. Сюди включаються перш за все умови (пункти), визначені на розсуд сторін і погоджені ними. Зазвичай це всі умови (пункти), що включені до тексту документа, який називається договором та який сторони підписали. В такому розумінні умови договору (договір) є індивідуальним регулятором відносин між його сторонами.

Укладення договору є юридичним фактом, унаслідок якого на відносини між його сторонами поширюється також дія нормативного регулятора (відповідних норм цивільного права). Стосовно цих норм (положень актів цивільного законодавства) в ч. 1 ст. 628 ЦК дуже невдало використовується формулювання «умови, які є обов'язковими відповідно до актів цивільного законодавства». Оскільки немає жодних інших умов (крім умов договору, що включені сторонами до його тексту, та положень актів цивільного законодавства), які поширювались би на відносини, що виникають на підставі договору, слід визнати, що цитоване положення ч. 1 ст. 628 ЦК означає «норми цивільного права». Це — не

загальновизнане в науці тлумачення поняття умов договору, але ж воно набуло нормативно-правового значення.

Викладене широке розуміння змісту договору логічно узгоджується з іншими положеннями Цивільного кодексу. Коли підставою зміни або розірвання договору ч. 2 ст. 651 ЦК називає порушення договору, то це означає, що такою підставою є як порушення умов, викладених в тексті договору, так і порушення тих положень актів цивільного законодавства, які в силу укладення договору стали поширюватись на відносини між сторонами договору. Так же широко розуміються умови договору в ч. 2 ст. 284 ГК [20], відповідно до якої «умови договору оренди зберігають свою силу на весь строк дії договору, а також у разі, якщо після його укладення законодавством встановлено правила, що погіршують становище орендаря». Разом із ч. 1 ст. 628 ЦК це правило набуває чітко визначеного змісту. Це було вкрай необхідним у зв'язку із специфікою правової конструкції, яку тут використовує законодавець і яка полягає в збереженні протягом певного часу та стосовно певного зобов'язання юридичної сили положеннями нормативно-правових актів, що втратили чинність. Для порівняння зауважимо, що подібне цитованому положення ч. 3 ст. 10 Закону «Про оренду державного і комунального майна» [61] («умови договору оренди є чинними у випадках, коли після його укладення... законодавством встановлено правило, яке погіршує становище орендаря») до введення в дію нового Цивільного кодексу надсилу піддавалося тлумаченню.

5. Змішані договори. Прямо передбачається можливість укладення змішаних договорів, тобто договорів, що породжують не два зустрічних зобов'язання сторін, а два чи декілька зобов'язань на кожній стороні, що підпорядковуються різним інститутам (чи іншим групам норм) цивільного права. Такими є договори міни (бартеру), що передбачені статтями 715, 716 ЦК [19], договори найму-продажу, що передбачені ст. 705 ЦК. Експедитор може виконувати обов'язки перевізника (ч. 2 ст. 929 ЦК), а зобов'язання щодо організації перевезень і експедирування також можуть ґрунтуватись на одному договорі. Договори про відчуження речей можуть породжувати зобов'язання з передання речей і їх зберігання. Прямо передбачається оформлення у вигляді одного документа іпотечного договору і договору, що обумовлює основне зобов'язання (ч. 3 ст. 18 Закону «Про іпотеку» [137]).

6. Типові умови договорів. В ч. 1 ст. 630 ЦК [19] йдеться про типові умови договорів, які оприлюднені у встановленому порядку. Але ніякого порядку оприлюднення типових умов в Україні не встановлено. В актах законодавства, які було прийнято до введення в дію нового Цивільного кодексу, типові умови договорів розуміються по-різному. Стаття 7 Закону «Про державне регулювання виробництва і реалізації цукру» [94] передбачає затвердження Кабінетом Міністрів України або уповноваженим ним органом «типових умов господарських договорів», які є обов'язковими для застосування у відносинах між цукровими заводами, бурякосіючими господарствами та іншими суб'єктами цукробурякового комплексу усіх форм власності. Типові умови контракту на користування надрами наводяться у додатку до Положення про порядок організації та проведення конкурсів (тендерів) на укладення контрактів на

користування надрами [187]. Державною комісією з цінних паперів і фондового ринку затверджено Положення про вимоги до договору про надання послуг з оцінки вартості нерухомого майна інституту спільного інвестування [230]. Ці вимоги також можна кваліфікувати як типові.

Змісту ст. 630 ЦК в більшій мірі відповідають Типові платіжні умови зовнішньоекономічних договорів (контрактів) [177], що затверджені Кабінетом Міністрів відповідно до Указу Президента України «Про заходи щодо впорядкування розрахунків за договорами, що укладають суб'єкти підприємницької діяльності України» [164].

Не виключається, що в ч. 1 ст. 630 ЦК під типовими умовами договорів маються на увазі публікації Міжнародної торгової палати і можливі подібні публікації Торгово-промислової палати України. Але ч. 4 ст. 265 ГК [20], наприклад, надає положенням Міжнародних правил щодо тлумачення термінів «Інкотермс» [242] більш суттєвого значення: умови договорів поставки повинні викладатися сторонами відповідно до цих Правил (оскільки ч. 3 ст. 6 ЦК щодо диспозитивності норм цивільного права поширюється і на положення Господарського кодексу, відступати від зазначених правил все-таки можна). Що стосується Уніфікованих правил та звичаїв для документарних акредитивів [239], Уніфікованих правил з інкасо [241] та Уніфікованих правил по договірних гарантіях [240] Міжнародної торгової палати, та інших правил Міжнародної торгової палати з питань переказу грошей, то їх положенням надається обов'язкова юридична сила в силу ст.2 Закону «Про платіжні системи та переказ грошей в Україні» [117] (від цих положень також допускаються відступлення відповідно до ч. 3 ст. 6 ЦК).

Типові умови, що не набули юридично обов'язкового значення в силу актів законодавства, можуть застосовуватися як звичай ділового обороту, якщо вони відповідають вимогам ст. 7 ЦК.

7. Типові та примірні договори за Господарським кодексом. Господарський кодекс [20] також не враховує практику затвердження типових умов договорів (вимог до договорів), про які йшлося вище. Але він виявився ближчим до життя, оскільки в ньому стосовно сфери його дії вирішується питання про юридичну силу типових та примірних договорів, яке не вирішувалось протягом десятків років, хоч кількість належне зареєстрованих як акти законодавства типових та примірних договорів сягнула за сто.

Визнаючи право відповідних суб'єктів укладати господарські договори на основі вільного волевиявлення і на свій розсуд погоджувати умови договорів, дотримуючись законодавства, ч. 4 ст. 179 ГК встановлює правило про юридичне значення типових та примірних договорів. Передбачається, що типові договори затверджуються Кабінетом Міністрів, а у випадках, передбачених законом, — іншим органом державної влади. Сторони не вправі відступати від змісту типових договорів, але мають право конкретизувати його умови. Це — один із випадків, коли законодавець прямо заборонив при укладенні договорів відступати від положень актів цивільного законодавства, тобто встановив виняток із загального правила абзацу другого ч. 3 ст. 6 ЦК [19] про диспозитивний характер положень актів цивільного законодавства. Посилання на те, що інші, крім Кабінету

Міністрів, органи державної влади вправі затверджувати типові договори лише у випадках, передбачених законом, базується на ст. 19 Конституції України, яка зобов'язує органи державної влади діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України. Але послідовне проведення в життя цього конституційного положення за умови відсутності законів, які визначали б повноваження міністерств та інших органів центральної виконавчої влади, привело б до руйнування правопорядку. Тому уявляється доцільним виходити з такого. Типові договори, затверджені до 1 січня 2004 р. (дня введення в дію Господарського кодексу), слід визнавати такими, що мають юридичну силу, за умови, що відповідний державний орган отримав повноваження затвердити типовий договір на підставі не тільки закону, а і відповідного указу Президента України чи постанови Кабінету Міністрів. Оскільки ч. 4 ст. 179 ЦК спеціально стосовно типових договорів підтверджує повноваження органів державної влади затверджувати такі нормативно-правові акти лише за умови, що таке повноваження надане законом, типові договори, затверджені міністерствами або іншими органами державної влади після 1 січня 2004 р., повинні визнаватись обов'язковими лише за умови, що відповідне міністерство (інший центральний орган виконавчої влади) мало повноваження на їх затвердження, встановлене законом.

Стосовно примірних договорів ч. 4 ст. 179 ЦК визнає їх такими, які рекомендуються органом управління суб'єктам господарювання для використання при укладенні договорів, коли сторони мають право за взаємною згодою змінювати окремі (лише окремі) умови, передбачені примірним договором, або доповнювати його зміст. Очевидно, ці ж правила слід поширювати і на належне затверджені зразкові договори та договори, що затверджені як нормативно-правові акти, але не мають будь-якого визначення (як типові, зразкові чи примірні).

У тій сфері дії Цивільного кодексу, на яку не поширюється чинність Господарського кодексу, юридичну силу типових та примірних договорів слід визначати відповідно до ч. 4 ст. 179 ГК (застосовуючи відповідні положення Господарського кодексу за аналогією).

8. Ціна як умова цивільно-правових договорів. Ціна (тариф) визначається в ч. 4 ст. 189 ГК [20] як форма грошового визначення вартості продукції (робіт, послуг), яку реалізують суб'єкти господарювання. Це визначення слід застосовувати також і до тих майнових відносин, в яких відчуження речей, надання послуг чи виконання робіт здійснює суб'єкт, який в даних правовідносинах не має статусу суб'єкта господарювання. Проте, належить враховувати, що є два розуміння ціни: 1) те, що відповідає наведеному визначенню. Воно використовується, зокрема, і в ст. 632 ЦК [19]; 2) розуміння ціни як ціни договору. В такому розумінні термін «ціна» вживається в ч. 3 ст. 180 ГК.

Цивільний кодекс досить ліберальний до визначення ціни в договорі. Передбачається (ч. 1 ст. 632 ЦК), що ціна в договорі встановлюється за домовленістю сторін. Але ж допускається, що ціна в договорі може бути не встановлена і навіть не може бути визначена, виходячи із його умов. Тоді ч. 2 ст. 632 ЦК приписує визначати ціну виходячи із звичайних цін, що склалися на аналогічні

товари, роботи або послуги на момент укладення договору. Такий підхід в Цивільному кодексі здійснюється і стосовно окремих видів зобов'язань (наприклад, ст. 691, 762, 843 ЦК).

Набагато більш жорсткий підхід до умов господарських договорів про ціну здійснюється в Господарському кодексі. Ціна визнається істотною умовою господарського договору (ч. 2 ст. 189 ГК). Тут під ціною відповідно до контексту ст. 189 ГК розуміється ціна продукції (робіт, послуг).

Ця жорсткість Господарського кодексу щодо обов'язкового погодження в договорі ціни доповнюється посиланням на те, що при недосягненні сторонами згоди з усіх істотних умов господарського договору він вважається неукладеними, таким, що не відбувся (ч. 8 ст. 181 ГК). Але у випадках, коли в господарському договорі ціна не погоджена, але договір хоч би частково було виконано, доцільно було б йти шляхом переважного застосування до господарських договорів більш ліберальних положень Цивільного кодексу про ціну як істотну умову договору.

Положення ч. 1 ст. 632 ЦК про те, що сторони договору встановлюють ціну за згодою між собою, відповідає правилу ст. 190 ГК, відповідно до якого вільні ціни визначаються на всі види продукції, робіт, послуг, за винятком тих, на які встановлено державні ціни (відповідно до ч. 4 ст. 191 ГК обов'язковими є також комунальні ціни, якщо їх встановлення на продукцію та послуги, що виробляються (надаються) комунальними підприємствами, передбачене законом).

Державні (комунальні) ціни можуть бути фіксованими або регульованими. Державне регулювання цін здійснюється шляхом встановлення граничних рівнів цін, граничних рівнів торговельних надбавок і постачальницьких винагород, граничних нормативів рентабельності або шляхом запровадження обов'язкового декларування зміни цін (ч. 5 ст. 191 ГК).

Державні фіксовані ціни встановлюються: 1) на імпортні товари, що придбані за рахунок коштів Державного бюджету України; 2) на продукцію (послуги) суб'єктів господарювання-природних монополістів (переліки видів продукції цих суб'єктів затверджуються Кабінетом Міністрів — див. Положення про державне регулювання цін (тарифів) на продукцію виробничо-технічного призначення, товари народного споживання, роботи і послуги монопольних утворень [176]); 3) на ресурси, що справляють визначальний вплив на загальний рівень і динаміку цін; 4) на продукцію та послуги, що мають суттєве соціальне значення для населення. В цій же сфері може здійснюватись державне регулювання цін іншими способами (ч. 1-3 ст. 191 ГК).

На органи виконавчої влади та місцевого самоврядування покладається обов'язок надавати суб'єктам підприємництва, що реалізують товари, роботи, послуги за фіксованими цінами, дотацію, якщо застосування таких цін унеможливає одержання прибутку. Реалізація цього права суб'єктів підприємництва буде суттєво утруднюватись, оскільки в ч. 6 ст. 191 ГК вказується на те, що дотація надається відповідно до закону. Такого закону поки що немає.

Ч. 4 ст. 189 ГК приписує при здійсненні експортних та імпорتنих операцій у розрахунках з іноземними контрагентами застосовувати контрактні (зовнішньоекономічні) ціни, що формуються відповідно до цін і умов світового

ринку та індикативних цін (про індикативні ціни див. Положення про методику формування та використання індикативних цін).

Після укладення договору зміна ціни допускається тільки у випадках, передбачених договором або законом. Слід враховувати, що відповідно до ст. 10 Закону «Про ціни і ціноутворення» [22] зміна рівня державних фіксованих та регульованих цін здійснюється в строки, що встановлені органами, які мають повноваження на регулювання цін. Якщо до відповідних договорів не внесені зміни у зв'язку із зміною рівня державних (комунальних) фіксованих цін або регульованих цін, застосовуються (з дня, встановленого відповідним нормативно-правовим актом) відповідні фіксовані або регульовані ціни.

Загальне правило ч. 3 ст. 631 ЦК допускає згоду сторін договору на поширення договору на відносини, що виникли та існували до його укладення. Це правило поширюється і на домовленість про зміну договору. Але спеціальним положенням ч. 3 ст. 632 ЦК забороняється домовленість сторін про зміну ціни після виконання договору. Слід думати, що це положення поширюється і на часткове виконання договору.

9. Умови публічних договорів. Умови публічних договорів мають бути однаковими для всіх споживачів. Пільги можуть встановлюватися тільки законами. Такими законами є п. 15, 19, 24, 25, 28, 29 частини першої ст. 20 Закону «Про статус і соціальний захист громадян, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи» [25], ст. 39 Закону «Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні» [27], ст. 14 Закону «Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей» [35], ст. 12-16 «Про статус ветеранів війни, гарантії їх соціального захисту» [45], ст. 7, 9 Закону «Про основні заходи соціального захисту ветеранів праці та інших громадян похилого віку в Україні» [52], ст. 6 Закону «Про статус ветеранів військової служби і ветеранів органів внутрішніх справ та їх соціальний захист» [85], ст. 10, 13 Закону «Про донорство крові та її компонентів» [62], які встановлюють пільги або передбачають їх встановлення міністерствами, місцевими державними адміністраціями, органами місцевого самоврядування, підприємствами.

Порушення вимоги про однаковість умов публічного договору в бік погіршення прав сторони, якій передається товар, для якої виконується робота або надається послуга, досить дієво захищається частиною 6 ст. 633 ЦК (такі умови визнаються нікчемними). У випадках, коли підприємець надає послуги, виконує роботу, передає товар на більш вигідних для споживача умовах, механізм забезпечення принципу однаковості, встановлений ч. 6 ст. 633 ЦК не спрацьовує, оскільки ні одним законом не визнаються недійсними такі умови договорів.

Відсутність реального механізму забезпечення принципу однаковості у випадках покращення положення споживача обумовлена соціально-економічною необґрунтованістю заборони покращувати положення споживача на розсуд підприємця. Така заборона є доцільною лише тоді, коли порушується конституційний принцип рівності (ст. 24 Конституції України), відповідно до якого забороняються привілеї та обмеження, що мають дискримінаційний характер. Якщо ж надання пільги певній категорії споживачів чи окремому споживачеві не є проявом дискримінації, воно є можливим. Лише стосовно пов'язаних осіб, що

визначаються в ч. 1.2.6 ст. 1 Закону «Про оподаткування прибутку підприємств» [77], дохід, отриманий платником податку на прибуток від продажу товарів (робіт, послуг) пов'язаним особам, визначається виходячи із договірних цін, але не менше звичайних цін на такі товари (роботи, послуги). Отже, надання пільги навіть пов'язаним особам не спричиняє застосування до суб'єкта господарювання будь-яких санкцій, а лише передбачає застосування несприятливих для нього наслідків у податкових правовідносинах.

10. Зміст договорів приєднання. Господарська практика, що склалась до прийняття Цивільного кодексу 2003 р. [19], не знала договорів приєднання, які відповідали б всім ознакам, що наводяться у визначенні договору приєднання. Натомість, широке використовувались типові, примірні та інші нормативні договори. Слід очікувати, що практика скористається тими можливостями, які надає суб'єктам цивільного права ст. 634 ЦК. Укладення договорів приєднання передбачено також абзацем п'ятим ч. 4 ст. 179 ГК [20]. Неможливість погодження сторонами будь-яких умов договору приєднання у цій статті підкреслюється посиланням на те, що інша сторона договору здійснює «вступ в договір», запропонований до приєднання. Проте, є одна умова договору приєднання, що формулюється стороною, яка приєднується. Це — асортимент товарів, робіт, послуг, які будуть надані відповідно до такого договору. Ч. 2 ст. 19 Закону «Про захист прав споживачів» [51] забороняє спонукання споживача до придбання товарів або послуг непотрібного йому асортименту.

Сфера можливого використання правової конструкції договору приєднання є досить широкою. Застосування цієї правової конструкції є неможливим тільки тоді, коли зміст відносин сторін, що виникають на підставі договору, є складним. Так, численність умов, які повинні погодити підрядник і замовник за договором будівельного підряду, виключає укладення такого договору шляхом приєднання. В інших випадках це є можливим, якщо сторона, яка запропонувала договір про приєднання, розробила формуляри або інші стандартні форми та зробила запрошення до приєднання. Різновидом таких стандартних форм є типові умови договору прокату, встановлення яких передбачено ч. 2 ст. 787 ЦК усвідомлюючи за визнанням договору прокату договором приєднання.

Як договори приєднання можуть укладатись публічні договори. Але немає перешкод для використання правової конструкції договору приєднання в інших випадках, якщо цьому не перешкоджає значне коло умов, що підлягають погодженню сторонами.

Частина 1 ст. 634 ЦК досить суворо підходить до визначення договору приєднання: приєднання до запропонованого договору можливе тільки в цілому. Лише у випадках, коли сторона запропонувала декілька договорів для приєднання, інша сторона має право вибрати певний договір, до якого вона приєднується в цілому.

Оскільки для приєднання може бути запропоновано тільки договір, що містить всі істотні умови, зручно було б визнати пропозицію приєднатись до договору, що адресується невизначеному колу осіб, офертою. Але відповідно до ч. 2 ст. 641 ЦК на характер пропозиції приєднуватися до договору як оферти має бути спеціально вказано.

Запропоновані умови договору приєднання не повинні суперечити закону. Але визнання окремих умов договору приєднання недійсними за рішенням суду навряд чи є можливим. Для приєднання було запропоновано договір в цілому. Тому суд не зможе не прийняти до уваги доводи про те, що без умов, про недійсність яких йдеться, договір не було б запропоновано взагалі, і він підлягає визнанню недійсним в цілому. В зв'язку з цим ч. 2 ст. 634 ЦК встановлює підстави, за наявності яких договір не визнається недійсним в цілому або в частині, а підлягає зміні або розірванню на вимогу сторони, яка приєдналася. Такими є: 1) позбавлення сторони, що приєдналася, прав, які звичайно в таких зобов'язаннях надаються; 2) договір виключає або обмежує відповідальність сторони, що запропонувала договір для приєднання; 3) договір містить інші умови, що є явно обтяжливими для сторони, яка приєдналася.

Наведене положення поширюється і на господарські зобов'язання. Разом з тим до господарських зобов'язань застосовуються спеціальні положення ч. 2 ст. 207 ГК. Вони визнають нікчемними наступні умови господарських зобов'язань: 1) які виключають або обмежують відповідальність виробника продукції, виконавця робіт (послуг) або взагалі не покладають на зобов'язану сторону певних обов'язків; 2) допускають односторонню відмову від зобов'язання з боку виконавця або односторонню зміну виконавцем його умов; 3) вимагають від одержувача товару (послуги) сплати непропорційно великого розміру санкцій в разі відмови його від договору і не встановлюють аналогічної санкції для виконавця.

11. Зміст попередніх договорів. Попередній договір в ст. 634 ЦК [19] і ст. 182 ГК [20] визначається майже однаково. Лише стосовно строку укладення основного договору на виконання попереднього договору виявились розбіжності між Цивільним та Господарським кодексами. Цивільний кодекс залишає на розсуд сторін строк, протягом якого (після укладення попереднього договору) має бути укладений основний договір, але допускає встановлення законом обмеження щодо строку (терміну), в який має бути укладений основний договір на підставі попереднього договору. Господарський кодекс (ч. 1 ст. 182) встановлює, що основний договір має бути укладений не пізніше одного року з моменту укладення попереднього договору. Цей строк не може змінюватись за домовленістю сторін.

Основний договір має бути укладений на умовах, встановлених попереднім договором. При цьому абзац третій ч. 1 ст. 635 ЦК допускає, щоб не всі істотні умови основного договору були погоджені в попередньому договорі. Обов'язковим є лише встановлення в попередньому договорі порядку погодження істотних умов основного договору, якщо такий порядок не встановлений актами цивільного законодавства.

Інші правила встановлені ч. 2 ст. 182 ГК: попередній договір повинен містити всі істотні умови основного договору, зокрема вказується на обов'язковість визначення в попередньому договорі предмета основного договору.

12. Договір на користь третьої особи. Правова конструкція договору на користь третьої особи передбачає широку сферу її застосування. Пряме чи опосередковане зазначення в законі на можливість укладення певних видів

договорів як договорів на користь третьої особи (ст. 725, 746, 985, 1063 ЦК [19]) не є підставою для висновку про те, що інші договори не можуть укладатись на користь третьої особи.

Разом з тим, немає підстав поширювати поняття договору на користь третьої особи на спеціальні правові конструкції, встановлені законом. Так, ст. 1029 ЦК передбачає, що договір управління майном може бути укладений на користь визначеної установником управління особи (вигодонабувача). Але в цій та інших статтях, що входять до інституту управління майном, законодавець уникає використання терміна «договір на користь третьої особи». Саме по собі зазначення на вигодонабувача в ст. 1029, 1034, 1044 ЦК не є достатнім для кваліфікації правової конструкції, передбаченої ст. 1029 ЦК, як договору на користь третьої особи. Застосування у відповідних випадках до договору управління майном ст. 636 ЦК можливе лише за аналогією.

Правова конструкція договору на користь третьої особи є близькою до правової конструкції покладення обов'язку прийняти виконання на іншу особу. Їх розмежування слід проводити виключно за критерієм змісту договору: в договорі на користь третьої особи має бути прямо чи опосередковано вказано на такий його характер. Таке зазначення і буде підставою виникнення у третьої особи прав, що передбачені ст. 636 ЦК, та відповідних обов'язків у сторін договору. Якщо ж в договорі не встановлено, що він укладається на користь третьої особи, і таке із його змісту не впливає, але в ньому визначається особа, на адресу якої має бути здійснено виконання зобов'язання, що впливає із цього договору, такий договір не може бути кваліфікований як договір на користь третьої особи. В таких випадках слід зробити висновок про те, що договором передбачено, що прийняття виконання сторона договору зобов'язалась покласти на третю особу, яка, однак, не отримала прав, передбачених ч. 2 ст. 636 ЦК.

Як проміжна правова конструкція між договором на користь третьої особи та покладенням обов'язку прийняти виконання зобов'язання на іншу особу повинне кваліфікуватись надання страхувальникові права при укладенні договору страхування призначити особу для одержання страхової виплати (ч. 2 ст. 985 ЦК). Така ж правова конструкція передбачена частинами третьою і четвертою ст. 3 Закону «Про страхування» [122]. Можна було б стверджувати, що тут передбачається визначення в договорі особи, на яку покладено обов'язок прийняти виконання (отримати страхову виплату). Але ж і заголовок ст. 985 ЦК («Укладення договору страхування на користь третьої особи»), і зазначення в цій статті і ст. 3 Закону «Про страхування» на те, що особа, призначена для одержання страхової виплати, є вигодонабувачем, не допускає такого твердження. Отже, в цьому випадку теж йдеться про договір на користь третьої особи, що підпадає під особливий правовий режим. Спеціальне правило ч. 2 ст. 985 ЦК надає право страхувальникові замінювати особу, призначену для одержання страхової виплати (вигодонабувача), до настання страхового випадку.

Поряд з правовою конструкцією призначення в договорі страхування особи для одержання страхової виплати (вигодонабувача), в ч. 1 ст. 985 ЦК формулюється правова конструкція договору страхування на користь третьої особи, яка не передбачає поширення на неї ч. 2 ст. 985 ЦК, а підкоряється загальному

режиму договорів на користь третьої особи (ст. 636 ЦК) за відсутності спеціальних правил про договір страхування на користь третьої особи, які мають встановлюватися законом відповідно до ч. 3 ст. 985 ЦК.

Частина 1 ст. 636 ЦК допускає, щоб в договорі на користь третьої особи ця особа не була визначена. Це — спеціальне правило, яке не може ставитись під сумнів тільки тому, що воно допускає визнання договору укладеним за відсутності в ньому посилання на третю особу, яке (зазначення) слід визнати істотною умовою такого роду договорів. Але здійснення третьою особою прав, що випливають із договору, що укладений на її користь, можливе лише за умови, що кредитор визначить третю особу в такий спосіб, який не буде викликати у боржника сумніву в тому, що дана особа якраз і є тією, на користь якої укладено договір.

Лише ч. 3 ст. 1063 ЦК формулює спеціальне правило про те, що визначення імені фізичної особи або найменування юридичної особи, на користь якої зроблено вклад (укладено договір банківського вкладу на користь третьої особи) є істотною умовою банківського вкладу.

Третя особа, на користь якої укладено договір, у відповідній частині набуває прав кредитора у зобов'язанні, що виникло на підставі такого договору. Зокрема, вона набуває права вимагати виконання. Таке ж право зберігає і сторона договору на користь третьої особи. Інше (і щодо третьої особи, і щодо сторони договору) може бути встановлено законом або договором або впливати із його суті. В силу абзацу другого ч. 2 ст. 725 ЦК третя особа, що набула певних прав відповідно до договору дарування, яким на обдаровуваного покладено обов'язок вчинити певну дію на користь третьої особи або утриматися від її вчинення, може пред'явити вимоги до обдаровуваного тільки у разі смерті дарувальника, оголошення його померлим, визнання безвісно відсутнім чи недієздатним. За відсутності таких обставин право вимагати від обдаровуваного виконання обов'язку на користь третьої особи має лише дарувальник. У випадках порушення обдаровуваним обов'язку на користь третьої особи право вимагати розірвання договору, повернення дарунка чи відшкодування його вартості належить лише дарувальникові. Але у разі його смерті або настання інших обставин, що зазначені вище, третя особа вправі пред'явити до обдаровуваного вимогу про відшкодування збитків відповідно до ст. 623 і 22 ЦК.

Сторони договору на користь третьої особи мають право на свій розсуд розірвати або змінити цей договір, хоч би третя особа і була поінформована про укладення договору. Але виявлення третьою особою наміру скористатися своїми правами, що випливають із договору, позбавляє сторони договору права без згоди третьої особи розірвати або змінити договір. У разі спору необхідним є надання доказів того, що третя особа виявляла намір скористатися своїми правами.

Відмова третьої особи скористатися правами, що випливають із договору, укладеного на її користь, дає право стороні (кредитору у зобов'язанні, що виникло із договору на користь третьої особи) скористатися цим правом. Інше не може бути встановлене законом. Договором таке теж може бути встановлене прямо, а може і випливати із його суті.

§ 2. Укладення цивільно-правових договорів

1. Свобода договору. Свобода договору визнається однією із основних засад цивільного законодавства України (п. 3 ст. 3 ЦК [19]). Ст. 627 ЦК розкриває зміст засади свободи договору через посилання на те, що суб'єкти цивільного права є вільними: 1) при вирішенні питання про укладення договору; 2) при виборі контрагентів; 3) при погодженні умов договорів.

Юридичне закріплення засади свободи договору, однак, не є беззастережним. Свобода договору визнається, але за умови, що при здійсненні волевиявлення на укладення договорів, на вибір контрагентів і на визначення змісту відповідні суб'єкти не можуть діяти всупереч положенням Цивільного кодексу, інших актів цивільного законодавства, всупереч звичаям ділового обороту, вимогам розумності та справедливості (слід, однак, враховувати, що ч. 3 ст. 6 ЦК надає актам цивільного законодавства, як правило, диспозитивного значення).

Значення в ст. 627 ЦК на необхідність при укладенні договорів, виборі контрагентів та визначенні умов договору враховувати вимоги актів цивільного законодавства погоджується з ч. 1 ст. 215 та ч.1 ст. 203 ЦК, відповідно до яких підставою недійсності правочину є суперечність їх актам цивільного законодавства. Очевидно, всіх публічно-правові вимоги та обмеження на здійснення діяльності, на здійснення цивільних прав, на вчинення та виконання правочинів є такими, що мають не тільки публічно-правовий, а й цивільно-правовий зміст. Отже, відповідні акти будуть у відповідній частині визнаватись актами цивільного законодавства. Такими можуть бути визнані також нормативно-правові акти, на підставі яких було видано індивідуальні акти, або які приписують додержуватись індивідуальних юридичних актів при укладенні договорів.

Посилання на необхідність врахування вимог актів цивільного законодавства при вирішенні питання про укладення договору, при виборі контрагентів та визначенні змісту договору є підставою для прийняття актів, в тому числі і підзаконних (якщо відповідне повноваження надане державному органу), якими обмежується свобода договору, в тому числі і шляхом прямого припису суб'єктам укладати договори, включати в них певні умови або заборони, відмовляти в укладенні договору у відповідь на пропозицію укласти договір. Стосовно господарських договорів це посилання конкретизується ч. 3 ст. 179 ГК [20], яка визнає обов'язковим укладення господарських договорів на підставі державного замовлення, якщо воно є обов'язковим для суб'єкта господарювання, а також в інших передбачених законом випадках, коли існує пряма вказівка щодо обов'язковості укладення договорів для певних категорій суб'єктів господарювання чи органів державної влади або органів місцевого самоврядування. Відповідно до цього законодавством прямо передбачається як побічно допускається спонукання суб'єктів до укладення договорів на вимогу іншого (управненого) суб'єкта.

2. Обов'язок укладення публічних договорів. Підприємці несуть обов'язок укладати договори, які визначаються як публічні. Але кваліфікувати договори

як публічні на підставі того визначення публічних договорів, яке наводиться у ч. 2 ст. 633 ЦК [19] («Публічним є договір, в якому одна сторона — підприємець взяла на себе обов'язок здійснювати продаж товарів, виконання робіт або надання послуг кожному, хто до неї звернеться (роздрібна торгівля, перевезення транспортом загального користування, послуги зв'язку, медичне, готельне, банківське обслуговування тощо)») неможливо, оскільки не існує такої практики, відповідно до якої підприємці брали б на себе обов'язок, про який йдеться у ч. 1 ст. 633 ЦК. За таких умов публічними слід визнати такі договори, які позначаються так у спеціальних законах. Ст. 178 ГК [20] якраз і визнає публічними зобов'язання суб'єктів господарювання, які відповідно до закону зобов'язані здійснювати виконання робіт, надання послуг або продаж товарів кожному, хто до нього звертається на законних підставах. Доповнюється, що такий обов'язок може бути встановлений також установчими документами суб'єкта господарювання.

Публічними законом визнаються договори прокату (ч. 3 ст. 787 ЦК), побутового підряду (ч. 2 ст. 865 ЦК), перевезення (ч. 2 ст. 915 ЦК), зберігання (ч. 3 ст. 986 ЦК), складського зберігання (ч. 2 ст. 957 ЦК), зберігання автотранспортних засобів (ч. 1 ст. 977 ЦК), банківського вкладу (ч. 2 ст. 1058 ЦК). Побічно визнаються публічними всі договори, що підпадають під дію Закону «Про захист прав споживачів» [51]. Ст. 19 цього Закону визнає за всіма громадянами (фізичними особами) рівною мірою право «на задоволення їх потреб у сфері торгових і інших видів обслуговування». При цьому не допускається встановлення будь-яких переваг, прямих чи непрямих обмежень прав споживачів. Споживачеві надається також право на «вільний вибір товарів і послуг», а на продавця (суб'єкта підприємницької діяльності, що виконує роботи чи надає послуги) покладається обов'язок усілякого сприяння споживачеві у вільному виборі товарів і послуг (предмета договору). Це означає, що споживач безпосередньо в силу закону (без умови про настання якого-небудь юридичного факту, крім факту ухилення від укладення договору) вправі вимагати примушення відповідного суб'єкта підприємницької діяльності до укладення цивільно-правового договору, якщо цей суб'єкт неправомірно ухиляється від його укладення. Зі змісту названого Закону випливає, що його дія поширюється на всі відносини щодо виконання робіт, надання послуг, продажу товарів громадянам (фізичним особам) для їх власних побутових потреб. Отже, громадянин-споживач має право звернутися до суб'єкта підприємницької діяльності, який відповідно до установчих документів і фактично надає послуги, виконує роботи чи продає товари для громадян, із пропозицією про укладення договору. Таке звернення повинне бути кваліфіковане як односторонній правочин, оскільки відповідно до закону воно спричиняє виникнення права особи, яка звернулася з пропозицією, та обов'язку суб'єкта підприємницької діяльності укласти договір. Відмова цього суб'єкта від укладення договору дає споживачеві право вимагати примушення його до укладення договору, незалежно від того, чи містить законодавство, що регулює діяльність таких суб'єктів, спеціальні норми, які зобов'язують їх укладати договори з усіма громадянами-споживачами, чи ні. Оскільки звернення споживача з пропозицією

укласти договір породжує обов'язок іншої сторони вчинити відповідні зустрічні дії, тобто породжує зобов'язання між сторонами, порушення цього зобов'язання спричиняє обов'язок відшкодувати збитки, заподіяні такою відмовою (ст. 22, 632 ЦК). Посилання у ч. 3 ст. 202 ЦК на те, що односторонній правочин може створювати обов'язки лише для особи, яка його вчинила, не може бути підставою для заперечення твердження про те, що із факту звернення споживача виникає обов'язок відповідного підприємця укласти договір, оскільки виникнення такого обов'язку передбачено спеціальним законом.

3. Обов'язок укласти договір в інших випадках. Ч. 2 ст. 13 Закону «Про захист економічної конкуренції» [111] визнає зловживанням монопольним положенням часткову чи повну відмову від придбання чи реалізації товару за відсутності альтернативних джерел їх реалізації чи придбання. Змістовно такі дії можуть бути відмовою від укладення договорів з відповідними суб'єктами. Визнання їх названим Законом зловживанням монопольним положенням означає, що подібні дії є порушеннями не тільки публічно-правових норм, а й цивільних прав інших суб'єктів, що дає їм можливість захисту порушеного права шляхом пред'явлення позову про примушення відповідної особи-монополіста до укладення договору. Його обов'язок укласти договір впливає безпосередньо із закону. Порушення цієї вимоги спричиняє обов'язок відшкодування збитків у подвійному розмірі (ст. 55 Закону «Про захист економічної конкуренції»).

Утримання приватизованих квартир здійснюється за рахунок їх власників (п. 1 ст. 10 Закону «Про приватизацію державного житлового фонду» [41]). Тому у випадках, коли власники приватизованих квартир не створили об'єднання співвласників багатоквартирного будинку (Закон «Про об'єднання співвласників багатоквартирного будинку» [123]), кожний з них зобов'язаний укладати з власником будинку договір про участь у витратах на утримання (обслуговування і ремонт) будинку і прибудинкової території (п. 2 Порядку участі в організації і фінансуванні приватизованих житлових будинків їх колишніх власників [175]). При ухиленні власників квартир від укладення таких договорів вони можуть бути примушені до цього. Ці правила повинні за аналогією застосовуватися і до власників нежилых приміщень, оскільки з Закону «Про відповідальність суб'єктів підприємницької діяльності за несвоєчасне внесення плати за спожиті комунальні послуги і утримання прибудинкових територій» [92], впливають відповідні обов'язки і відповідальність власників нежитлових приміщень. У свою чергу і ці організації (власники будинків), хоч би вони і не належали до категорії комунальних (за термінологією, яка використовується в Законі «Про приватизацію державного житлового фонду»), у силу обов'язку здійснювати обслуговування і ремонт приватизованого житла (ч. 4 ст. 10 названого Закону) чи в силу публічного характеру таких договорів можуть бути примушені до укладення відповідних договорів із власниками квартир.

Необхідність укладення договору може впливати із сутності відповідних відносин. Так, майно, що не ввійшло до статутного фонду господарського товариства в процесі приватизації, але раніше належало приватизованому підприємству, може бути передане на баланс господарському товариству, створеному в процесі приватизації (балансодержателю). Якщо воно передається

в оренду третій особі, орендодавцем є Фонд державного майна чи його територіальний орган. Третя особа — орендар зобов'язана, крім договору оренди, укласти договір з балансодержателем про відшкодування останньому витрат на утримання орендованого нерухомого майна і про умови надання комунальних послуг (п. 2.2.5 Положення про управління державним майном, що не ввійшло до статутних фондів господарських товариств у процесі приватизації, але знаходиться на їх балансі [217]).

Можливість примушення до укладення договору в низці випадків впливає з законодавства про інтелектуальну власність.

Ч. 3 ст. 47 Закону «Про авторське право та суміжні права» [119] зобов'язує осіб, які здійснюють використання творів, надавати авторам, іншим особам, що мають авторські права, їх представникам або організаціям, які управляють майновими правами авторів на колективній основі, відповідні відомості і виплачувати винагороду «в передбачений термін і в обумовленому розмірі». Погодження терміну і розміру передбачає укладення договору, до чого відповідні особи можуть бути примушені. Викладене стосується і суб'єктів суміжних прав.

Якщо особа, що зареєструвала право на сорт рослин, не використовує його в Україні протягом перших трьох років, починаючи з дати державної реєстрації сорту або дати припинення його використання, з ч. 4 ст. 43 Закону «Про охорону прав на сорти рослин» [128] впливає, що право вимагати укладення ліцензійного договору на використання сорту рослин має будь-яка фізична і юридична особа. При відмові власника патенту укласти договір, така особа вправі звернутися до суду із заявою про надання їй примусової невиключної ліцензії. Така заява повинна бути оформлена як позовна заява про примушення до укладення договору про надання невиключної ліцензії.

У силу обов'язку власника патенту дати дозвіл (видати ліцензію) на використання винаходу (корисної моделі) власнику пізніше виданого патенту за відповідних обставин останній може пред'явити до першого вимогу про видачу зазначеного дозволу (ст. 30 Закону «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» [105]). Оскільки при цьому необхідно визначення умов використання винаходу (корисної моделі), можливе примушення до укладення договору про умови використання винаходу (корисної моделі).

Якщо власник патенту на винахід (корисну модель) подав для офіційної публікації заяву про надання будь-якій особі дозволу на використання запатентованого винаходу (корисної моделі), особа, яка виявила бажання скористатися зазначеним дозволом, зобов'язана укласти з власником патенту договір про платежі (ч. 9 ст. 28 Закону «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі»). Оскільки право на використання винаходу (корисної моделі) у цьому випадку не ставиться в залежність від укладення договору, власник патенту вправі вимагати укладення договору про платежі і примушення особи, яка скористалася дозволом на використання винаходу (корисної моделі), до укладення договору про платежі.

Правила, подібні наведеним, містяться також у ч. 7 ст. 20 Закону «Про охорону прав на промислові зразки» [49] і в ч. 2 ст. 18 Закону «Про охорону прав на топографії інтегральних мікросхем» [82].

У той же час перетворення економіки і відповідні зміни в законодавстві привели до того, що деякі норми, які допускали можливість примушення суб'єктів до укладення договорів, втратили юридичну чинність. Так, п. 10 Положення про поставки товарів народного споживання [247] надає покупцям переважне право на збереження та розширення прямих тривалих і тривалих господарських зв'язків з виробниками (постачальниками). Постачальникам забороняється порушувати господарські зв'язки, які склалися (які діють не менше двох років) в односторонньому порядку. Однак ці та інші подібні правила прийшли в суперечність з законами періоду формування ринкових відносин. На цей час випадки, коли на суб'єкта покладається обов'язок укласти господарський договір визначаються ч. 3 ст. 179 ГК [20]. Тому наведене положення підзаконного акту Союзу РСР застосуватись не повинне.

Якщо договір укладається на підставі правового акту органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим, органу місцевого самоврядування, його (договору) зміст має відповідати зазначеному акту. Це правило є чинним і тоді, коли такий акт є обов'язковим для обох сторін договору, і тоді, коли він є обов'язковим для однієї сторони.

Особливості укладення договору на підставі обов'язкового акта відповідних органів полягають в можливості спонукання сторони, яка ухиляється від укладення договору, до його укладення. При виникненні розбіжностей при укладенні договору на підставі обов'язкового акта можливе передання переддоговірного спору на вирішення суду (ч. 1 ст. 649 ЦК [19]; ч. 7 ст. 181, ст. 187 ГК).

4. Істотні умови договорів. Договір вважається укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов. Це положення ч. 1 ст. 638 ЦК [19] запозичене із Цивільного кодексу 1963 р. Проте немає жодних підстав стверджувати, що новий Цивільний кодекс тільки відтворює положення раніше чинного Цивільного кодексу щодо істотних умов договорів. Навпаки, підхід законодавця до істотних умов цивільно-правових договорів змінився майже кардинально. Досить звернутись, наприклад, до ч. 2 ст. 749 ЦК, щоб впевнитись в цьому. Стосовно договорів довічного утримання ця стаття допускає, щоб обов'язки набувача не були конкретно визначені. В таких випадках обов'язки набувача мають визначатись відповідно до засад справедливості та розумності.

Істотною умовою будь-якого договору є умова про його предмет (абзац другий ч. 1 ст. 638 ЦК). Умова про предмет визнається істотною також ч. 3 ст. 180 ГК [20]. Ч. 4 цієї статті встановлює, що умови про предмет у Господарському договорі повинні визначати найменування (номенклатуру, асортимент) та кількість продукції (робіт, послуг), а також вимоги до їх якості. Вимоги щодо якості предмета договору приписується визначати відповідно до обов'язкових для сторін нормативних документів в галузі стандартизації та сертифікації, зазначених у ст. 15 ГК. Лише у разі їх відсутності вимоги щодо якості можуть встановлюватись в договірному порядку. На цей же час склалася широка нормативна база, яка містить обов'язкові вимоги до продукції, робіт та послуг. Вони формулюються в державних стандартах України, що затверджуються Державним комітетом по стандартизації, метрології і сертифікації, в будівельних нормах і правилах, в міждержавних стандартах, передбачених Угодою про

проведення погодженої політики у сфері стандартизації, метрології і сертифікації, в галузевих стандартах, в стандартах науково-технічних та інженерних товариств і спілок, в стандартах підприємств і технічних умовах (ст. 4—7 Декрету «Про стандартизацію і сертифікацію» [158]).

Слід враховувати, що Цивільний і Господарський кодекси, інші закони не встановлюють обов'язковості посилання в договорах на номери стандартів та інших нормативно-технічних актів. Встановлюється лише, щоб вимоги до предмета договору відповідали нормативно-технічним актам. Відсутність же посилання на ці акти не означає, що сторони не погодили одну із істотних умов договору. Більше того, ч. 2 ст. 673 ЦК допускає відсутність у договорі купівлі-продажу умов щодо якості товару. В таких випадках продавець повинен передати покупцеві товар, придатний для мети, з якою товар такого роду звичайно використовується.

Номенклатура чи асортимент визнаються істотними умовами господарського договору (ч. 4 ст. 180 ГК). Але у сфері, де Господарський кодекс не діє, встановлюються досить ліберальні правила. На продавця покладається обов'язок передати покупцеві товар в асортименті, погодженому сторонами (ч. 1 ст. 671 ЦК). Але у випадках, коли асортимент товару не встановлений, або не був визначений в порядку, встановленому договором, продавцеві надається право передати товар в асортименті, виходячи із потреб покупця, які були відомі продавцеві на момент укладення договору. Альтернативне право, яке при цьому надається продавцеві, полягає у відмові від договору. Тобто, договір вважається укладеним, незважаючи на непогодження асортименту, але його можна розірвати шляхом вчинення продавцем одностороннього правочину. Такі наслідки невстановлення в договорах номенклатури чи асортименту товарів, робіт, послуг належить застосовувати і щодо господарських договорів.

Ліберальна позиція законодавця виявлена також стосовно кількості продукції (робіт, послуг). Відповідно до ст. 669 ЦК вона може бути встановлена у договорі купівлі-продажу в одиницях виміру, що застосовуються до такого товару. Але допускається встановлення кількості товару в грошовому еквіваленті. Допускається встановлення в договорі купівлі-продажу лише порядку визначення кількості товару, яка повинна бути передана покупцеві.

Як істотну умову господарського договору ч. 3 ст. 180 ГК називає ціну. Цивільний кодекс по-іншому підходить до ціни. Частина 4 ст. 632 ЦК допускає, що у договорі ціна може бути не встановлена. Допускається навіть і таке, коли із умов договору ціна не може бути визначена взагалі. Тоді вона визначається виходячи із звичайних цін, що склалися на аналогічні товари, роботи або послуги на день укладення договору. І це правило законодавець проводить послідовно. Так, ст. 691 ЦК встановлює, як визначається ціна, якщо вона не погоджена в договорі купівлі-продажу. Частина 1 ст. 762 ЦК допускає, що в договорі найму не буде встановлено розмір плати за користування майном. В таких випадках він повинен визначатись з урахуванням споживчої якості речі та інших обставин, які мають істотне значення.

Частина 3 ст. 180 ГК істотною умовою договору є також визначення строку його дії. Це положення буде суттєво і негативно впливати на господарську

практику. Справа в тому, що зазвичай в господарських договорах визначається строк виконання зобов'язання або строк, впродовж якого його сторони мають певні права та обов'язки. Якщо такі строки встановлені, немає потреби у встановленні строку дії договору. Але ж тепер строк набув значення істотної умови господарського договору. Проте, із Цивільного кодексу (зокрема, із ч. 3 ст. 6 ЦК) впливає неприпустимість жорсткого формального підходу при визнанні неукладеним договором, в якому не визначено строк його дії.

Практика визначення законами істотних умов договорів дістала значного поширення. Істотні умови перелічуються в ст. 10 Закону «Про оренду державного і комунального майна» [61], ст. 6 Закону «Про фінансовий лізинг» [149], ст. 10 Закону «Про концесії» [96], ст. 8 Закону «Про угоди про розподіл продукції» [99], ст. 55 Закону «Про інститути спільного інвестування (пайові і корпоративні інвестиційні фонди)» [113], ст. 52, 61 Закону «Про автомобільний транспорт» [115] та в деяких інших законах. Спостерігається тенденція до визнання істотними дедалі ширшого кола умов договорів. З'явилися закони, в яких щодо окремих видів договорів істотними називаються шістнадцять (ст. 10 Закону «Про концесії»), тридцять чи навіть сорок (ст. 8 і 9 Закону «Про угоди про розподіл продукції») умов.

Друга група істотних умов договорів — це такі умови, що необхідні для договорів даного виду. Ця група включає два різновиди істотних умов. Одні з них необхідні для договорів даного виду в силу закону, хоча закон прямо і не називає їх істотними. Інші є необхідними, виходячи із суті договору і правовідносин (зобов'язань), що виникають на підставі договору. Ст. 136, 205 і 217 КТМ [12] установлюють «реквізити» рейсового чартеру, договорів щодо фрахтування та лізингу суден. При цьому вказується, що відповідні «реквізити» (умови) «повинні бути» зазначені в рейсовому чартері чи іншому договорі. Зі ст. 134 КТМ впливає, що коносамент є формою договору морського перевезення вантажу. «Реквізити» коносамента визначаються в ст. 138 КТМ. Ст. 16 Закону «Про страхування» [122] перелічує умови, які «повинен містити» договір страхування. Договори про перехід права власності на земельні ділянки повинні містити відомості (умови), зазначені в ч. 2 ст. 132 Земельного кодексу [16]. Відповідно до ст. 271 ГК договори поставки укладаються і виконуються відповідно до Положень про поставки. Тому юридичну чинність належить визнати за правилами п. 19 Положення про поставки продукції виробничо-технічного призначення [246] і п. 16 Положення про поставки товарів народного споживання [247], відповідно до яких у договорах повинні обов'язково визначатися перелічені в названих пунктах умови.

Законодавець вільний у вирішенні питання про істотні умови договорів. Тому він може визнати істотними й такі умови, що дуже далекі від змісту відповідних зобов'язань. Так, до договорів купівлі-продажу об'єктів приватизації повинні включатися (тобто для даного виду договорів є істотними) передбачені бізнес-планом або планом приватизації об'єкта зобов'язання або зобов'язання сторін, які були визначені умовами аукціону, конкурсу або викупу відносно, зокрема, технічного переоснащення виробництва, впровадження прогресивних технологій, збереження і раціонального використання робочих місць, додержання вимог антимонопольного законодавства, виконання встановлених мобілізацій-

них завдань тощо. Правда, строк дії цих зобов'язань (крім тих, що стосуються мобілізаційних завдань) не повинен перевищувати п'яти років (ст. 27 Закону «Про приватизацію державного майна» [75]). «Обов'язковою умовою» (щодо розглянутої тут проблематики цей строк слід тлумачити як «істотну умову») договорів про надання комунальних послуг є «забезпечення виконання зобов'язань відповідно до чинного законодавства України» (ст. 1 Закону «Про відповідальність суб'єктів підприємницької діяльності за несвоечасне внесення плати за спожиті комунальні послуги та утримання прибудинкових територій» [92]). Оскільки названим Законом диспозитивно передбачена неустойка за несвоечасні розрахунки за комунальні послуги у вигляді пені в розмірі одного відсотка простроченої суми платежу за кожний день прострочення, саме такий спосіб забезпечення слід включати до договорів.

Ч. 1 ст. 638 ЦК передбачає визначення істотних умов договорів лише законами. Очевидно, немає підстав заперечувати правомірність встановлення істотних умов підзаконними актами, коли законодавець прямо приписав відповідному державному органу затвердити відповідний акт. Так, приписується підзаконними актами затвердити Положення про поставки продукції виробничо-технічного призначення та поставки виробів народного споживання, а також Особливі умови поставки окремих видів товарів (ст. 271 ГК), передбачається прийняття Загальних умов договорів підядру (ст. 317 ГК), транспортних статутів (ст. 306 ГК). Звідси випливає і можливість встановлення підзаконними актами істотних умов відповідних договорів. Однак поза зв'язком з конкретним дорученням законодавця багато органів виконавчої влади та інші спеціальні органи широко практикували встановлення в прийнятих ними актах переліків істотних умов окремих видів договорів (див., напр., п. 8 Порядку надання робочих місць для проходження учнями, слухачами професійно-технічних навчальних закладів виробничого навчання і виробничої практики [190], п. 2 розділу 8 Положення про порядок приватизації майна радгоспів та інших державних сільськогосподарських підприємств, а також заснованих на їх базі орендних підприємств [223]; Правила Національної системи масових електронних платежів [238]; п. 3.5 Правил перевезень вантажів автомобільним транспортом в Україні [209]; п. 21 Положення про порядок організації та проведення міжнародних конкурсів (тендерів) на укладення контрактів на користування надрами [187]; п. 10.3 Правил перевезень пошти повітряними суднами [218]; п. 4, п. 11 Порядку укладення договорів страхування морських суден, що знаходяться в державній власності і передаються судновласниками у фрахт, оренду, лізинг [216]; Положення про операції банків з векселями в національній валюті на території України [232]; Положення про порядок здійснення банками України вкладних (деPOSITИВНИХ) операцій з юридичними і фізичними особами тощо [235]).

Нарешті, істотними визнаються і такі умови договорів, щодо яких за заявою хоча б однієї зі сторін має бути досягнуто згоди. Найвність у ст. 638 ЦК цього правила надало сенс практиці включення до договорів положення про те, що з моменту підписання договору втрачає будь-яке значення листування, що мало

місце, укладені раніше попередні договори і підписані угоди (протоколи) про наміри та ін.

В договорах нерідко зазначається на додатки до нього. Як і основний текст договору, додатки повинні бути підписані сторонами. Оскільки в договорі містяться посилання на додатки до нього, слід визнати, що сторони заявили про необхідність погодження відповідних умов, а самі ці умови набули характеру істотних умов договорів.

Оскільки щодо включених до підписаного договору умов можна стверджувати, що стосовно кожної з них хоча б одна зі сторін заявила про необхідність її погодження, слід зробити висновок про те, що в підписаному договорі всі умови є істотними. Це дає змогу стороні договору стверджувати, що без включення до договору кожної з умов, що у ньому містяться, договір не міг бути укладений. Це веде до граничного обмеження сфери застосування ст. 217 ЦК, яка допускає можливість визнання недійсною частини правочину. Недійсною з урахуванням викладеного може бути визнана лише та частина правочину, яка визнається недійсною (нікчемною) безпосередньо законом, оскільки закон не може не діяти через те, що про його зміст не знають учасники правочину, і на місце умови договору, яка є нікчемною в силу закону, стає відповідне положення закону.

Труднощі в застосуванні ст. 638 ЦК переважно будуть пов'язані з недостатньою ясністю її співвідношення зі ст. 218 ЦК. Практика рясніє прикладами, коли підписаний сторонами текст договору не містить всіх істотних умов. Проте сторони його в цілому чи частинами виконують. Згодом між сторонами виникає спір, в ході якого одна з них вимагає визнання договору неукладеним. Господарські суди такі вимоги не задовольняли і припиняли провадження у справах, вказуючи в мотивувальній частині судового рішення на те, що договір сторонами не був укладений, а предмет спору — відсутній. Основна помилка, яка при цьому робиться, полягає в тому, що ст. 153 Цивільного кодексу 1963 р. (їй відповідає ст. 640 Цивільного кодексу 2003 р.) застосовувалась без урахування ст. 46 Цивільного кодексу 1693 р. (їй відповідає ст. 218 Цивільного кодексу 2003 р.). Частина 1 ст. 640 ЦК вирішує питання тільки про момент, з якого договір повинен вважатися укладеним. Питання про форму, в якій має бути досягнута згода сторонами договору, вирішується ст. 205-208 і 639 ЦК. Зі ст. 218 ЦК випливає, що законодавець допускає вчинення правочинів, щодо яких встановлена письмова форма, без додержання цієї форми. Але в цьому випадку повинні бути надані письмові та інші допустимі докази вчинення правочину. Отже, за відсутності в тексті договору істотних умов сторони вправі доводити факт їх погодження письмовими доказами. Довести це цілком реально тоді, коли договір хоча б частково виконано, а також у деяких інших випадках.

Судова практика, переважно визнаючи договір, що не містить всіх істотних умов, недостатнім для виникнення зобов'язання, все ж допускає прийняття і протилежних рішень. Так, суд при розгляді конкретної справи відмовив у позові про визнання зобов'язання таким, що не виникло, хоча договір щодо фрахтування судна не містив відомостей про технічні та експлуатаційні дані судна (його вантажопідйомність, вантажомісткість, швидкість та ін.), як того

вимагає ст. 205 КТМ. Суд послався при цьому на те, що судно відповідно до договору було передане разом з усією документацією, яку повинне мати судно (ст. 35 КТМ), а в цій документації містяться вичерпні відомості, які характеризують технічні дані судна. В іншому випадку суд визнав неспроможними доводи сторони про те, що зобов'язання оренди не виникло у зв'язку з відсутністю в договорі умов, які стосуються поновлення орендованого майна (ця умова є істотною відповідно до ст. 10 Закону «Про оренду державного і комунального майна»), оскільки на відносини з приводу оренди поширюється дія положень законодавства, які вичерпно регулюють відносини з приводу поновлення орендованого нерухомого майна.

Відсутність у тексті договору істотної умови (однієї чи кількох) спричиняє недійсність відповідного договору лише в тих випадках, коли це встановлено законом. Так, ч. 2 ст. 15 Закону «Про оренду землі» передбачає, що відсутність у договорі оренди землі істотних умов, встановлених цією статтею, є підставою для визнання договору недійсним. Недійсність (нікчемність) обтяження (правочину щодо встановлення обтяження) у разі відсутності опису предмета обтяження, а також якщо існуючий опис не дозволяє ідентифікувати предмет обтяження, встановлена частиною першою ст. 7 Закону «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень» [147].

Судова практика, яка склалася до прийняття нового Цивільного кодексу, зміст багатьох статей цього Кодексу (ст. 632, 669, 671, 673, 762 ЦК) дають підстави для висновку не тільки про те, що факт укладення договору при відсутності в його тексті умов, які визнаються законом істотними, може доводитись відповідно до ст. 218 ЦК, а й про те, що часткове або повне виконання стороною договору за умови прийняття виконання другою стороною, є достатнім доказом його укладення. Це не спростовується стосовно господарських договорів ч. 8 ст. 181 ГК. Вона лише визнає договір неукладеним (таким, що не відбувся) у випадках, коли сторони не досягли згоди з усіх істотних умов господарського договору. У випадках, що розглядаються, згода з усіх істотних умов договору є досягнутою. Є лише порушення вимоги закону про форму правочину, яке спричиняє наслідки, встановлені ст. 218 ЦК (обмеження кола допустимих доказів).

Якщо з урахуванням ст. 218 ЦК договір між сторонами не можна вважати укладеним, здійснення дій на його виконання приводить до виникнення правовідносин, передбачених ст. 1212 ЦК. На це побічно вказується в ч. 8 ст. 181 ГК («... правові наслідки таких дій визначаються нормами Цивільного кодексу»). Проте, це не є перешкодою для доказування того, що хоч сторони і підписали текст, що не містив усіх істотних умов договору, погодження таких умов мало місце.

5. Форма договору. Форма договору повинна відповідати ст. 205—208 ЦК [19] та спеціальним положенням законів. Не порушуючи вимог законів, сторони вправі вибирати форму договору. Вибір форми договору полягає в досягненні сторонами домовленості про письмову форму чи письмову форму з нотаріальним посвідченням договору, якщо закон допускає укладення договору в усній формі, про письмову форму з нотаріальним посвідченням договору, якщо закон вимагає надання договору письмової форми.

Відповідно до ч. 1 ст. 207 ЦК договір може укладатись в письмовій формі шляхом підписання сторонами одного документа, декількох документів, шляхом обміну листами, телеграмами, обміну повідомленнями за допомогою телетайпного, електронного та іншого зв'язку. Ч. 1 ст. 181 ГК [20] називає спрощеним спосіб укладення господарських договорів шляхом обміну листами, факсограмами, телеграмами, телефонограмами тощо, а також шляхом підтвердження прийняття до виконання замовлення, якщо законом не встановлені спеціальні вимоги до форми та порядку укладення певних видів договорів. Зокрема, організаційно-господарські договори в спрощений спосіб укладатись не можуть (ст. 186 ГК). Стосовно договорів комерційної концесії встановлено, що вони є недійсними (нікчемними) у разі порушення вимоги про їх укладення у письмовій формі у вигляді єдиного документа (ч. 1 ст. 367 ГК).

Із ч. 1 ст. 638 ЦК випливає, що договір слід вважати укладеним з моменту, коли сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов. Ч. 2-4 ст. 639 ЦК конкретизують це положення стосовно випадків, коли сторони домовились укласти договір в формі, яка законом для даного виду договорів не вимагалася (сторони домовились про письмову форму договору, якщо закон допускає усну; сторони домовились про нотаріальне посвідчення договору, хоч законом воно не передбачене). В таких випадках договір вважається укладеним з моменту надання договору форми, про яку сторони домовились (з моменту письмового оформлення, підписання договору та скріплення підписів печаткою; з моменту нотаріального посвідчення договору).

6. Момент укладення договору. Загальне правило про момент, з якого договір вважається укладеним, випливає із ч. 1 ст. 638 ЦК [19]. Відповідно до цього правила договір вважається укладеним з моменту досягнення сторонами згоди з усіх істотних умов договору. Разом з тим ст. 640 ЦК та ч. 2 ст. 187 ГК [20] встановлюють особливості визначення моменту укладення договору в певних випадках.

Якщо момент направлення пропозиції про укладення договору і отримання відповіді на цю пропозицію розділені у часі, договір вважається укладеним з моменту одержання стороною, що запропонувала укласти договір, відповіді про прийняття цієї пропозиції. Це узгоджується з положенням про допустимість відкликання згоди на укладення договору (ч. 3 ст. 642 ЦК) та про місце укладення договору (ст. 647 ЦК).

Зі змісту ст. 638 ЦК можна зробити висновок про те, що всі цивільно-правові договори є консенсуальними, тобто вважаються укладеними з моменту досягнення в формі, що вимагається законом, згоди з усіх істотних умов. Зазначена стаття, однак, не виключає встановлення спеціальними положеннями законів конструкції реальних договорів, тобто договорів, що вважаються укладеними з моменту передання речі (за умови належного здійснення консенсуальної частини договору, тобто вираження волі на встановлення, зміну та припинення прав і обов'язків у формі, що вимагається законом). Загальне правило з цього приводу встановлюється ч. 2 ст. 640 ЦК, яка легалізує правову конструкцію реального договору.

Формулювання Цивільного кодексу та інших законів, що пов'язують момент укладення окремих видів договорів з моментом передавання речі або вчинення іншої дії, схожі з формулюваннями законів, які не встановлюють щодо цього будь-яких винятків із загального правила ст. 638 ЦК. Але вони не тотожні. Так, якщо стосовно, наприклад, договору поставки (який визнається укладеним з моменту досягнення сторонами згоди з усіх істотних умов у формі, що вимагається законом) щодо цього не встановлюються будь-які особливості, то в його визначенні вказується на те, що постачальник «зобов'язується передати» товар. У визначеннях реальних договорів, що передбачають для їх укладення передавання речі, зазначається «передає».

Беручи до уваги викладене, з моменту передавання речі вважаються або можуть вважатись укладеними такі договори: 1) купівлі-продажу (через формулювання «продавець «передає...», що міститься у ст. 655 ЦК поряд з формулюванням «зобов'язується передати»); 2) дарування (через формулювання — дарувальник «передає... майно» — ч. 1 ст. 717 ЦК) у відповідних випадках; 3) договір зберігання (через формулювання «одна сторона (зберігач) зобов'язується зберігати річ, яка передана» — ч. 1 ст. 936 ЦК. Аналогічним є формулювання ч. 1 ст. 957 ЦК стосовно договору складського зберігання); 4) договір ренти (через формулювання «одна сторона (одержувач ренти) передає...» — ч. 1 ст. 731 ЦК); 5) договір довічного утримання, догляду (через формулювання «одна сторона (відчужувач) передає...» — ст. 744 ЦК); 6) договір управління майном (через формулювання «одна сторона (установник управління) передає...» — ст. 1029 ЦК); 7) договір позики (через формулювання «одна сторона (позикодавець) передає...» — ст. 1046 ЦК); 8) договір банківського вкладу (через формулювання «одна сторона (банк), що прийняла...» — ч. 1 ст. 1058 ЦК); 9) договір факторингу (через формулювання «одна сторона (фактор) передає...» — ч. 1 ст. 1077 ЦК) у відповідних випадках. Разом з тим, Цивільний кодекс допускає можливість визнання сторонами на свій розсуд деяких видів договорів як реальних або консенсуальних. Це стосується договорів купівлі-продажу, дарування, зберігання, факторингу.

Ознаки реального договору є в договорі перевезення, оскільки він визначається як такий, за яким перевізник зобов'язується доставити «довірений» йому відправником вантаж (частина перша ст. 909 ЦК). Сформулювати конструкцію договору перевезення як реального законодавцю вдалося завдяки тому, що він розділив відносини між транспортною організацією (особою, що надає послуги з перевезення) і відправником вантажу на дві частини: 1) перша з них дістала назву зобов'язань, що виникають на підставі довгострокових договорів перевезень. До змісту цих зобов'язань включаються зобов'язання перевізника подати транспортні засоби під навантаження й зобов'язання відправника вантажу пред'явити вантаж для перевезення; 2) друга частина складає власне зобов'язання з перевезення, що виникає з того моменту, як вантаж «довірений» перевізнику.

Поняття набрання договором чинності вживається тільки в ч. 2 ст. 631 ЦК. Спеціальні закони, за загальним правилом, також не використовують це поняття. Водночас, стали з'являтися винятки з цього правила. Ст. 983 ЦК і частина третя ст. 18 Закону «Про страхування» [122] встановлюють, що договір страхування

набирає чинності з моменту внесення першого страхового платежу (це правило є диспозитивним). Очевидно, мається на увазі, що договір страхування є укладеним з моменту його підписання, а страхове зобов'язання страховика перед страхувальником виникає із зазначеного моменту набрання договором чинності. Визначення початку дії зобов'язання страхування вказівкою на момент внесення першого страхового платежу має тлумачитись з урахуванням правила визначення початку перебігу строків, встановленого ст. 253 ЦК. Строк дії договору страхування повинен встановлюватись в днях, місяцях або роках. Застосування для цього інших одиниць часу неможливе, оскільки це не передбачено законом і не впливає із суті зобов'язання страхування. Якщо строк обчислюється лише в зазначених одиницях, він підлягає обчисленню «з дня, наступного після того дня, з якого починається строк», тобто з нуля годин доби, яка йде після того дня, в який страхувальник вніс перший страховий платіж. З цього моменту настання страхового випадку спричиняє виникнення обов'язку страховика виплатити страхове відшкодування (страхову суму).

Договір автомобільного перевезення пасажирів вважається укладеним з моменту придбання пасажиром квитка на право проїзду (тобто укладення договору є неможливим, поки не внесена плата за проїзд) і лише в окремих випадках він визнається укладеним з моменту посадки в автобус (ст. 52 Закону «Про автомобільний транспорт» [115]). Водночас встановлено, що договір перевезення пасажирів набирає чинності з моменту посадки пасажирів в автомобільний транспорт і діє до моменту висадки у пункті призначення.

Розмежування в законі понять укладення договору і набрання ним чинності стало наслідком того, що в науці і законодавстві не приділяється уваги проблемі генези зобов'язання та прав і обов'язків сторін, що складають його зміст. Але деякі зі стадій розвитку зобов'язання не можна не помітити. Одну з них виділили вказівкою на момент набрання договором автомобільного перевезення чинності.

Якщо договір в силу закону або відповідно до згоди сторін підлягає нотаріальному посвідченню, він вважається укладеним з моменту його нотаріального посвідчення. Договір, який підлягає державній реєстрації, вважається укладеним з моменту його державної реєстрації.

Ч. 2 ст. 187 ГК визначає момент укладення договору стосовно випадків, коли господарським судом вирішувався переддоговірний спір. В цьому випадку договір вважається укладеним з дня набрання чинності рішенням суду у справі щодо переддоговірного спору, якщо рішенням суду не визначено інше.

7. Реєстрація договорів. Реєстрацію договорів слід відрізнити від реєстрації окремих видів майна, від реєстрації прав власності на окремі види об'єктів. Реєстрація (державна реєстрація) майна або прав на нього не впливає на визначення моменту, з якого договір вважається укладеним. Так, у Державному реєстрі джерел іонізуючого випромінювання реєструються джерела іонізуючого випромінювання (Положення про Державний реєстр джерел іонізуючого випромінювання і порядок оплати послуг з їх реєстрації [182]). Державній реєстрації підлягають трактори, самохідні шасі, самохідні сільськогосподарські, дорожньо-будівельні і меліоративні машини, тракторні причепа (Правила

державної реєстрації та обліку тракторів, самохідних шасі, самохідних сільсько-господарських, дорожньо-будівельних і меліоративних машин, тракторних причепів [222]), автомобілі, автобуси та інші подібні транспортні засоби (Правила державної реєстрації та обліку автомобілів, автобусів, а також самохідних машин, сконструйованих на шасі автомобілів, мотоциклів усіх типів, марок і моделей, причепів, напівпричепів та мотоколясок [188]). Придбана громадянами вогнепальна гладкоствольна, нарізна, комбінована мисливська зброя, пневматична і холодна зброя підлягає реєстрації в органах внутрішніх справ за місцем проживання власника з одержанням дозволу на зберігання, носіння (п. 12.4 Інструкції про порядок виготовлення, придбання, зберігання, обліку, перевезення та використання вогнепальної, пневматичної і холодної зброї, пристроїв вітчизняного виробництва для відстрілу патронів, споряджених гумовими чи аналогічними за своїми властивостями металевими снарядами не смертельної дії, та зазначених патронів, а також боеприпасів до зброї та вибухових матеріалів [214]). Це — далеко не вичерпні правила про реєстрацію окремих видів майна. Реєстрація майна в перелічених та інших випадках не впливає на момент укладення договору про відчуження та придбання такого майна, оскільки це не є реєстрацією відповідних договорів.

Реєстрації шляхом внесення до Державного реєстру підлягають повітряні судна (ст. 25 Повітряного кодексу [10]). Морські торговельні судна підлягають реєстрації у Державному судновому реєстрі України; судна, що не підлягають реєстрації у зазначеному Реєстрі, реєструються у Судновій книзі України (ст. 26 КТМ [12]). Але відповідно до ч. 1 ст. 181 ЦК [19] державній реєстрації підлягають права на повітряні та морські судна, судна внутрішнього плавання. Державній реєстрації підлягають також права на нерухомість (ст. 182 ЦК) відповідно до правил, встановлених Законом «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» [152]. Реєстрації у відповідних державних реєстрах підлягають іпотека (ст. 4 Закону «Про іпотеку» [137]) і обтяження (ст. 11—13 Закону «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень» [147]). Але навіть тоді, коли стосовно певних видів договорів та певних видів майна передбачається державна реєстрація і договорів, що стосуються цього майна, і прав на це майно (відповідних правових явищ — іпотеки, обтяження), — це різні види реєстрації.

Зазвичай договори підлягають державній реєстрації відповідно до Тимчасового порядку державної реєстрації правочинів [199]. Це стосується:

- а) договорів купівлі-продажу земельної ділянки, єдиного майнового комплексу, житлового будинку (квартири), іншого нерухомого майна (ст. 657 ЦК);
- б) договорів про передання майна під виплату ренти (ст. 732 ЦК);
- в) договорів довільного утримання (догляду), за якими набувачеві у власність передається нерухоме майно (ст. 745 ЦК);
- г) договорів найму будівлі або іншої капітальної споруди (їх окремої частини), укладений на строк не менше одного року (ст. 794 ЦК);
- д) договорів управління нерухомим майном (ст. 1118 ЦК).

Договори про перехід права власності на земельні ділянки вважаються укладеними з дня їх нотаріального посвідчення (ч. 3 ст. 132 Земельного кодексу

[16]). Державна реєстрація такого роду договорів не передбачена, оскільки державній реєстрації відповідно до ч. 1 ст. 125 Земельного кодексу підлягає документ, що засвідчує право власності на землю. Таким документом є державний акт, форма якого встановлюється Кабінетом Міністрів (ч. 1 ст. 126 Земельного кодексу). Дані обліку земельних ділянок у Державному земельному кадастрі та кадастровий номер об'єкта нерухомості є основною для формування Державного реєстру прав на нерухоме майно та їх обмежень (ч. 2 ст. 4 Закону «Про державну реєстрацію прав на нерухоме майно та їх обмежень»). Щодо договорів оренди землі передбачена їх реєстрація (ч. 2 ст. 126 Земельного кодексу). Закон «Про оренду землі» [144] називає реєстрацію договорів оренди землі державною (ст. 20) і поширює її обов'язковість на договори суборенди землі (частина п'ята ст. 8). Договір оренди землі набуває чинності після його державної реєстрації (ч. 2 ст. 125 ЗК; ст. 18 Закону «Про оренду землі»). Державна реєстрація договорів оренди є офіційним визнанням і підтвердженням державою факту виникнення права оренди земельних ділянок (п. 2 Порядку державної реєстрації договорів оренди землі [189]). Але реєстрація договорів оренди землі має інше юридичне значення, ніж це передбачено ч. 3 ст. 640 ЦК. За моментом державної реєстрації ч. 3 ст. 640 ЦК приписує визначати момент укладення договору. Момент, з якого вважається укладеним договір оренди землі, має визначатись відповідно до ч. 1 ст. 638 ЦК. З моменту державної реєстрації договір оренди землі «набирає чинності» (ст. 18 Закону «Про оренду землі»).

Ст. 2 Указу Президента України «Про захист прав власників земельних часток (паїв)» [166] передбачає державну реєстрацію договорів купівлі-продажу, дарування, міни права на земельну частку (пай). Оскільки чинність цього Указу не ставиться під сумнів, за державною реєстрацією договорів, предметом яких є земельна ділянка (пай), слід визнати те значення, яке надається ч. 3 ст. 640 ЦК державній реєстрації будь-яких договорів, стосовно яких це встановлено.

Ч. 2 ст. 1118 ЦК передбачає державну реєстрацію договорів комерційної концесії органом, який здійснив державну реєстрацію правоволодільця. Якщо правоволодільць зареєстрований в іноземній державі, державна реєстрація договору комерційної концесії здійснюється органом, який здійснив державну реєстрацію користувача. Юридичне значення державної реєстрації договорів комерційної концесії визначається на підставі ч. 4 ст. 1118 ЦК: сторони договору комерційної концесії у відносинах з третіми особами вправі посилатись на такий договір тільки з моменту його державної реєстрації. Звідси належить зробити висновок про те, що момент укладення договору комерційної концесії визначається за загальним правилом ч. 1 ст. 638 ЦК, однак для третіх осіб він набуває юридичного значення з моменту державної реєстрації.

Закони про охорону прав на окремі об'єкти інтелектуальної власності відмовились від правової конструкції, відповідно до якої договори про розпорядження правами інтелектуальної власності підлягали реєстрації, а чинності стосовно третіх осіб набували після офіційної публікації про реєстрацію таких договорів. Лише ст. 40 Закону «Про охорону прав на сорти рослин» [128] визнає ліцензійні договори та договори про передання виключного права власника сорту дійсними, якщо вони укладені в письмовій формі і підписані сторонами,

але стосовно третіх осіб такі договори визнаються дійсними з дати публікації відомостей про це в офіційному виданні, яка здійснюється на підставі занесення відповідних відомостей до Реєстру патентів. Слід вважати, що це правило зберегло чинність і після введення в дію нового Цивільного кодексу. Його реалізація здійснюється відповідно до Інструкції про реєстрацію договору про передачу права на сорт і договору про передачу права на використання сорту [234].

Стосовно інших об'єктів інтелектуальної власності ч. 1 ст. 1114 ЦК формулює загальне правило про те, що як ліцензійні договори (ст. 1109 ЦК), так і договори про передання виключних прав інтелектуальної власності (ст. 1113 ЦК), обов'язковій реєстрації не підлягають, але можуть реєструватись «на вимогу ліцензіара або ліцензіата» (так в тексті, хоч сторони договору про передання прав, яке розуміється в ст. 1113 ЦК як відчуження, так не називаються). Спеціально підкреслюється, що ліцензіат вправі захищати свої права, отримані за договором, у суді.

Разом з тим, стосовно всіх прав інтелектуальної власності, що є чинними після їх державної реєстрації (а це всі права промислової власності, крім прав на наукове відкриття, на раціоналізаторську пропозицію, прав на комерційне найменування, права на комерційну таємницю) ч. 2 ст. 1114 ЦК встановлює, що «факт» їх передання (відповідно до ст. 1113 ЦК передання слід тлумачити як відчуження) підлягає державній реєстрації. Державна реєстрація «факту» передання виключних майнових прав інтелектуальної власності не може тлумачитись як державна реєстрація відповідних договорів. Відповідно до цього договори про передання майнових прав інтелектуальної власності, на які поширюється ч. 2 ст. 1114 ЦК, слід вважати укладеними з моменту, що визнається відповідно до ч. 1 ст. 638 ЦК.

У випадках, коли в концесію передаються об'єкти права державної власності, концесійні договори підлягають реєстрації у Фонді державного майна (ст. 14 Закону «Про концесії» [96]; Положення про реєстр концесійних договорів). Ця реєстрація не спричиняє будь-яких цивільно-правових наслідків.

Закон «Про угоди про розподіл продукції» [99] передбачає реєстрацію проектів таких угод (ч. 1 ст. 11), а також реєстрацію укладених угод (ст. 15). Реєстрація здійснюється Міжвідомчою комісією, що створюється Кабінетом Міністрів (ч. 1 ст. 5 названого Закону) і діє відповідно до Положення про Міжвідомчу комісію з організації укладення та виконання угод про розподіл продукції [192]. Реєстрація угоди про розподіл продукції не впливає на її юридичну чинність. Але пропонується, щоб Міжвідомча комісія перевіряла повноваження сторін на підписання угоди, а потім проводила реєстрацію (п. 11 Порядку реєстрації проектів угоди про розподіл продукції та державної реєстрації угоди про розподіл продукції). За результатами перевірки повноважень сторін не виключається постановка питання про недійсність відповідної угоди.

Указом Президента України «Про врегулювання порядку одержання резидентами кредитів, позик в іноземній валюті від нерезидентів та застосування штрафних санкцій за порушення валютного законодавства» [167] встановлено, що договори, які передбачають виконання резидентами боргових зобов'язань перед нерезидентами за отриманими у них кредитами і позиками, підлягають

реєстрації у Національному банку України. Така реєстрація не має цивільно-правового значення, але уповноваженим банкам пропонується обслуговувати операції за зазначеними договорами лише на підставі реєстраційних свідоцтв, які видаються після реєстрації договорів відповідно до Положення про порядок реєстрації договорів, які передбачають виконання резидентами боргових зобов'язань перед нерезидентами за залученими від нерезидентів кредитами, позиками в іноземній валюті. Одержання кредитів, позик від нерезидентів без реєстрації договорів спричиняє застосування фінансових санкцій з подальшою обов'язковою реєстрацією зазначених договорів.

Указом Президента України «Про облік окремих видів зовнішньоекономічних договорів (контрактів) в Україні» встановлені окремі види договорів, що підлягають реєстрації (обліку) у Міністерстві економіки. Така реєстрація не впливає на дійсність відповідних договорів (контрактів), але відсутність картки обліку-реєстрації перешкоджає митному оформленню товарів, що експортуються (реекспортуються).

Ст. 24 Закону «Про режим іноземного інвестування» [66] передбачає реєстрацію договорів резидентів з іноземними інвесторами про спільну інвестиційну діяльність (виробничу кооперацію, спільне виробництво та ін.). Така реєстрація здійснюється відповідно до Положення про порядок державної реєстрації договорів (контрактів) про спільну інвестиційну діяльність за участю іноземного інвестора [180]. Вона не має цивільно-правового значення, але дає іноземному інвестору пільги по сплаті мита при ввезенні з метою інвестування відповідного майна.

Договори, укладені на товарних біржах, повинні подаватися на реєстрацію і реєструватися не пізніше наступного дня після їх укладення. Вони вважаються укладеними лише з моменту їх реєстрації на біржі (ст. 13 Закону «Про товарну біржу» [34]). До реєстрації договір вважається неукладеним, а зобов'язання на підставі неукладеного договору не виникає, хоч ця реєстрація і не підпадає під дію ч. 3 ст. 640 ЦК.

Договори про переробку винограду, плодів та ягід на виноматеріали на давальницьких умовах підлягають реєстрації в органах Мінагропрому (якщо виконавцем (підрядником) є підприємство, що входить до системи цього Міністерства), в Укоопспілці (якщо виконавцем є підприємство цієї системи), в органі, уповноваженому Радою Міністрів Автономної Республіки Крим, в обласних, Київській і Севастопольській державних адміністраціях (якщо виконавцями є інші підприємства). Це передбачено п. 4 Порядку переробки винограду, плодів та ягід на виноматеріали на давальницьких умовах [184]. Ця реєстрація також не має цивільно-правового значення.

Реєстрації в Інспекціях заготівель і якості сільськогосподарської продукції підлягають Державні контракти на закупівлю сільськогосподарської продукції до центральних і регіональних фондів (лист Головної державної податкової інспекції та Міністерства сільського господарства і продовольства від 20 вересня 1996 р.). Ця реєстрація носить внутрішньовідомчий характер і не тягне будь-яких цивільно-правових наслідків.

8. Процедура укладення договору. В ч. 1 ст. 641 ЦК [19] формулюється загальне правило, відповідно до якого пропозицію укласти договір (оферту) може зробити кожна із сторін майбутнього договору. Таке ж правило сформульоване в ч. 2 ст. 181 ГК [20]. Лише стосовно договору про іпотечний кредит та іпотечного договору спеціальним правилом встановлено, що умови договору розробляє кредитор (ч. 2 ст. 2 Закону «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом і іпотечні сертифікати» [139]).

Пропозиція укласти договір має містити всі істотні умови договору і виражати намір особи, яка її зробила, вважати себе зобов'язаною у разі її прийняття. Намір оферента вважати себе зв'язаним договором у разі прийняття пропозиції акцептантом не обов'язково має виражатися прямо. Він може випливати зі змісту проекту договору, належним чином підписаного оферентом і у відповідних випадках скріпленого печаткою, зі змісту супровідного листа. Та й сам по собі підписаний і скріплений печаткою оферента проект договору цілком припустимо тлумачити як оферту, якщо тільки зі змісту проекту договору і супровідного листа, до якого додано проект договору, не випливає інше.

Оферта повинна бути оформлена відповідно до вимог ст. 207 ЦК, що стосуються форми договору (у частині, що стосується оферента). Якщо для підписання направляється проект договору, він направляється із супровідним листом, наявність якого, однак, не є юридично обов'язковою (супровідний лист — елемент ділової етики). Проект договору, який направляється як оферта, повинен бути підписаний оферентом (у відповідних випадках — скріплений печаткою). Лист — пропозиція укласти договір — може бути визнаний офертою, якщо він підписаний фізичною особою, від якої виходить пропозиція, чи особою, що має статус органу юридичної особи. В останньому випадку необхідне прикладення печатки. Печатка при цьому є доказом дійсності підпису. У судовій практиці зустрічаються випадки, коли оспорюється дійсність підпису. За відсутності печатки і за наявності висновку експертизи про те, що підпис не належить органу юридичної особи (фізичній особі-стороні договору) договір є неукладеним, оскільки відсутнє вираження волі (ст. 202 ЦК) або воля виражена неналежною особою (ст. 92 ЦК). Але і за наявності печатки, якщо буде доведено, що підпис не належить органу юридичної особи, договір є недійсним, тому що від імені юридичної особи договори вправі укладати лише його органи або інші особи на підставі довіреності (ст. 92, 244 ЦК). Звичайно, сторона, яка одержала договір з підписом, що належить відповідно до вказівки в договорі органу юридичної особи, і печаткою, буде доводити, що несправедливо за таких умов визнавати договір недійсним, що вона (ця сторона) не мала можливості перевірити дійсність підпису. Однак вітчизняне законодавство не передбачає вирішення цивільно-правових спорів безпосередньо на підставі принципу справедливості. А на підставі закону не може вважатися дійсним договір, хоча б і скріплений печаткою, якщо він підписаний суб'єктами, які не мають статусу органу юридичної особи. З цього приводу автори рекомендують перевіряти правоздатність контрагента за договором і наявність у фізичної особи, яка діє від імені юридичної особи, повноваження його органу. Крім того, слід враховувати, що суб'єкт не позбавлений права вимагати відшкодування збитків, заподіяних

діями сторони, яка умисно або через необережність ввела в оману суб'єкта, що сприйняв наявність печатки як підтвердження дійсності підпису на договорі або на його проекті посадової особи, яка має статус органу юридичної особи.

Склалась господарська практика, яка взагалі ігнорує проблему ідентифікації сторін договору. Лише банки виявляють з цього приводу належну пильність, оскільки відповідні вимоги ставляться нормативно-правовими актами Національного банку України. В частині третій ст. 2 Закону «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати» прямо закріплюється право кредитодавця запроваджувати додаткові процедури щодо встановлення платоспроможності та ідентифікації боржника. В інших випадках панує уявлення, що особа, яка передбачає укладення договору, взагалі не зобов'язана ідентифікувати контрагента за майбутнім договором. Судовими рішеннями ця позиція інколи підтримується. І навіть вважається можливим звільнити юридичну особу від несприятливих податкових наслідків виконання договорів, в яких іншою стороною виступають невідомі фізичні особи, що прикриваються підробленими установчими та іншими документами неіснуючої юридичної особи, оскільки юридична особа «не може нести відповідальність за відсутності вини». З введенням в дію Закону «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців» [133] державу слід вважати такою, що в основному виконала свій обов'язок створити умови для перевірки контрагентів за договорами. Решта турботи щодо ідентифікації суб'єктів цивільного права лягає на учасників цивільного обороту.

Необхідність ідентифікації особи, що направила на адресу іншої сторони проект договору, вкрай обмежує можливість ініціювання фізичною особою укладення договору в такий спосіб. Правда, можливе направлення пропозиції укласти договір телеграмою з засвідченням справжності підпису оператором підприємства зв'язку.

Стосовно господарських договорів встановлено, що у випадках, коли проект договору викладено як єдиний документ, він надається іншій стороні в двох примірниках. Проекти договорів повинні містити всі умови, що є істотними для відповідного виду договорів, інші умови, необхідні для забезпечення інтересів сторін. Умови договорів повинні викладатися таким чином, щоб виключити можливість їх неоднозначного тлумачення. Цьому сприяє не тільки відпрацьованість формулювань, але і структура договору. Дуже невдалим є виділення в тексті договорів таких їх частин, які озаглавлюються, наприклад, «Права та обов'язки сторін». Набагато доцільніше виділити частини, присвячені обов'язкам однієї сторони, обов'язкам другої сторони, правам кожної зі сторін. Повторень, обумовлених, наприклад, тим, що обов'язком однієї сторони завжди кореспондують права другої, доцільно уникати, але не на шкоду точності змісту договору. У договорах раціональнішим було б насамперед визначення обов'язків сторін. Права, що кореспондують їм, найчастіше перелічувати нема рації. Однак в окремих випадках зміст договору зручніше виразити вказівкою на права. Так, у договорах підряду вказується на право замовника контролювати виконання робіт, а не на обов'язок підрядника не перешкоджати здійсненню замовником такого контролю.

Структура договору може бути побудована шляхом виокремлення його частин за суто юридичними критеріями (предмет договору, обов'язки однієї сторони, права цієї ж сторони, обов'язки другої сторони, права цієї ж сторони, відповідальність сторін, дія договору, інші умови). Допускається побудова структури договору за змістовним критерієм. У такому випадку в договорі, наприклад, поставки будуть виокремлюватися за такими розділами: предмет договору, якість товарів, що підлягають поставці, кількість товарів і строки поставки, порядок доставки (відвантаження), ціна і порядок розрахунків, порядок приймання товарів та ін. У господарській практиці не прийнято вказувати в договорах прописом дату їх підписання (направлення другій стороні), розмір грошових сум, що підлягають сплаті за договором. Таку практику слід було б змінити на протилежну.

Судова практика поки що ліберальна щодо випадків, коли договір підписується лише на останньому аркуші. Як докази такі договори звичайно в судах приймаються. Проте все частіше почали зустрічатися випадки, коли зміст попередніх (непідписаних) аркушів договору оспорується однією зі сторін. Враховуючи це, рекомендується або підписувати всі аркуші договору (в кінці тексту, викладеного на кожному аркуші), або прошивати аркуші таким чином, щоб виключалася їх підміна.

В ч. 2 ст. 641 ЦК вперше в національному законодавстві чітко вирішується питання про значення реклами в процесі укладення договору. Зазвичай вона значення оферти не має. Однак рекламодавець не позбавлений права вказати в рекламі або інших пропозиціях, що реклама або пропозиції мають силу оферти.

Оферта може бути відкликана тільки до моменту або в момент одержання її адресатом. Після цього оферта може бути відкликана тільки за наявності згоди акцептанта.

Акцепт як юридичний факт має подвійну правову природу. Він є самостійним юридичним фактом, що тягне за собою певні цивільно-правові наслідки. Крім того, акцепт є виявом волі на укладення договору — частиною складного юридичного факту — договору, який є підставою відповідних зобов'язань.

Згода на пропозицію укласти договір має бути повною (приймаються всі умови оферти) і беззастережною. Прийняття пропозиції з виключенням із неї певних умов або із застереженням щодо певних умов кваліфікується як відмова від пропозиції та нова пропозиція (ст. 646 ЦК).

Як би не була оформлена оферта (проект договору в двох примірниках, лист, телеграма, телефонограма тощо), акцепт може бути здійснено в межах строку для відповіді конклюдентними діями — вчиненням дій на виконання договору на запропонованих умовах (відвантаженням товару, наданням послуги, виконанням роботи, сплатою грошової суми). При здійсненні таких дій треба дуже уважно перевіряти оферту на предмет наявності в ній усіх істотних умов. Якщо оферта не містить всіх істотних умов, виконання договору у відповідь на оферту може бути визнаним безпідставним і затягувати спір з приводу повернення виконання (стягнення безпідставно набутого або збереженого).

Акцепт може бути відкликаний відповідно до правил, що є аналогічними правилами відкликання оферти: це допускається до одержання або в момент одержання акцепту стороною, яка зробила пропозицію укласти договір.

9. Вирішення переддоговірних спорів. Відповідно до ч. 1 ст. 649 ЦК [19] судом вирішуються переддоговірні спори, якщо договір укладається на підставі обов'язкового для сторін (сторони) акта державного органу, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування. В інших випадках переддоговірні спори вирішуються судом, якщо це передбачено законом або домовленістю сторін. Відповідно до ч. 1 ст. 187 ГК [20] судом вирішуються спори, що виникають при укладенні господарських договорів, якщо їх укладення є обов'язковим для обох або однієї сторони договору, зокрема, якщо виконавець за договором в установленому законом порядку визнаний монополістом на певному ринку товарів, робіт, послуг (ч. 7 ст. 181 ГК).

Можливості встановлення домовленості сторін умови про вирішення судом переддоговірного спору не обмежуються. Така домовленість може бути включена до змісту попереднього договору. Вона може бути досягнута на будь-якій стадії укладення договору.

Механізм вирішення розбіжностей, що виникають при укладенні договорів, та передавання переддоговірних спорів на вирішення суду встановлений ст. 181 ГК стосовно господарських договорів. Цивільний кодекс такого не встановлює. Оскільки розбіжності, які виникають при укладенні договорів, необхідно в певний спосіб зафіксувати, доцільно було б і при укладенні договорів, на які не поширюється чинність Господарського кодексу, використовувати відповідні положення Господарського кодексу.

Відповідно до ч. 4 ст. 181 ГК за наявності заперечень щодо окремих умов договору сторона, яка одержала проект договору, складає протокол розбіжностей. Про його складення робиться застереження в тексті проекту договору. Проект договору підписується стороною, яка його одержала, і надсилається іншій стороні разом з двома підписаними нею примірниками протоколу розбіжностей. Строк для надіслання підписаного договору з двома примірниками протоколу розбіжностей — двадцять днів. Порушення цього строку дає право стороні, яка надіслала проект договору, вимагати спонукання іншої сторони до укладення договору, якщо на цю сторону покладається обов'язок укласти договір. В інших випадках порушення зазначеного строку означає, що підписаний проект договору разом з двома примірниками протоколу розбіжностей є новою пропозицією укласти договір (офертою).

На сторону, яка одержала протокол розбіжностей, ч. 5 ст. 181 ГК покладає обов'язки в двадцятиденний строк розглянути протокол розбіжностей, вжити заходів до врегулювання розбіжностей з іншою стороною та включити до договору всі прийняті пропозиції. Вжиття заходів до врегулювання розбіжностей зазвичай оформляється шляхом підписання протоколу розбіжностей з застереженням «з протоколом погодження розбіжностей» та надіслання стороні, що склала протокол розбіжностей, одного примірника підписаного протокола розбіжностей та двох примірників підписаного протоколу погодження розбіжностей. Якщо у двадцятиденний строк після одержання протоколу

розбіжностей ці розбіжності не вдалося врегулювати, спір в цей же строк передається на вирішення суду у двох випадках: 1) якщо укладення договору є обов'язковим для сторін в силу закону; 2) якщо є згода обох сторін на передання спору на вирішення суду. В решті випадків вплив зазначеного двадцятиденного строку означає, що договір не укладено, а сторони мають право в будь-який час продовжити погодження умов договору або почати укласти його спочатку.

У разі прострочення передання на вирішення суду переддоговірного спору, що виник при укладенні договору, якщо його укладення в силу закону є обов'язковим, пропозиції, викладені в протоколі розбіжностей, вважаються прийнятими (ч. 7 ст. 181 ГК).

10. Укладення договорів на біржах, аукціонах, конкурсах. Ст. 650 ЦК [19] передбачає встановлення порядку укладення договорів на біржах, аукціонах і конкурсах актами цивільного законодавства. Інші положення Цивільного кодексу також не встановлюють такого порядку (особливостей). Ст. 185 ГК [20] передбачає укладення господарських договорів на біржах, оптових ярмарках, публічних торгах відповідно до загальних правил укладання договорів на основі вільного волевиявлення з урахуванням нормативно-правових актів, якими регулюється діяльність відповідних бірж, ярмарків та публічних торгів. Стосовно укладення договорів на ярмарках слід відзначити, що договори в таких випадках укладаються відповідно до загальних правил. Нормативно-правові акти радянської доби, які встановлювали особливості укладення договорів та вирішення спорів, що виникають при укладенні договорів на ярмарках, втратили чинність.

На цей час склався значний нормативний масив, присвячений укладенню договорів на біржах, аукціонах, в порядку проведення конкурсів тощо.

Порядок укладення договорів на товарних біржах («здійснення та реєстрації біржових операцій») визначається правилами біржової торгівлі, що затверджуються загальними зборами членів товарної біржі або уповноваженим зборами органом товарної біржі (ст. 17 Закону «Про товарну біржу» [34]). Лише щодо сільськогосподарської продукції спільним наказом декількох міністерств затверджені Типові правила біржової торгівлі сільськогосподарською продукцією» [202]. Ці Типові правила затверджені відповідно до доручення, даного відповідним міністерствам Кабінетом Міністрів у п. 3 постанови «Про прискорення організації біржового сільськогосподарського ринку» [178].

На товарних біржах здійснюються операції з реальними товарами (спотові та форвардні угоди) і з товарними деривативами (ф'ючерсні та опціонні угоди). За спотовими угодами провадиться строкове (протягом строку від одного до тридцяти днів) передання прав і обов'язків та їх реалізація (виконання). За форвардними контрактами передання прав і обов'язків та їх реалізація (виконання) провадиться протягом строку від 30 до 360 днів.

Ф'ючерсні контракти та опціонні контракти (опціони) відносяться до категорії похідних цінних паперів (ст. 1 Закону «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні» [71]) — деривативів. Правила випуску та обігу фондових деривативів [208] (вони поширюються і на деривативи, базовим активом яких є товари) затверджені Державною комісією з цінних паперів та

фондового ринку. Ф'ючерсний контракт — це стандартний документ, що засвідчує зобов'язання придбати (продати) товари у визначений час і на певних умовах у майбутньому з фіксацією ціни на момент виконання зобов'язання сторонами контракту. Відмова від виконання ф'ючерсного контракту можлива лише за згодою другої сторони або у випадках, встановлених цивільним законодавством. Однак набувачеві ф'ючерсного контракту надається право продати його іншим особам без згоди того суб'єкта, в якого набувач ф'ючерсний контракт купив.

Опціон — це стандартний документ, що засвідчує право (але не обов'язок) придбати товари на певних умовах у майбутньому з фіксацією ціни на час укладення опціону або на час передання товару за рішенням сторін контракту. Перший продавець опціону (емітент) несе безумовне і безвідкличне зобов'язання продажу товару на умовах, передбачених опціоном. Покупець опціону вправі в будь-який час відмовитися від придбання товарів відповідно до опціону. Він також має необмежене право на відчуження опціону протягом строку його дії. Відповідальність за невиконання чи неналежне виконання опціону несе тільки емітент опціону.

На підставі результатів біржових торгів підписується біржовий договір. Форма і зміст біржових договорів затверджуються біржею. Відповідно до цих форми та змісту складається біржовий договір, який підписують від імені членів біржі біржові брокери, які діють в інтересах третіх осіб, та уповноважена особа біржі. Біржовий договір складається в трьох примірниках (по одному для кожної з двох сторін і один — для біржі). Реєстрацією договору в журналі реєстрації договорів закінчується процедура укладення договорів (до цієї реєстрації біржовий договір не вважається укладеним — ч. 5 ст. 15 Закону «Про товарну біржу»).

Можливість примушення до укладення біржового договору законодавством не передбачена навіть у тому разі, якщо угода під час біржових торгів була укладена. Однак правилами біржової торгівлі може бути передбачено, що таке примушення можливе за рішенням біржового арбітражу. Можливості для визнання недійсними біржових угод є набагато ширшими. Будь-яке порушення встановленого порядку проведення біржових торгів або оформлення біржового контракту є підставою для визнання біржової угоди недійсною. Зокрема, такою підставою є порушення правила частини першої ст. 15 Закону «Про товарну біржу», відповідно до якого біржові операції дозволяється здійснювати лише членам біржі.

Біржова угода може бути визнана недійсною лише господарським судом. Біржовий арбітраж такі спори розглядати не може. Але спори про розірвання біржових договорів біржовий арбітраж розглядати вправі.

Відповідно до частини третьої ст. 34 Закону «Про цінні папери і фондову біржу» [30] порядок укладення угод на фондових біржах визначається правилами фондової біржі, затвердженими органом біржі (таким відповідно до ст. 41 Закону «Про господарські товариства» [33] є загальні збори акціонерів). Водночас щодо продажу на фондових біржах об'єктів приватизації (пакетів акцій відкритих акціонерних товариств, що належать державі, створених у процесі приватизації та корпоратизації) затверджені спеціальні нормативно-правові акти.

Закон «Про цінні папери і фондову біржу» не забороняє брати участь у біржових торгах особам, які не є членами біржі. Вітчизняна практика добре знайома з укладенням на фондовій біржі договорів купівлі-продажу пакетів акцій відкритих акціонерних товариств, які (пакети акцій) належать державі. Положення про порядок продажу на фондових біржах пакетів акцій відкритих акціонерних товариств, що належать державі [215], надає суб'єктам досить широкі можливості для участі в біржових торгах. Продавцем пакетів акцій відповідно до цього Положення є Фонд державного майна, який видає своєму представникові довіреність на право проведення операцій з цінними паперами на біржі та укладення біржових договорів від імені Фонду.

Покупцями пакетів акцій можуть бути не лише зареєстровані на біржі брокерські контори, не лише торговці цінними паперами, які не є брокерськими конторами даної біржі, але й фінансові посередники, інші юридичні та фізичні особи, що відповідно до законодавства можуть бути покупцями об'єктів приватизації.

Предметом договорів, укладених на фондовій біржі, є пакети акцій, належно підготовлені до продажу і зазначені в заявці Фонду, що подається на фондову біржу.

Переможцем біржових торгів визнається покупець, який запропонував найвищу ціну. Договір з переможцем підписується у день торгів продавцем і покупцем, а також реєструється реєструючою палатою біржі. Встановлено, що прострочення покупцем встановленого терміну підписання договорів спричиняє визнання недійсними результатів торгів за відповідним пакетом акцій. Таке визнання, як впливає з п. 6.8 Положення, оформляється наказом Фонду. Результатом торгів є лише правочин, отже недійсним в цьому разі визнається саме правочин, вчинений на біржових торгах. Але правотворчі органи, що затвердили Положення, вирішили, що краще вести мову про недійсність результатів торгів, щоб уникнути застосування правил про недійсність правочинів до відповідних відносин. Але закон повинен застосовуватись незалежно від того, як кваліфіковані підзаконним актом відносини, які ним регулюються.

Що стосується визнання недійсними результатів торгів і розірвання вже підписаного договору купівлі-продажу пакета акцій у зв'язку з порушенням покупцем строків оплати пакета акцій, то відповідно до ч. 5 ст. 27 Закону «Про приватизацію державного майна» [75], п. 6.16 Положення це є можливим.

Пкупець-переможець торгів має також право вимагати примушення продавця до укладення договору, якщо продавець всупереч результатам біржових торгів відмовиться від його укладення. Проте покупець за результатами біржових торгів не може бути примушений до укладення договору, оскільки п. 6.8 Положення встановлює спеціальні наслідки порушення покупцем строків укладення договору: покупець сплачує неустойку і біржовий збір (з податком на додану вартість).

Проведення аукціонів, відкритих торгів — це право будь-якого суб'єкта цивільного права, що має право на вибір контрагентів за договорами. Проте загальні правила щодо цього не затверджувалися. Замість цього прийнята велика

кількість спеціальних нормативно-правових актів, що регулюють відносини, які складаються в процесі проведення аукціонів, відкритих торгів, тендерів. Ці відносини переважно є цивільно-правовими. Їх супроводжують іноді публічно-правові відносини організатора або замовника аукціону, відкритих торгів, тендерів з його вищестоящою організацією, з органами державної виконавчої служби, але ці останні відносини досить виразно відмежовуються від цивільно-правових.

§ 3. Зміна або розірвання договорів

1. Співвідношення понять припинення та розірвання договорів та інших суміжних понять. Із ст. 651 ЦК [19] випливає, що законодавець досить широко розуміє категорії зміни та розірвання договору. До їх змісту включаються зміна або розірвання договору за згодою сторін і за рішенням суду на вимогу однієї із сторін договору. Договір може бути розірваний або змінений також в результаті односторонньої відмови від договору в повному обсязі або частково або в результаті односторонньої зміни договору, тобто в результаті вчинення однією із сторін одностороннього правочину, який тягне цивільно-правові наслідки для обох сторін договору. Серед таких наслідків може бути і настання обов'язків для іншої сторони договору. Суперечність цього висновку ч. 3 ст. 202 ЦК («односторонній правочин може створювати обов'язки лише для особи, яка його вчинила») не може поставити під сумнів його правильність, оскільки він ґрунтується на спеціальних нормах законів, зокрема, на ч. 3 ст. 651 ЦК. Таке широке розуміння поняття розірвання договору належить враховувати при правозастосуванні. Так, правила ст. 741 ЦК про розрахунки між сторонами у разі розірвання договору ренти застосовуються і при розірванні договору ренти за згодою сторін або за рішенням суду (ст. 740 ЦК), і при відмові платника ренти від договору (ст. 739 ЦК), яка (відмова) не називається в цьому випадку прямо як спосіб розірвання договору).

Є низка випадків, коли законодавець вживає як найбільш широке поняття припинення договору, стосовно якого розірвання договору має розумітись як видове поняття (статті 729, 755, 781, 785, 823, 835, 1008, 1027, 1044, 1126, 1141 ЦК). Висновок про те, що поняття припинення договору за правовими наслідками є тотожним розірванню договору був би неправильним, оскільки означав би застосування до всіх випадків дострокового припинення договору правил, які встановлені тільки стосовно розірвання договорів, що суперечило б змісту закону.

Зокрема, спеціальними нормами встановлюються правила про припинення договору у разі смерті однієї із його сторін. Підставою припинення договору доручення є визнання довірителя або повіреного недієздатним, обмежено дієздатним або безвісно відсутнім (п. 2 ч. 2 ст. 1008 ЦК). За наявності таких підстав припиняється також договір управління майном (п. 5 ч. 1 ст. 1044 ЦК). Підставою припинення договору управління майном визнається банкрутство фізичної особи-установника управління (п. 8 ч. 1 ст. 1044 ЦК). Визнання праволодільця

або користувача неплатоспроможним (банкрутом) називається в п. 2 ч. 3 ст. 1126 ЦК підставою припинення договору комерційної концесії. Підставою припинення договору комерційної концесії є припинення права праволодільця на торговельну марку чи інше позначення, передбачене в такому договорі (п. 1 ч. 3 ст. 1126 ЦК).

Ст. 1141 ЦК стосовно договору простого товариства формулює підстави його припинення. Серед них є такі, що зустрічаються в інших інститутах зобов'язального права (визнання учасника недієздатним, безвісно відсутнім, обмеження його дієздатності, оголошення його банкрутом, смерть учасника-фізичної особи або ліквідація учасника-юридичної особи), а є такі, що мають суто спеціальний характер. Вони передбачені п. 4 та 7 ч. 1 ст. 1141 ЦК (припинення участі одного із учасників в договорі, якщо домовленістю між учасниками не передбачено збереження договору щодо інших учасників; досягнення мети товариства або настання обставин, за яких досягнення мети товариства стало неможливим).

Третя особа в зобов'язанні має вкрай обмежені правові можливості впливати на зміст договору і динаміку зобов'язання навіть в тих випадках, коли вона є третьою особою, на користь якої укладено договір (ст. 636 ЦК). Тим більший інтерес викликає правило, відповідно до якого відмова вигодонабувача за договором управління майном від одержання вигоди за таким договором спричиняє припинення договору управління майном (п. 4 ч. 1 ст. 1044 ЦК).

2. Способи та підстави зміни і розірвання договору. Про зміну або розірвання договору сторони вправі домовитись в будь-який час на свій розсуд. Сторони позбавляються такого права лише в окремих випадках. Так, укладення господарського договору на виконання державного замовлення виключає право сторін на його розірвання або таку його зміну, яка приводить до невідповідності договору державному замовленню, оскільки визнання за сторонами такого договору права на свій розсуд домовитись про його зміну або розірвання суперечило б ч. 4 ст. 183 ГК [20], відповідно до якої виконавець державного замовлення звільняється від обов'язку укладення державного контракту на умовах, визначених державним замовником, лише у разі визнання державного замовлення у судовому порядку недійсним. Частина п'ята ст. 2 Закону «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати» [139] забороняє вносити зміни до умов договорів про іпотечний кредит, включений до консолідованого іпотечного боргу.

Зміна або розірвання договору можуть здійснюватись у судовому порядку. Підставою зміни або розірвання договору за рішенням суду на вимогу однієї із сторін договору є істотне порушення договору другою стороною. Оцінка порушення договору як істотного здійснюється судом відповідно до критерію, що встановлений абзацем другим ч. 2 ст. 651 ЦК [19]. Оціночне поняття істотності порушення договору законодавець розкриває за допомогою іншого оціночного поняття — «значної міри» позбавлення сторони того, на що вона розраховувала при укладенні договору. Але це (друге) оціночне поняття значно наближає нас до правильного розуміння істотності порушення і відповідно звужує сферу угляду суду. Слід мати на увазі, що істотність порушення визначається виключно за об'єктивними обставинами, що склались у сторони,

яка вимагає розірвання договору. Вина сторони, що припустилася порушення договору, не має будь-якого значення і для оцінки порушення як істотного, і взагалі для виникнення права вимагати розірвання договору на підставі ч. 2 ст. 651 ЦК.

Інші підстави зміни або розірвання договору (крім істотного його порушення) можуть встановлюватись законом або договором. Це посилання на закон в ч. 2 ст. 651 ЦК, як і в інших подібних випадках, не можна тлумачити як відсилання до загальних правил, що формулюються в п. 6 та 7 ч. 2 ст. 16 ЦК та передбачають можливість зміни або припинення правовідносин в порядку захисту особою свого цивільного права або інтересу та не пов'язують таку можливість з істотністю порушення. Тому, якщо інше не передбачено спеціальним законом або договором, порушення договору, що не є істотним, не може бути визнане підставою для пред'явлення в суді вимоги про зміну або розірвання договору.

З іншого боку, спеціальні правила, що встановлюють підстави для розірвання договору, можуть виключати або не виключати застосування правила ч. 2 ст. 651 ЦК, відповідно до якого істотне порушення договору є підставою для пред'явлення вимоги про його розірвання. Це залежить від того, як формулюються спеціальні підстави розірвання договору. Вони можуть формулюватись в статтях закону, що спеціально присвячені встановленню підстав розірвання певного виду договорів (наприклад, ст. 727, ч. 3 ст. 730, ст. 739, 740, 755 ЦК). Тоді вони, як правила спеціальні, виключають застосування загального положення ч. 2 ст. 651 ЦК. Підстави розірвання договорів можуть формулюватись в статтях, що не присвячені спеціально їх встановленню, а лише передбачають санкції за певні порушення (наприклад, ст. 726, п. 4 ч. 2 ст. 768 ЦК). Вони не виключають застосування ч. 2 ст. 651 ЦК, оскільки вони містять лише положення, що є доповненнями або уточненнями правила ч. 2 ст. 651 ЦК стосовно відповідних видів договорів та певних випадків.

Не виключають застосування ч. 2 ст. 651 ЦК і спеціальні положення, присвячені розірванню договорів, якщо вони не формулюють підстав, за наявності яких у сторони виникає право на розірвання договору, а лише передбачають, якими способами можуть встановлюватись такі підстави. Так, ст. 907 ЦК має заголовок «Розірвання договору про надання послуг». Але вона безпосередньо не встановлює підстав, що породжують право сторони на розірвання договору, а лише передбачає, що право на розірвання договору, в тому числі і шляхом односторонньої відмови від договору, може встановлюватись Цивільним кодексом, іншим законом або за домовленістю сторін. Такі положення не можуть кваліфікуватись як спеціальні правила, що виключають застосування ч. 2 ст. 651 ЦК.

3. Пред'явлення вимоги про розірвання договору на розсуд сторони.

Особі, яка стала власником речі, переданої у користування на підставі договору позички, який укладено без визначення строку, надається право на свій розсуд вимагати розірвання договору (ч. 3 ст. 834 ЦК [19]). Встановлюється лише обов'язок особи, що набула статусу позичкодавця, заздалегідь (у строк, що відповідає меті позички) повідомити користувача про розірвання договору.

Надання права вимагати розірвання договору зазвичай означає, що на вимогу сторони, якій таке право надане, сторони можуть домовитись про розірвання договору. У разі недосягнення домовленості уповноважена сторона має право звернутись до суду з позовом про розірвання договору. В даному випадку незрозумілим є призначення судової процедури. Якщо сторона на свій розсуд має право вимагати розірвання договору, то суд не може відмовити у захисті права. Сумніви щодо змісту ч. 3 ст. 834 ЦК, виникають в зв'язку з покладенням на особу, що придбала річ, яка є предметом позички, у власність (новий позичкодавець), обов'язку заздалегідь повідомити користувача про розірвання договору. Якщо справа вирішується судом, то суд і має визначити день розірвання договору з урахуванням інтересів користувача. Але викладене не є підставою для того, щоб відступати від букви закону та тлумачити ч. 3 ст. 834 ЦК так, що вона передбачає право особи, що придбала у власність предмет позички (нового власника), розірвати договір позички шляхом вчинення одностороннього правочину.

Детальне правове регулювання у ст. 834 ЦК відносин з приводу розірвання договору позички виключає пред'явлення вимоги про розірвання договору позички з підстав, не передбачених цією статтею, але передбачених ст. 651 ЦК.

Із п. 2 ч. 1 ст. 755 ЦК також випливає, що набувач за договором довічного утримання вправі в будь-який час на свій розсуд вимагати від відчужувача розірвання договору, а при відмові у задоволенні цієї вимоги може захищати своє право на розірвання договору у суді.

4. Розірвання цивільно-правових договорів шляхом відмови однієї із сторін від договору на захист порушеного права. Численні правила Цивільного кодексу [19] та інших законів конкретизують положення ч. 3 ст. 651 ЦК, відповідно до якої договір може бути розірваний або змінений шляхом односторонньої відмови від договору в повному обсязі або частково. Загального правила про підстави односторонньої відмови від договору не встановлено. Вважати такою підставою ч. 2 ст. 651 ЦК не можна, це суперечило б букві закону. Проте, в Цивільному кодексі та інших законах стосовно окремих видів договорів встановлюються численні положення, що передбачають підстави односторонньої відмови від договору. Зазвичай в Цивільному кодексі й інших законах вказується на право відмовитись від договору повністю або частково. Рідше прямо вказується на те, що відмова є односторонньою. Є і такі випадки, коли право на односторонню відмову від договору позначається як право на одностороннє розірвання договору (ст. 119, 171, 237, 258 Кодексу торговельного мореплавства [12]) чи право на розірвання договору (п. 51 Правил користування місцевим телефонним зв'язком [181]). Про характер обставин, які можуть породжувати право сторони на відмову від договору повністю або частково, в ч. 3 ст. 651 ЦК не йдеться. Це означає, що законом або договором можуть встановлюватись будь-які підстави, що спричиняють виникнення права на односторонню відмову від договору повністю або частково (порушення, якого припустився контрагент за договором, інші обставини).

5. Розірвання договору на розсуд сторони шляхом вчинення одностороннього правочину. Поширеними є правила, що надають стороні договору право на свій розсуд відмовитись від договору. Відповідно до загального

правила ч. 3 ст. 651 ЦК [19] таке право може передбачатись законом або договором. Зокрема, покупець за договором роздрібної купівлі-продажу до передавання йому товару продавцем має право відмовитись від договору за умови відшкодування продавцеві витрат, пов'язаних із вчиненням дій на виконання договору (ч. 3 ст. 702 ЦК). Дарувальник, який передав річ підприємству транспорту, зв'язку або іншій особі для вручення її обдаровуваному, має право відмовитись від договору дарування до вручення речі обдаровуваному (ч. 2 ст. 722 ЦК). Обдарований має право у будь-який час до прийняття дарунка на підставі договору дарування з обов'язком дарувальника передати дарунок у майбутньому відмовитися від нього (ч. 2 ст. 724 ЦК). Платникові безстрокової ренти надається право відмовитись від договору ренти. Договором можуть встановлюватись умови здійснення платником ренти відмови від договору ренти, але в договорі не може встановлюватись умова, відповідно до якої платник безстрокової ренти позбавляється права на відмову від договору (ст. 739 ЦК). Якщо така умова встановлена, вона є нікчемною.

Встановлені і інші правила, що дають стороні право на свій розсуд розірвати договір шляхом вчинення одностороннього правочину.

6. Зміна договору шляхом вчинення одностороннього правочину.

Зміна договору шляхом вчинення одностороннього правочину встановлюється низкою спеціальних правил. Замовник за договором будівельного підяду незалежно від будь-яких обставин на свій розсуд вправі вносити зміни до проектно-кошторисної документації до початку робіт або під час їх виконання. Це означає відповідну зміну змісту договору підяду. Встановлені такі обмеження цього права замовника: 1) додаткові роботи, викликані такими змінами, за вартістю не повинні перевищувати десяти відсотків визначеної у кошторисі ціни; 2) при цьому не повинен змінюватись характер робіт, визначених договором (ч. 1 ст. 878 ЦК [19]).

Замовник має право на свій розсуд вносити і такі зміни до проектно-кошторисної документації, які передбачають підвищення вартості робіт більш як на десять відсотків. Але в таких випадках підрядникові надається можливість вибору: 1) він може погодитись з односторонньою зміною змісту договору замовником; 2) він може відмовитись від договору (ч. 2 ст. 878 ЦК).

Не пов'язується з будь-якими обставинами право банку змінити розмір процентів, які виплачуються на вклади на вимогу, якщо інше не передбачено договором (ч. 2 ст. 1061 ЦК).

За наявності умов, встановлених частиною десятою ст. 20 Закону «Про туризм» [145], туроператору (турагенту) надається право в односторонньому порядку змінити ціну туристичного продукту в межах п'яти процентів його первісної вартості, якщо це передбачено договором про надання туристичних послуг. Якщо туроператор (турагент) у такий спосіб змінив ціну, турист має право відмовитись від договору.

Правоволоділець за договором комерційної концесії не позбавляється права в будь-який час змінити торговельну марку чи інше позначення, що є предметом такого договору. Але така зміна дає користувачеві право вимагати розірвання договору (ст. 1128 ЦК).

7. Зміна або розірвання договору у зв'язку з істотною зміною обставин. Ст. 652 ЦК [19] формулює розгорнені правила, спрямовані на захист інтересів сторін договору у разі істотної зміни обставин. Законодавець в цьому випадку визнав, що зміст прав та обов'язків, які виникли у сторін на підставі договору, доцільно змінити з метою зберегти той баланс інтересів сторін, якого було досягнуто при укладенні договору і який виявився порушеним у зв'язку із істотною зміною обставин.

Підставою зміни або розірвання договору може бути істотна зміна обставин, якими сторони керувалися при укладенні договору. Визначення істотності зміни обставин наводиться в абзаці другому ч. 1 ст. 652 ЦК. Але і за наявності істотної зміни обставин договір не може бути змінений або розірваний, якщо договором передбачено, що він не може бути змінений або розірваний за таких підстав. Обмеження на зміну або розірвання договору у зв'язку з істотною зміною обставин може випливати також із суті зобов'язання.

Ч. 2 ст. 652 ЦК встановлює, що у разі недосягнення між сторонами договору згоди щодо його розірвання, договір може бути розірваний за рішенням суду. Це можливе за наявності одночасно всіх умов, що встановлені п. 1-4 ч. 2 ст. 652 ЦК.

Сторона, яка вимагає розірвання або зміни договору, повинна довести, що в момент укладення договору сторони виходили з того, що така зміна не настане. Ця ж сторона повинна довести, що її вина в неусуненні причин, які привели до зміни обставин, відсутня. В п. 2 ч. 2 ст. 652 ЦК побічно дуже вдало розкрито зміст поняття вини як непрявлення всієї турботливості та обачності, які вимагались від сторони. Варто звернути увагу на те, що про турботливість та обачність сторони йдеться тільки стосовно усунення причин після їх виникнення. Непрявленню стороною турботливості та обачності стосовно запобігання настанню цих причин правового значення не надається.

При вирішенні питання про розподіл між сторонами витрат, які уже здійснені на виконання договору, щодо якого вирішується спір про його розірвання, суд повинен виходити із необхідності їх справедливого розподілу. Це правило слід застосовувати за аналогією і до правовідносин, що виникають при розірванні договору у зв'язку із істотною зміною обставин на підставі спеціальних норм, якщо вони не встановлюють наслідків розірвання договору.

Ще більш обмежені можливості встановлюються для зміни договору за рішенням суду у зв'язку з істотною зміною обставин. Законодавець виходить із того, що захист інтересів сторін договору у випадках істотної зміни обставин в достатній мірі здійснюється шляхом надання права вимагати розірвання договору. Тому зміна договору за рішенням суду у зв'язку з істотною зміною обставин допускається лише в двох випадках: 1) якщо розірвання договору суперечить суспільним інтересам; 2) якщо розірвання договору потягне для сторін шкоду, яка значно перевищує затрати, необхідні для виконання договору на умовах, змінених судом.

Правила ст. 652 ЦК про зміну або розірвання договору у зв'язку з істотною зміною обставин застосовуються поряд із спеціальними правилами подібного змісту, що формулюються стосовно окремих видів договорів.

8. Момент зміни або розірвання договору. Із ч. 1 та 2 ст. 653 ЦК [19] випливає, що законодавець чітко розрізняє поняття зміни та розірвання договору, з одного боку, та поняття зміни та припинення зобов'язання, — з іншого. Зміна договору тягне за собою зміну змісту зобов'язань, які на цьому договорі ґрунтуються. Розірвання договору спричиняє припинення зобов'язань, що виникли на його підставі. Але це — найбільш загальні положення про зв'язок правових конструкцій, що розглядаються, та понять, що їм відповідають. Більш конкретні наслідки зміни або розірвання договорів визначаються спеціальними правилами стосовно окремих видів зобов'язань.

Ст. 653 ЦК не визначає моменту зміни або розірвання договору, а встановлює лише долю зобов'язання у зв'язку із зміною або розірванням договору (воно припиняється). Момент розірвання або зміни договору визначається ч. 5 ст. 188 ГК [20], якщо це питання вирішується судом. В такому випадку договір вважається розірваним або зміненим з дня набрання чинності рішенням суду. Інше може бути встановлене рішенням суду відповідно до загального правила ч. 1 ст. 638 ЦК, що встановлює момент, з якого вважається укладеним будь-який договір (угода про зміну або розірвання договору — це теж договір). Якщо сторони укладають угоду про зміну або розірвання договору, останній відповідно до ч. 1 ст. 638 ЦК має визнаватись зміненим або розірваним з моменту укладення цієї угоди.

Викладені вище правила, що встановлюють момент, з якого договір вважається зміненим або розірваним, не поширюються на випадки зміни або розірвання договору шляхом вчинення стороною договору одностороннього правочину, тобто шляхом відмови від договору. Загальні правила щодо порядку вчинення односторонніх правочинів, зокрема, щодо моменту, з якого такі правочини вважаються здійсненими, не встановлені. Оскільки відмова від договору — це односторонній правочин, який породжує, змінює чи припиняє права та обов'язки обох сторін договору, його слід вважати вчиненим в момент отримання стороною повідомлення про відмову, яке можна належно ідентифікувати як таке, що виходить від сторони договору. Тому сторона, що відмовляється від договору, має потурбуватись про забезпечення себе доказами на випадок виникнення необхідності доводити факт відмови. При прийнятті судових рішень, якщо виникає потреба в визначенні моменту припинення договору внаслідок відмови від нього однієї із сторін, за відсутності спеціальних положень законодавства правильним було б застосовувати за аналогією ч. 2 ст. 782 ЦК, яка моментом розірвання договору найму у разі відмови від нього наймодавця називає момент одержання наймачем повідомлення наймодавця про відмову від договору. Подібне правило встановлене ч. 3 ст. 7 Закону «Про фінансовий лізинг» [149] («відмова від договору лізингу є вчиненою з моменту, коли інша сторона довідалася або могла довідатися про таку відмову»).

Разом з тим, стосовно окремих видів договорів встановлюється спеціальний порядок їх зміни або розірвання шляхом вчинення одностороннього правочину, який (порядок) впливає на визначення моменту, з якого договір має визнаватись зміненим або розірваним.

Стосовно договору ренти встановлюється, що він припиняється після завершення трьох місяців від дня отримання одержувачем ренти письмової

відмови платника безстрокової ренти від договору за умови повного розрахунку між сторонами (ч. 3 ст. 739 ЦК). Якщо до спливу зазначеного строку повний розрахунок між сторонами не було проведено, договір зі спливом трьох місяців від дня одержання письмової відмови не припиняється. В подальшому за таких умов припинення договору можливе лише шляхом заявлення нової відмови від договору.

Способом відмови від договору найму, укладеного на невизначений строк, є письмове попередження наймодавцем або наймачем іншої сторони. Договір в таких випадках припиняється через місяць після попередження, а у разі найму нерухомого майна — через три місяці після попередження. Це правило ч. 2 ст. 763 ЦК не поширюється на договори оренди землі, стосовно яких ст. 32 Закону «Про оренду землі» [144] встановлює спеціальні правила про порядок припинення договору оренди землі, що виключають застосування до цих відносин ст. 651-654 ЦК. Стосовно іншого нерухомого майна правило ч. 2 ст. 763 ЦК є чинним.

Частина 3 ст. 653 ЦК формулює загальне правило про момент зміни або припинення зобов'язання в зв'язку із зміною або розірванням договору. Ці моменти відповідно до тексту закону збігаються: зобов'язання припиняється в момент досягнення домовленості про зміну або припинення договору (очевидно, у формі, яка вимагається законом) або в момент набрання законної сили рішенням суду за позовом про зміну або розірвання договору. Домовленістю сторін може бути встановлене інше. Інше може бути обумовлене і характером зміни договору. Ці два винятки не виключають встановлення іншого і законом. Це — дуже суттєво, бо ч. 3 ст. 653 ЦК не вирішує питання про те, що ж саме розуміється під словами «зобов'язання змінюється або припиняється». Якщо зобов'язання розуміти так, як це впливає із ст. 509 ЦК (як односторонній правовий зв'язок — одна сторона несе обов'язки, а інша має права), то, очевидно, відповідно до ч. 3 ст. 653 ЦК припиняється (змінюється) не одне зобов'язання, а припиняються два пов'язаних між собою зістрічних зобов'язання, що ґрунтуються на одному і тому ж договорі. Але ж цим не дається вичерпна відповідь на поставлене вище запитання. Тому наслідки зміни або розірвання договору слід проаналізувати стосовно окремих видів договорів і зобов'язань.

9. Наслідки зміни або припинення договору. У разі зміни або розірвання договору, за загальним правилом ч. 4 ст. 653 ЦК [19], сторони не мають права вимагати повернення того, що було виконане ними за зобов'язанням до моменту зміни або розірвання договору. Інше може бути встановлено лише договором або законом. Наведене загальне правило є занадто жорстким стосовно обох сторін договору, а не тільки стосовно сторони, яка припустилася істотного порушення договору. Воно є особливо жорстким на фоні правила ч. 3 ст. 652 ЦК, яке поширюється на випадки зміни або розірвання договору внаслідок істотної зміни обставин та передбачає необхідність справедливого розподілу між сторонами витрат, яких вони зазнали у зв'язку з виконанням договору. З огляду на це суттєвого значення набувають правила спеціальних законів, умови договорів про наслідки зміни або розірвання договорів, а також положення ч. 5 ст. 653 ЦК, що покладає на сторону, яка припустилась істотного порушення договору, обов'язок відшкодувати збитки, завдані зміною або розірванням договору.

Правда, кваліфікувати майно чи гроші, які передані за договором до його зміни або розірвання та передання яких втратило підставу, як збитки неможливо. До того ж відшкодування збитків є мірою відповідальності, що застосовується за наявності вини (ст. 614 ЦК; ст. 216-218 ГК [20]), а набуття чи збереження майна, що у зв'язку з розірванням договору втратило підставу, зазвичай не пов'язується з виною.

Враховуючи невинуватену жорсткість правила ч. 4 ст. 653 ЦК, треба шукати можливості приведення його у більшу відповідність до принципів добросовісності, справедливості та розумності. Це можливо шляхом встановлення договором або законом іншого. Не поширюється чинність ч. 4 ст. 653 ЦК також на випадки, коли договір припиняється не в зв'язку з його розірванням (але ж припинення договору шляхом односторонньої відмови від нього підпадає під поняття розірвання договору). В решті випадків невинуватена жорсткість ч. 4 ст. 653 ЦК має бути скоригована шляхом застосування загальних засад цивільного законодавства, якими, зокрема, є засади добросовісності, справедливості і розумності.

10. Форма зміни або розірвання договору. Правочин на зміну або розірвання договору належить вчиняти в такій же формі, в якій договір укладався. Це — чітке і просте правило. Воно викликає тільки питання про державну реєстрацію правочину на зміну або розірвання договору, який раніше було зареєстровано у встановленому порядку, оскільки державна реєстрація відповідно до ст. 210 і 639 ЦК [19] виходить за межі поняття форми правочину (договору). Державна реєстрація правочину на зміну або розірвання договору була б закономірною і доцільною, для забезпечення стабільності цивільного обороту, а тому у випадках, коли договір підлягає державній реєстрації, відповідні положення про державну реєстрацію договорів слід за аналогією застосовувати до зміни та розірвання таких договорів.

Крім загального правила про форму зміни або розірвання договору, ст. 654 ЦК встановлює, що винятки із цього правила можуть встановлюватись не тільки законом, а і договором; такі винятки можуть впливати також із звичаїв ділового обороту. Договором встановлення форми правочину на розірвання договору, в принципі, було б можливе в силу ч. 2 ст. 205 ЦК, яка дає учасникам правочину право вибрати форму правочину, якщо вона не передбачена законом. Але ж право вибору сторонами форми правочину, передбачене і ст. 205, і ст. 654 ЦК, не виключає дії ст. 218 і 219 ЦК, що встановлюють наслідки недодержання вимог до форми правочину, що встановлені законом. Що стосується звичаїв ділового обороту, то ними форма правочину відповідно до ст. 205 ЦК встановлюватись не може. Хоч ст. 654 ЦК формулює спеціальне правило, відповідно до якого звичаї ділового обороту можуть встановлювати вимоги до форми правочину на розірвання чи зміну договору, але воно (це спеціальне правило) може застосовуватись лише в тій частині, в якій закон або договір не встановлюють вимог до форми правочину, а лише дозволяють використання усної форми. Тобто, якщо відповідно до закону та договору зміна або розірвання договору можуть вчинятись в усній формі, то із звичаїв ділового обороту може впливати інше.

Висновок про припустимість відступлення в силу договору чи звичаїв ділового обороту від форми правочину на зміну або розірвання договору тільки в бік ускладнення форми (від усної до письмової, від письмової до нотаріальної) підтверджується п. 4.8 Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України [237]. Ця Інструкція була затверджена уже після введення в дію Цивільного кодексу 2003 р. Але ж вона не тільки визнає обов'язковим нотаріальне посвідчення договорів про зміну або розірвання нотаріально посвідчених договорів, а і встановлює, що нотаріальне посвідчення договорів про зміну або розірвання таких договорів має здійснювати та ж нотаріальна контора (той же нотаріус), яка посвідчувала цей договір.

Що стосується нотаріального посвідчення односторонніх правочинів, спрямованих на зміну або розірвання договорів, що раніше були нотаріально посвідчені, то про такі нотаріальні дії в Інструкції взагалі не йдеться. З огляду на викладене трудно буде знайти нотаріуса, який би погодився нотаріально посвідчити односторонній правочин, спрямований на зміну або розірвання договору, що був посвідчений нотаріально. Але така нотаріальна дія (посвідчення одностороннього правочину на зміну або розірвання договору, якщо його вчинення передбачено законом або договором) ґрунтується на ст. 654 ЦК. Достатньо грамотний нотаріус, перевібивши наявність матеріально-правової підстави для вчинення одностороннього правочину на зміну або розірвання договору, посвідчить такий правочин відповідно до загальних правил про посвідчення правочинів.

Спеціальні положення законів допускають широку диференціацію правового регулювання при встановленні способів волевиявлення та форми правочинів на розірвання або зміну договорів. Так, ч. 4 ст. 694 і ч. 2 ст. 697 ЦК надають продавцеві право вимагати від покупця повернення товару, оплати якого покупець затримав. Пред'явлення такої вимоги слід кваліфікувати як вчинення правочину конклюдентними діями, яким (правочином) договір купівлі-продажу розривається в силу спеціальних положень закону. Такий вимозі позивача (продавця), заявленій у суді, відповідач (покупець) може протиставити не тільки прохання до суду відмовити в позові, а і зустрічний позов про визнання недійсним вчиненого продавцем правочину на розірвання договору, якщо при його вчиненні було порушено вимоги цивільного законодавства (ч. 1 ст. 215; ч. 1 ст. 203 ЦК).

В іншому випадку за подібних обставин продавцеві надається право відмовитися від договору і вимагати повернення проданого товару (ч. 2 ст. 695 ЦК). Тут заявлення відмови з додержанням правил щодо форми правочинів взагалі (ст. 205-208 ЦК) і форми правочинів на розірвання договорів (ст. 654 ЦК) є обов'язковим, а вимога про повернення проданого товару не може бути задоволена, якщо не була заявлена відмова від договору. При цьому слід враховувати, що пред'явлення вимоги про повернення проданого товару на підставі ч. 2 ст. 695 ЦК, може бути кваліфіковане як одностороння заява про відмову від договору, але тільки за умови, що відповідно до ціни товару, який підлягає поверненню, та з урахуванням складу суб'єктів зобов'язання (ст. 208 ЦК) можливе волевиявлення шляхом здійснення конклюдентних дій.

Ч. 3 ст. 763 ЦК приписує правочин на відмову від договору найму вчиняти в письмовій формі. Цей припис прямо поширюється і на найм нерухомого майна, якщо не підлягають застосуванню ст. 793 і 794 ЦК, які передбачають за відповідних умов нотаріальне посвідчення і державну реєстрацію договорів найму будівлі (іншої капітальної споруди) чи її частини.

11. Порядок зміни та розірвання договору. Цивільний кодекс [19] не формулює правил, які б регламентували порядок зміни або розірвання договорів за згодою сторін та порядок вирішення розбіжностей, що при цьому виникають. Мається на увазі, що при цьому підлягають застосуванню загальні правила ст. 641—649 ЦК про порядок укладення договорів. Порядок зміни або розірвання господарських договорів регулюється ст. 188 ГК [20]. Сторона, яка вважає за необхідне змінити або розірвати господарський договір, повинна надіслати пропозиції про це іншій стороні за договором. Інша сторона у двадцятиденний строк після одержання пропозиції повідомляє другу сторону про результати їх розгляду. У разі недосягнення сторонами згоди щодо зміни (розірвання) договору або у разі недержання відповіді у зазначений двадцятиденний строк з урахуванням часу поштового обігу (додатково до двадцяти днів), заінтересована сторона має право передати спір на вирішення суду. Зауважимо, що право заінтересованої сторони передати спір на вирішення суду прямо закріплене тільки стосовно всіх відносин, на які поширюється чинність Господарського кодексу. В інших випадках чинними є численні спеціальні правила, що прямо або опосередковано передбачають можливість передання на вирішення суду спорів, що виникають при зміні та розірванні договорів. Вони сформульовані в ст. 651, 652 ЦК, в численних нормах, що присвячені окремим видам цивільно-правових зобов'язань. За відсутності спеціальних правил спір про зміну або розірвання договорів може бути переданий на вирішення суду на підставі п. 6 або 7 ч. 2 ст. 16 ЦК.

Глава 7

Загальні положення про зобов'язання

§ 1. *Поняття і сторони зобов'язання*

1. Поняття зобов'язання у Цивільному та Господарському кодексах.

Визначення поняття зобов'язання має суттєве практичне значення. Коли у ст. 598—609 ЦК [19], ст. 202—205 ГК [20] йдеться про припинення зобов'язання, то необхідно чітко розуміти, яке ж юридичне явище перестає існувати за відповідних умов. Коли господарський суд вирішує питання про можливість зменшувати у виняткових випадках розмір неустойки, яка підлягає стягненню із сторони, яка порушила зобов'язання (п. 3 ст. 83 ГПК [9]), то межі, в яких таке зменшення допускається, визначаються межами поняття зобов'язання. Випадки, коли визначення поняття зобов'язання має безпосереднє практичне значення при правозастосуванні, не обмежуються наведеними. Вони є численними.

Сфера, в якій застосовується термін «зобов'язання», поступово розширюється. В науці трудового права і трудовому законодавстві термін «зобов'язання» стали вживати досить давно. Проте, застосування цього терміна в сфері трудового права не набуло поширення і не викликало скільки-небудь гострих дискусій. В податковому законодавстві поняття зобов'язання з'явилося недавно. Його вживання стрімко набуло значного поширення і привело до виникнення проблем у практиці правозастосування.

За таких умов виникає потреба в класифікації зобов'язань як міжгалузевого (загальноправового) поняття на види за критерієм галузі права, норми якої поширюються на відповідні зобов'язання. У сфері цивільного права доцільно було б говорити про цивільно-правові зобов'язання. В Цивільному кодексі не вказується на цивільно-правовий характер зобов'язань тільки тому, що про інші види зобов'язань в ньому не йдеться взагалі.

В ст. 509 ЦК зобов'язання визначається як правовий зв'язок між двома суб'єктами (сторонами), що має односторонню спрямованість: на одну сторону зобов'язання покладається обов'язок вчинити певну дію (певні дії) чи утриматися від її (їх) здійснення; іншій стороні зобов'язання надається право, що кореспондує обов'язку першої. В такий же спосіб визначається господарське зобов'язання у ст. 173 ГК. Ці визначення правильно розкривають сутність зобов'язання.

Таким чином, зобов'язання завжди є одностороннім юридичним зв'язком. Одна його сторона має виключно права, а інша — виключно несе обов'язки. Це — абстракція. Реально на підставі двосторонніх договорів (а такими є абсолютна їх більшість) виникають зобов'язальні правовідносини, в яких кожна сторона вважається кредитором у тому, що вона має право вимагати від іншої сторони, і боржником у тому, що вона зобов'язана вчинити на користь іншої сторони.

Зобов'язання, на відміну від взаємних зобов'язальних правовідносин, завжди є одностороннім юридичним зв'язком між правами кредитора та обов'язками боржника. Двосторонніх зобов'язань, в яких одна сторона мала б права і несла

обов'язки в цьому ж зобов'язанні, не буває. Двосторонні зобов'язання — це юридичний нонсенс, хоч він і дістав загальне визнання у сучасній вітчизняній науці цивільного права.

Зобов'язальні правовідносини, навпаки, як правило, є двосторонніми, оскільки навіть у безоплатному зобов'язанні (тобто, у зобов'язанні, в якому обов'язки переважно зосереджуються на одному боці, а права — на іншому) сторона, що переважно є лише управненою, несе в більшості випадків обов'язок прийняти виконання та відповідальність за належне прийняття виконання, що надає цій стороні статусу боржника. Але природа людини і людського суспільства обумовлює еквівалентність цивільного обороту («даю, щоб ти дав» тощо), тому безоплатні зобов'язальні правовідносини зустрічаються нечасто. Загальним же правилом є поєднання в одних правовідносинах між двома сторонами двох зобов'язань. В одному з них перша сторона має права (є кредитором), а інша — несе обов'язки (є боржником). В іншому ця остання сторона має права (є кредитором), а перша — несе обов'язки (є боржником). Ці два зобов'язання є взаємообумовленими. Кожне із них має свою підставу в іншому. Тому припинення одного із них веде до втрати правової підстави іншим із цих зобов'язань.

З урахуванням того, що є безоплатні зобов'язальні правовідносини, а є зобов'язальні правовідносини, що будуються за принципом «даю, щоб ти дав», можна погодитись з поділом зобов'язальних правовідносин і цивільно-правових договорів на односторонні (безоплатні) і двосторонні (такі, що ґрунтуються на принципі «даю, щоб ти дав»). Але ж двосторонніх зобов'язань не буває.

Викладене розуміння зобов'язання є надзвичайно важливим для підвищення рівня практики правозастосування і юридичної культури в цілому. Законодавство широко використовує поняття зобов'язання. Неправильне його розуміння веде до помилок при правозастосуванні. Ця проблема ще дужче поглиблюється в зв'язку з тим, що неправильне розуміння категорії зобов'язання увійшло до законодавства. Законодавець не зміг утриматися в межах того правильного розуміння зобов'язання, яке впливає із ст. 508 ЦК, і уже в ч. 3 ст. 510 ЦК викладає розуміння зобов'язання як усього комплексу прав та обов'язків його сторін, тобто як зобов'язальних правовідносин, що виникають на підставі договору чи на інших підставах.

Звертають на себе увагу положення Господарського кодексу, в яких категорія зобов'язання ототожнюється з поняттям договору (ч. 3 ст. 176 ГК) та правочину (ст. 207, 208 ГК). Це також є одним із проявів втрати чіткого розуміння змісту категорії зобов'язання. Це в певній мірі створює ситуацію правової невизначеності, за якої переважно слід застосовувати більш чіткі положення Цивільного кодексу.

Поняття зобов'язання поширюється не тільки на зобов'язання, про які йдеться у Книзі п'ятій Цивільного кодексу «Зобов'язальне право», а і на інші відносини. В ч. 3 ст. 1212 ЦК зазначається на те, що положення про зобов'язання у зв'язку з набуттям, збереженням майна без достатньої правової підстави поширюються на правовідносини щодо повернення виконаного за недійсним правочином, щодо витребування майна власником із чужого незаконного

володіння тощо. Ці правила широкого застосування не будуть мати, оскільки до згаданих правовідносин переважно застосовуються відповідні спеціальні норми. Але ж важливим є принциповий підхід законодавця, із якого випливає визнання відносин щодо повернення виконаного за недійсним правочином та щодо витребування майна із чужого незаконного володіння зобов'язаннями. Норми зобов'язального права поширюються на відносини, що виникають на підставі договору про порядок користування спільним майном (ст. 358 ЦК), заповідального відказу (ст. 1237—1239 ЦК), а також на численні інші правовідносини, які підпадають під визначення зобов'язання, що наводиться у ч. 1 ст. 509 ЦК, але такі, стосовно яких положення Цивільного кодексу, що сформульовані в Книзі п'ятій «Зобов'язальне право», є чинними лише за умови відсутності спеціальних правил.

2. Сторони зобов'язання. Відповідно до визначення зобов'язання, що наводиться у ст. 509 ЦК [19], його сторони іменуються боржником і кредитором. Боржник — це сторона, яка несе обов'язки. Кредитор — сторона, яка має права. Обов'язками боржника та правами кредитора повністю вичерпується зміст зобов'язання. Коли в Цивільному кодексі йдеться про прострочення кредитора (ст. 613 ЦК) або про вину кредитора (ст. 616 ЦК), тобто, управненої сторони, термін «кредитор» використовується суто умовно: йдеться про дії чи бездіяльність сторони зобов'язальних правовідносин, що унеможливили або утруднили виконання боржником зобов'язання. Оскільки термін «кредитор» в цих випадках застосовується до сторони, яка зобов'язана вчинити певні дії чи втриматися від певних дій (хоч би йшлося про прийняття виконання) зазначеним терміном позначається боржник у його класичному розумінні. Цей висновок дає відповідь на питання про те, чи може бути встановлена неустойка за прострочення прийняття виконання зобов'язання чи невчинення дій, до здійснення яких боржник не міг виконати свого обов'язку. Так, може, бо прийняття виконання — це звичайний обов'язок боржника. Наслідком прострочення прийняття виконання зобов'язання або невчинення дій, до здійснення яких боржник не міг виконати свого обов'язку може бути і стягнення збитків з особи, яка припустилася такого порушення. Ч. 3 ст. 613 ЦК позбавляє боржника права на відшкодування збитків у таких випадках лише тоді, коли інша сторона доведе відсутність її вини або вини осіб, на яких законом або дорученням кредитора покладено прийняття виконання. Правила про покладення на сторону, що прострочила прийняття виконання або не здійснила інших дій, що унеможливило виконання боржником зобов'язання, обов'язку відшкодувати збитки в Цивільному кодексі не формулюються, оскільки в таких випадках застосовуються загальні правила про відшкодування збитків (ст. 623 ЦК).

Тим часом тенденція до ототожнення боржника і кредитора, що виявилася у правових конструкціях прострочення та вини кредитора, набуває поширення та визнання у найновішому законодавстві. Так, у частині першій ст. 3 Закону «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень» [147] обтяження визначається, зокрема, як «... право боржника... на рухоме майно, що виникає на підставі закону, договору, рішення суду або з інших дій фізичних або юридичних осіб, з якими закон пов'язує виникнення прав і обов'язків щодо рухомого майна».

В частині другій тієї ж статті зазначається на права й обов'язки, які встановлені законом та/або договором і які виникають відповідно до обтяження у обтяжувача і боржника. Це останнє формулювання за певних умов можна витлумачити так, що тут маються на увазі права обтяжувача та обов'язки боржника. Але у попередньому цитованому формулюванні, яке є частиною визначення поняття обтяження, прямо зазначається на «права боржника», що взагалі є нонсенсом. Це й обумовило неможливість витлумачення деяких положень цього Закону взагалі.

У зобов'язанні завжди тільки дві сторони, не менше і не більше. Зобов'язання не можуть бути трьох- чи багатосторонніми. Такими можуть бути тільки зобов'язальні правовідносини або цивільно-правові договори. В ст. 510 ЦК проблема трьох- чи багатосторонніх зобов'язальних правовідносин чи договорів не зачіпається. Тут йдеться про випадки, коли в зобов'язанні на стороні кредитора чи боржника (кожної із сторін зобов'язання) виступає декілька осіб. Про способи розподілу прав між декількома особами, що разом виступають у зобов'язанні як кредитор, та обов'язків між декількома особами, що разом виступають як боржник, йдеться у ст. 540 ЦК.

Ч. 3 ст. 510 ЦК виходить із розуміння зобов'язання як зобов'язальних правовідносин між двома сторонами. У зобов'язальних правовідносинах кожна із сторін правовідносин дійсно є боржником у зобов'язанні, яке вона має виконати на користь іншої особи, і кредитором у зобов'язанні, яке інша сторона має виконати на користь першої. Але суперечить визначенню зобов'язання, що наводиться у ст. 509 ЦК, положення про те, що в одному і тому ж зобов'язанні один і той же суб'єкт одночасно є і боржником, оскільки він несе обов'язки, і кредитором, оскільки він наділений правами.

В зв'язку з наявністю суперечності між ст. 509 та ст. 510 ЦК у розумінні категорії зобов'язання при тлумаченні положень Цивільного кодексу, в яких вживається термін «зобов'язання», переважно цей термін слід розуміти так, як він визначається у спеціальній ст. 509 ЦК. Але не виключається, що у контексті того чи іншого положення Цивільного кодексу або іншого нормативно-правового акту під зобов'язанням розуміються правовідносини, що включають в себе два або більше зобов'язань, як вони визначаються у ст. 509 ЦК.

3. Часткові, солідарні і субсидіарні зобов'язання. За критерієм способу розподілу прав та обов'язків між декількома боржниками або між декількома кредиторами цивільно-правові зобов'язання класифікують на часткові і солідарні. Зобов'язання з множинністю осіб на стороні боржника можуть бути також субсидіарними.

Часткове зобов'язання існує, коли в ньому беруть участь кілька кредиторів або кілька боржників. Кожен із кредиторів має право вимагати виконання, а кожен боржник повинен виконати зобов'язання у певній частці. Частки є рівними, якщо інше не встановлено законом або договором (ст. 540 ЦК [19]). При частковому зобов'язанні на боці боржника кожен із них несе також відповідальність пропорційно розміру своєї частки спільного боргу (відшкодовує збитки, сплачує неустойку тощо).

Солідарне зобов'язання за ст. 541 ЦК виникає у випадках, встановлених договором або законом, зокрема у разі неподільності предмета зобов'язання. Такі

зобов'язання мають своє подовження у відповідальності, якщо солідарні боржники не виконали зобов'язання і таким чином завдали збитки кредиторю своїми діями чи бездіяльністю. Солідарні зобов'язання щодо відшкодування шкоди виникають також у разі завдання шкоди спільними діями декількох осіб (ст. 1190 ЦК). Згідно ст. 543 ЦК за наявності у зобов'язанні кількох солідарних боржників кредитор має право на свій розсуд вимагати виконання обов'язку частково або в повному обсязі як від усіх боржників разом, так і від кожного окремо, причому як у повному, так і у частковому обсязі. Усі боржники залишаються зобов'язаними доти, доки зобов'язання не буде виконане повністю. Проте, виконання зобов'язання повністю одним із боржників звільняє решту боржників від виконання. У солідарному порядку відбувається також і сплата неустойки або відшкодування збитків. Так, відповідно до ст. 554 ЦК за договором поруки в разі невиконання зобов'язання боржник і поручитель відповідають перед кредитором солідарно. Поручитель відповідає перед кредитором у повному обсязі, як і боржник, у тому числі і в частині сплати відсотків, відшкодування збитків, сплати неустойки, якщо інше не встановлено договором поруки.

Субсидіарне (додаткове) зобов'язання за змістом є відповідальністю, оскільки воно передбачає обов'язок основного боржника виконати зобов'язання, а при невиконанні допускає можливість пред'явлення вимоги до особи, яка не була спочатку боржником і стала ним (субсидіарним боржником) внаслідок невиконання зобов'язання основним боржником. Отже, є основний боржник, а на субсидіарно зобов'язану особу покладається обов'язок, якого вона раніше не несла, на цю особу покладається додаткове обтяження. Оскільки додаткові обтяження охоплюються поняттям відповідальності, субсидіарні зобов'язання зазвичай називаються субсидіарною відповідальністю. Субсидіарна відповідальність настає тоді, коли існує основне (або основне й додаткове) зобов'язання й одне із них або обидва порушені.

Ст. 619 ЦК вперше в цивільному законодавстві України встановила механізм субсидіарної відповідальності. Встановлюється, що до заявлення вимоги до особи, яка відповідно до закону, інших нормативно-правових актів або умов зобов'язання несе відповідальність додатково до відповідальності іншої особи, яка є основним боржником (субсидіарну відповідальність), кредитор повинен заявити вимогу до основного боржника. Якщо основний боржник відмовився задовольнити вимогу кредитора або кредитор не одержав від нього в розумний строк відповіді на заявлену вимогу, ця вимога в повному обсязі може бути заявлена до особи, яка несе субсидіарну відповідальність. Кредитор не має права вимагати задоволення своєї вимоги до основного боржника від особи, яка несе субсидіарну відповідальність, якщо ця вимога може бути задоволена шляхом зарахування зустрічної вимоги або безспірного стягнення коштів з основного боржника. Особа, яка несе субсидіарну відповідальність, повинна до задоволення вимоги, поставленої їй кредитором, попередити про це основного боржника, а якщо до цієї особи вчинено позов — залучити основного боржника до участі у справі. Інакше основний боржник має право висунути проти регресної вимоги особи, що відповідає субсидіарно, заперечення, які він мав проти кредитора.

4. Заміна кредитора у зобов'язанні. Ст. 512 ЦК [19], на відміну від раніше чинного Цивільного кодексу, передбачає можливість заміни кредитора в зобов'язанні не тільки на підставі правочину, що передбачає відступлення права вимоги, а й внаслідок інших юридичних фактів. Кредитор в зобов'язанні може бути замінений, зокрема, в зв'язку з правонаступництвом. Зазвичай при цьому передаються не тільки права, а і обов'язки. В науці цивільного права виділяється правонаступництво універсальне і сингулярне. Універсальне правонаступництво має місце у випадках смерті фізичної особи, припинення юридичної особи з правонаступництвом (ч. 1 ст. 104 ЦК) або створення юридичної особи шляхом виділу (ст. 109 ЦК). Правотворча практика знає і таке явище, як ліквідація юридичної особи з правонаступництвом.

У разі смерті фізичної особи-кредитора, якщо зобов'язання не є нерозривно пов'язаним з його особою, право кредитора відповідно до ст. 1218 ЦК входить до складу спадщини і спадкується в загальному порядку (ст. 1230 ЦК встановлює деякі інші обмеження на перехід прав у зобов'язаннях в порядку спадкування). Спадкоємець (спадкоємці) може реалізувати це право шляхом подання у встановлений шестимісячний строк заяви про прийняття спадщини до нотаріальної контори за місцем відкриття спадщини. Зі спливом шести місяців після відкриття спадщини спадкоємець (спадкоємці) одержує свідоцтво про право на спадщину. На підставі свідоцтва пред'являється вимога до боржника про виконання зобов'язання (якщо строк виконання зобов'язання уже настав). Якщо цей строк не настав, пред'явлення вимоги до боржника є неможливим, але боржникові слід належно повідомити про правонаступництво, що відбулося (ч. 2 ст. 516 ЦК). До отримання свідоцтва про право на спадщину пред'явлення до боржника вимоги про виконання та прийняття виконання можливе в порядку охорони спадкового майна та управління спадщиною (ст. 1283—1284 ЦК).

Неприйняття спадкоємцями заходів до сповіщення боржника про заміну кредитора в порядку охорони або управління спадщиною тягне наслідки, встановлені ч. 2 ст. 516 ЦК (новий кредитор несе ризик настання несприятливих для нього наслідків).

До складу спадщини, зокрема, належать право на вклад в банку або іншій фінансовій установі (ст. 1228 ЦК), право на одержання страхових виплат (ст. 1229 ЦК), право на відшкодування збитків, завданих спадкоємцеві у договірних зобов'язаннях (ч. 1 ст. 1230 ЦК). Право на стягнення неустойки (штрафу, пені) переходить в порядку спадкування за умови, що за життя спадкодавця було прийняте рішення суду про стягнення відповідних сум (ч. 2 ст. 1230 ЦК). Такий же порядок встановлено для спадкування права на відшкодування моральної шкоди. У всіх цих випадках здійснюється заміна кредитора у відповідних зобов'язаннях в формі універсального правонаступництва.

Заміна кредитора в зобов'язанні в зв'язку з злиттям, приєднанням, поділом, перетворенням юридичних осіб, а також у зв'язку із створенням юридичної особи в порядку виділу, здійснюється в порядку, встановленому ст. 104-109 ЦК, ст. 59 ГК [20].

Відповідно до ч. 1 ст. 104, ст. 110—112 ЦК, ст. 61 ГК при ліквідації юридичної особи не може наступати правонаступництво. Але це можливо в силу спеціаль-

ного закону або іншого нормативно-правового акту. Такий висновок впливає із ст. 609 ЦК, яка допускає припинення зобов'язання у зв'язку з ліквідацією юридичної особи, якщо законом або іншим нормативно-правовим актом виконання зобов'язання не покладено на іншу особу. Встановлення правонаступництва індивідуальним актом органу виконавчої влади про ліквідацію юридичної особи є неможливим. Предметом розгляду в суді була така справа. Було ліквідовано юридичну особу-представництво Фонду державного майна України в одному із міст Автономної Республіки Крим, а його правонаступником відповідно до наказу про ліквідацію став фонд комунального майна міської ради. Фонд комунального майна пред'явив до одного із покупців комунального майна вимогу про розірвання договору купівлі-продажу комунального майна, що був раніше укладений у процесі приватизації представництвом Фонду державного майна як продавцем, у зв'язку з невиконанням покупцем зобов'язання, яке випливало із такого договору. Але у задоволенні позову фонду було відмовлено, оскільки правонаступництва не було. Не було в період існування представництва Фонду державного майна і договору з фондом комунального майна про відступлення права. Такі заходи — укладення договору про відступлення права — були необхідними для заміни кредитора в зобов'язаннях, що виникли із договорів купівлі-продажу об'єктів приватизації. Недбалство посадових осіб при ліквідації представництва Фонду державного майна України привело до звільнення покупців об'єктів приватизації від інвестиційних та інших обов'язків перед колишнім власником та органами приватизації.

В практиці мали місце факти ліквідації державних органів та створення «на їх базі» інших державних органів. При цьому мала місце ліквідація і таких органів, які раніше видали акти, що порушують цивільні права суб'єктів, внаслідок чого виникли зобов'язання, в силу яких ці суб'єкти отримали право вимагати визнання актів недійсними та відшкодування майнової шкоди. При вирішенні спорів за позовом до знову створених державних органів треба виходити з того, що не може бути такої ситуації, що за дії державного органу, що ліквідований, не відповідає ніхто. Це дає підставу для застосування в таких випадках за аналогією правил про правонаступництво при припиненні юридичної особи в порядку злиття, приєднання, поділу чи перетворення. Викладене стосується і органів місцевого самоврядування.

Заміна кредитора в зобов'язанні в порядку сингулярного правонаступництва має місце на підставі заповідального відказу (ст. 1237, 1238 ЦК), а також в інших випадках, коли це передбачено законом. При цьому заміна кредитора в зобов'язанні може супроводжуватись і заміною боржника в зобов'язанні, що разом з першим зобов'язанням утворює єдині зобов'язальні правовідносини. Так, до нового власника речі, що раніше була передана в найм, переходять права наймодавця (ст. 770 ЦК). При цьому до нового власника переходять і обов'язки наймодавця. В ст. 814 ЦК це правило конкретизується стосовно зобов'язання найму житла.

Виконання поручителем або майновим поручителем (заставадавцем) зобов'язання, забезпеченого порукою або заставою, тягне заміну кредитора — перехід до поручителя чи майнового поручителя (заставадавця) усіх прав

кредитора у цьому зобов'язанні (ч. 2 ст. 556 ЦК; частина п'ята ст. 20 Закону «Про застава»).

До страховика, який виплатив страхове відшкодування за договором майнового страхування, в межах фактичних затрат переходить право вимоги, яке страхувальник або інша особа, що одержала страхове відшкодування, має до особи, відповідальної за заподіяний збиток (ст. 993 ЦК; ст. 27 Закону «Про страхування» [122]). Така ж можливість впливає також із ст. 269 КТМ.

Заміна кредитора, яка супроводжується заміною боржника у зобов'язанні, що разом з першим зобов'язанням складає єдині зобов'язальні правовідносини, можлива в порядку захисту права. Так, при порушенні переважного права купівлі частки у праві спільної часткової власності співвласникові надається право пред'явити до суду позов про переведення на нього прав та обов'язків покупця (ч. 4 ст. 362 ЦК). Наймачеві житла при порушенні його переважного права на укладення договору найму житла на новий строк надається можливість вимагати переведення на нього прав наймача (ст. 822 ЦК). Це — положення, що відповідають ч. 2 ст. 512 ЦК.

Ч. 2 ст. 512 ЦК викликає інтерес як ілюстрація руху цивільного права України від соціалізму до ринкової моделі майнових відносин. Вона дозволяє заміну кредитора в інших випадках, встановлених законом, тобто використовує соціалістичний (дозвільний) метод регулювання майнових відносин. Але ж в такому дозволі немає будь-якого сенсу, оскільки в силу ч. 3 ст. 512 ЦК тільки заборона законом або договором може бути перешкодою для заміни кредитора. Відсутність встановленого законом дозволу на заміну кредитора не перешкоджає вчиненню правочину, спрямованого на таку заміну.

Зазначення в дужках в п. 1 ч. 1 ст. 512 ЦК на відступлення права вимоги слідом за формулюванням, що передбачає передання права не можна тлумачити так, що воно виключає буквальне тлумачення попереднього (до слів, що викладаються в дужках) тексту. Це означає, що передаватись право може як на тій стадії, коли воно набуло ознак права вимоги, так і до цього. При викладенні п. 1 ч. 1 ст. 512 ЦК законодавець не загострював увагу на питанні про те, коли ж суб'єктивне право, що існує в зобов'язанні, набуває якості права вимоги, а послідував теоретичним положенням про те, що у зобов'язальних правовідносинах правомочність кредитора набуває форми вимоги. Так, в ч. 2 ст. 626 ЦК термін «право вимоги» прямо ототожнюється з суб'єктивним правом, що виникає на підставі договору та входить до змісту зобов'язання. Правда, є і такі випадки, коли законодавець змушений був досить чітко визнати, що суб'єктивне право, яке входить до змісту зобов'язання, лише на певному етапі (при настанні певних юридичних фактів, перш за все — в зв'язку із спливом встановленого строку) набуває характеру вимоги (ч. 2 ст. 1281 ЦК). У ст. 1078 ЦК визначаються два види вимог — наявна вимога (грошова вимога, строк платежу за якою настав) і майбутня вимога (право грошової вимоги, яке виникне в майбутньому).

Насамкінець, слід враховувати, що сторони зобов'язання не позбавлені права за згодою між собою та з участю третьої особи в будь-який час домовитись про заміну кредитора в зобов'язанні, що буде тягти і заміну боржника у зобов'язанні,

що разом з першим зобов'язанням складає єдині зобов'язальні правовідносини. Це неможливо лише тоді, коли є встановлена законом заборона.

Законом або договором можуть встановлюватись правила (умови), відповідно до яких кредитор в зобов'язанні не може бути замінений. Такі правила встановлюються ст. 515, 1219 ЦК тощо. Заміні боржника може перешкоджати встановлення законом обмежень змісту спеціальної правоздатності учасників зобов'язань.

Заборона договором заміни кредитора в зобов'язанні, що виникає на підставі цього договору, також не є перешкодою для заміни кредитора в такому зобов'язанні зі згоди боржника, оскільки перевагу при правозастосуванні слід надати згоді боржника як спеціальній юридичній дії, в порівнянні з якою встановлена договором заборона повинна кваліфікуватись як загальна. Зокрема, в силу спеціального правила ст. 1080 ЦК заборона договором відступати право грошової вимоги кредитора до боржника не є перешкодою для укладення договору про відступлення такої вимоги на користь фактора. Але таке відступлення не звільняє особу, що відступила грошову вимогу на користь фактора, від зобов'язань і відповідальності перед боржником в зв'язку з порушенням умови про заборону або обмеження відступлення права грошової вимоги.

Цивільний кодекс не визначає характеру договору про відступлення права як реального або консенсуального. Це дає сторонам такого договору можливість для вибору. Вони можуть домовитись про те, що здійнять передання права у майбутньому шляхом підписання відповідного акта. Але в практиці такого майже не буває. Зазвичай в договорах зазначається на передання права, що дає змогу кваліфікувати їх як реальні. Стосовно факторингу ст. 1077 ЦК допускає укладення договору як реального або консенсуального. Це пов'язане з більш диференційованим підходом законодавця в інституті факторингу до проблеми генези суб'єктивного права. Якщо строк платежу настав, здійснюється відступлення наявної вимоги, як правило, шляхом укладення реального договору. Майбутня вимога також може передаватись за договором факторингу, але вона вважається переданою з дня виникнення права вимоги до боржника. Тому в таких випадках договір факторингу (договір про відступлення права вимоги) слід вважати консенсуальним.

Із ст. 513 ЦК випливає, що правочин щодо заміни кредитора в зобов'язанні повинен вчинятись в тій же формі, що і правочин, на підставі якого виникло це зобов'язання. Оскільки договір застави нерухомого майна потребує нотаріального посвідчення, спеціально встановлюється, що правочин про відступлення прав за іпотечним договором підлягає нотаріальному посвідченню (частина друга ст. 24 Закону «Про іпотеку» [137]). Форма правочину щодо заміни кредитора повинна відповідати формі правочину, на підставі якого зобов'язання виникло, і тоді, коли цей останній правочин був нотаріально посвідчений за ініціативою його сторін (сторони), хоч би закон такої форми і не вимагав.

5. Заміна боржника у зобов'язанні. Якщо порівняти ст. 512 і 520 ЦК [19], то виявляється, що стосовно заміни кредитора в зобов'язанні законодавець досить ретельно визначає підстави такої заміни, а стосовно заміни боржника не

став слідувати тій схемі, яка розроблена ним стосовно заміни кредитора. Це вкрай ускладнює розуміння категорії заміни боржника і переведення боргу. Слід вважати, що у ст. 520 ЦК переведення боргу ототожнюється з заміною боржника, що здійснюється у зв'язку з переведенням боргу, тобто, на підставі правочину, що спеціально спрямований на здійснення такої заміни.

Заміна боржника в зобов'язанні (переведення боргу) — це така правова конструкція, що передбачає перехід від первісного боржника до нового боржника зобов'язання (обов'язків, що складають його зміст) і відповідальності за його виконання. Останнім заміна боржника (переведення боргу) відрізняється від покладення виконання зобов'язання на третю особу (ст. 528 ЦК): при покладенні виконання зобов'язання на третю особу відповідальним перед кредитором залишається боржник. Особа, на яку покладене виконання відповідно до ст. 528 ЦК, обов'язків перед кредитором не несе і перед ним не відповідає. Вона відповідає лише перед суб'єктом, що поклав на неї виконання, відповідно до зобов'язання (інших правовідносин) між особою, яка поклала виконання на іншу особу, та цією особою.

Цивільний кодекс не містить визначення боргу. Найближче до нього поняття боржника в частині першій ст. 509 ЦК розуміється як особа, зобов'язана вчинити на користь кредитора певну дію або утриматися від дій. Таке визначення поняття боржника дає підставу стверджувати, що борг у законодавстві розуміється як обов'язок, який несе суб'єкт у зобов'язанні на всіх стадіях розвитку останнього, тобто з моменту виникнення зобов'язання, у період, коли строк виконання зобов'язання настав, але не минув, у період, коли строк виконання минув, до моменту припинення зобов'язання.

Слід враховувати, що ст. 520-523 ЦК не виключають чинності спеціальних правил, що встановлені законом та передбачають заміну боржника в зобов'язанні. Зокрема, підставою заміни боржника у зобов'язанні може бути правонаступництво. Так, відповідно до ч. 2 ст. 107 ЦК кредитор юридичної особи, що припиняється з правонаступництвом, може вимагати від неї припинення або дострокового виконання зобов'язання (це теж тягне його припинення). Але ж кредитор може не слідувати за оголошеннями про припинення юридичних осіб, не знати про припинення юридичної особи або з інших міркувань не пред'являти вимогу про дострокове виконання чи припинення зобов'язання в зв'язку з припиненням юридичної особи-боржника з правонаступництвом. Якщо в такому випадку юридична особа-боржник припиняється з правонаступництвом, має місце заміна боржника в зобов'язанні. Вона настає незалежно від згоди кредитора. Заміна боржника в зобов'язанні в зв'язку з універсальним правонаступництвом має місце при спадкуванні (ст. 1231 ЦК) за умови пред'явлення вимоги до спадкоємців в строки, що встановлені ст. 1281 ЦК (обмеження на спадкування деяких видів майнових обов'язків встановлені ст. 1231 ЦК).

Заміна боржника в зобов'язанні відбувається у випадках сингулярного правонаступництва. У разі зміни власника речі, що передана в найм, до нового власника переходять не тільки права, а і обов'язки наймодавця (ч. 1 ст. 770 ЦК). Таке ж правило встановлено ст. 814 ЦК стосовно житла, переданого у найм.

Стосовно заміни боржника в зобов'язанні іншою особою (новим боржником) на підставі правочину, ст. 520 ЦК забороняє робити це без згоди кредитора. Згода може бути дана окремо від договору про заміну боржника шляхом заяви боржника на адресу кредитора в зобов'язанні.

Оскільки заміна боржника (переведення боргу) допускається лише за наявності згоди кредитора, у ст. 520—523 ЦК не формулюються обмеження на заміну боржника (переведення боргу). Проте, спеціальними правилами вони встановлюються. Так, в порядку спадкування не може бути замінений боржник у зобов'язаннях щодо відшкодування моральної шкоди, сплати неустойки, крім випадків, коли на життя спадкодавця судом було прийнято рішення про відшкодування моральної шкоди або про стягнення неустойки (ч. 2, 3 ст. 1231 ЦК).

Якщо укладення угоди про переведення боргу зачіпає активи платника податків, що перебувають у податковій заставі, це допускається лише за згодою відповідного органу державної податкової служби (підпункт «б» п. 8.6.1 частини 8.6 ст. 8 Закону «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами» [110]). За відсутності такої згоди правочин щодо переведення боргу має визнаватись недійсним на підставі ч. 1 ст. 215 і ч. 1 ст. 203 ЦК. При цьому наведене положення Закону «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами» має кваліфікуватись як таке, що формулює одночасно і норму податкового права, і норму цивільного права.

§ 2. Виконання зобов'язання

1. Загальні умови виконання зобов'язання. В Цивільному кодексі [19], законах та інших нормативно-правових актах формулюються лише найбільш загальні положення, на підставі яких визначається, чи є виконання зобов'язання таким, що здійснене належним чином. Тому в договорах доцільно встановлювати детальні умови виконання зобов'язання, що відповідають інтересам сторін. Практика свідчить про те, що в договори такі умови часто не включаються. З урахуванням цього ст. 526 ЦК за відсутності відповідних вимог законодавства та умов договорів приписує при виконанні зобов'язань керуватись звичаями ділового обороту та іншими вимогами, що звичайно ставляться. Так, договорами зазвичай не передбачається, що постачальник, який здійснює доставку товарів, зобов'язаний доставляти товар в робочі дні покупця та в години, коли у покупця проводяться роботи (до речі, у Німецькому цивільному уложенні таке правило є). Але вимога здійснювати доставку з додержанням цих умов повинна кваліфікуватись як така, що звичайно ставиться.

Звертає на себе увагу те, що відповідно до ст. 526 ЦК при виконанні зобов'язання мають додержуватись вимоги звичаїв ділового обороту, незалежно від того, знав боржник чи ні про існування таких вимог. П. 2 ст. 9 Конвенції Організації Об'єднаних Націй про договори міжнародної купівлі-продажу товарів [6] передбачає застосування до договорів звичаїв, що мають три ознаки: 1) їх знали або повинні були знати сторони; 2) вони широко відомі в міжнародній торгівлі;

3) сторони договорів такого роду у відповідній сфері торгівлі постійно додержуються цих звичаїв.

За загальним правилом, зобов'язання повинне виконуватись в натурі. Виконання зобов'язання в натурі передбачала ст. 208 ЦК 1963 р. Аналогічними, проте більш конкретним за змістом, є ст. 620, 621, 622 ЦК 2003 р. Так, за ч. 1 ст. 620 ЦК, у разі невиконання боржником обов'язку передати кредиторowi річ, визначену індивідуальними ознаками, кредитор має право витребувати цю річ у боржника та вимагати її передавання відповідно до умов зобов'язання. У сфері дії Господарського кодексу підлягає застосуванню також ч. 5 ст. 226 ГК [20], відповідно до якої кредиторowi надається право вимагати відібрання у боржника не тільки речей, визначених індивідуально, а й речей, визначених родовими ознаками (це не виключає повернення виконавчого документа стягувачеві за відсутності у боржника речей, визначених родовими ознаками, відповідно до п. 6 частини першої ст. 40 Закону «Про виконавче провадження» [91]). Ч. 2 ст. 620 ЦК передбачає, що кредитор утрачає право на витребування у боржника речі, визначеної індивідуальними ознаками, у разі, якщо ця річ уже передана третій особі у власність або в користування. Проте, кредитор може звернутися до суду з вимогою про визнання недійсним договору про передавання спірної речі третім особам. Такий позов підлягає задоволенню за загальним правилом, а не тільки тоді, коли такий договір було укладено без мети створення правових наслідків, але з метою ухилення від виконання зобов'язання. Якщо річ, визначену індивідуальними ознаками, ще не передано, переважне право на її одержання має той з кредиторів, зобов'язання на користь якого виникло раніше, а коли це неможливо визначити, — кредитор, який першим пред'явив позов. Кредитори, права яких не можуть бути захищені визнанням недійсними інших правочинів щодо тієї ж речі, можуть захищати свої права іншим способом, зокрема, позовом про відшкодування збитків і моральної шкоди. Положення ч. 2 ст. 620 ЦК поширюються і на господарські відносини.

Оскільки витребування індивідуально визначеної речі у боржника на підставі зобов'язання не є видом відповідальності за порушення зобов'язання, воно може застосовуватись незалежно від вини боржника.

Ст. 621 ЦК передбачає, що у разі невиконання боржником для кредитора певної роботи чи ненадання йому послуги кредитор має право виконати цю роботу власними силами або доручити її виконання чи надання послуги третій особі і вимагати від боржника відшкодування збитків, якщо інше не встановлено договором, актами цивільного законодавства або не впливає із суті зобов'язання. Тут також не встановлюється відповідальність, тому така вимога кредитора підлягає задоволенню незалежно від вини боржника. Зазначена стаття дає кредиторowi можливість, по-перше, досягти цілі виконання зобов'язання в натурі, по-друге, захистити свої майнові права, поклавши на боржника обов'язок відшкодувати збитки. Проте, кредитор, виконуючи роботу власними силами повинен ужити всіх заходів щодо зменшення розміру збитків, у противному випадку можливе виникнення підстав для зменшення судом розміру збитків, що стягуються з боржника, на підставі ст. 616 ЦК: 1) якщо порушення зобов'язання сталося з вини кредитора, суд відповідно зменшує розмір збитків та неустойки,

які стягуються з боржника; 2) суд має право зменшити розмір збитків та неустойки, які стягуються з боржника, якщо кредитор умисно або з необережності сприяв збільшенню розміру збитків, завданих порушенням зобов'язання, або не вжив заходів щодо їх зменшення.

Як раніше ст. 207 ЦК 1963 р., ст. 622 ЦК 2003 р. встановлює, що боржник, який сплатив неустойку і відшкодував збитки, завдані порушенням зобов'язання, не звільняється від обов'язку виконати зобов'язання в натурі, якщо інше не встановлено договором або законом. Зокрема, ч. 2 ст. 622 ЦК встановлює, що у разі відмови кредитора від прийняття виконання, яке внаслідок прострочення втратило для нього інтерес (ст. 612 ЦК), або передання відступного (ст. 600 ЦК), боржник звільняється від обов'язку виконати зобов'язання в натурі. Боржник звільняється від обов'язку виконати зобов'язання в натурі й у разі відмови кредитора від договору (ч. 3 ст. 622 ЦК). Таким чином, боржник звільняється від відповідальності на підставі ст. 622 ЦК тільки у випадку прояви волі зі сторони кредитора.

2. Виконання зобов'язання належним чином. Визнавши дії на виконання договорів правочинами (ч. 3 ст. 206 ЦК [19]) та не включивши до нового Цивільного кодексу положення про можливість визнання повноваження на представництво за особою з огляду на обставини, за яких вона діє (таке положення містилось в частині другій ст. 62 ЦК 1963 р.), законодавець створив дуже складну ситуацію. Вирішуватись вона буде так, як раніше вона вирішувалась на підставі ст. 62 ЦК 1963 р., оскільки не можна визнати такими, що суперечать законам, мільйони договорів, які щодня укладаються в сфері роздрібної торгівлі, громадського харчування, мільйони дій на виконання таких договорів. З урахуванням цього практика і далі буде визнавати, що продавець (працівник магазину) має право виконувати зобов'язання щодо передання товарів, а касир та контролер банку мають право прийняти виконання грошового зобов'язання, хоч би і в сумі, що складає декілька мільйонів гривень. Отже, зазвичай немає ніякої необхідності вимагати, щоб дії на виконання зобов'язання юридичної особи виконували її органи. Проте не виключається посилення сторін в обґрунтування своєї позиції в суді на необхідність послідовного дотримання положень ч. 2 ст. 527 ЦК. Так, у відповідь на вимогу про сплату штрафу в розмірі двадцяти відсотків вартості неякісних (некомплектних) товарів (ч. 2 ст. 231 ГК [20]), будуть пред'являтися позови про визнання недійсними правочинів на виконання договорів з посиланням на те, що виконання було прийняте від особи (водіа-експедитора), що не мала права здійснювати правочини від імені постачальника. Суду нелегко буде спростувати ці доводи сторони спору. За таких умов думка про те, що ч. 2 ст. 527 ЦК треба буде скоригувати за допомогою принципів добросовісності, справедливості і розумності (ст. 3, 509 ЦК), не позбавлена сенсу.

Разом з тим, реальні дії сторін зобов'язань мають бути наближені до закону шляхом видачі сторонами договорів довіреностей особам, які здійснюють виконання зобов'язань та прийняття їх виконання. Частково ці питання вирішуються Інструкцією про порядок реєстрації виданих, повернутих і використаних довіреностей на одержання цінностей [203], яка, зокрема, передбачає, що при централізовано-кільцевих перевезеннях цінностей товари передаються на

складі одержувача матеріально відповідальним особам, що засвідчують свій підпис на підтвердження отримання товарів печаткою (штампом), про зразок якої одержувач повідомив постачальника (п. 12 згаданої Інструкції).

Зберігають чинність Правила перевезень вантажів автомобільним транспортом в Україні [209], що встановлюють порядок прийняття вантажів до перевезення, оформлення документів на перевезення та здачі вантажів одержувачам, хоч вони і не повністю відповідають вимогам ч. 2 ст. 527 ЦК. Це ж стосується і Правил приймання вантажів до перевезення [224], Правил видачі вантажів [225] та Правил оформлення перевізних документів [227], що діють на залізничному транспорті. Ці Правила досить послідовні щодо вантажовідправників та вантажоодержувачів у тому, що стосується оформлення повноважень їх представників, що пред'являють вантажі для перевезення та приймають вантажі від перевізника. Що стосується повноважень працівників залізниці на здійснення дій від імені залізниці, то тут зазначені Правила базуються на тому, що повноваження працівників залізниці випливають із обставин, в яких діють представники.

3. Виконання зобов'язання іншою особою. Категорія покладення виконання на іншу особу має неоднаковий зміст у різних зобов'язаннях. Так, зміст зобов'язання купівлі-продажу полягає в обов'язку передати майно (ст. 655 ЦК [19]). Тому особою, яка виконує зобов'язання купівлі-продажу, є та особа, що вручає майно покупцеві або здає його транспортній організації або підприємству зв'язку для відправлення чи пересилання покупцеві. Якщо на виконання договору купівлі-продажу продавець здійснює закупівлю товарів, а потім сам вручає їх покупцеві чи здає підприємству транспорту або зв'язку для відправлення чи пересилання покупцеві, продавець вважається таким, що особисто виконує зобов'язання.

Інший характер має зобов'язання підряду. Підрядник зобов'язується виконати певну роботу за завданням замовника (ст. 837 ЦК), а із ст. 853 ЦК випливає його обов'язок передати (здати) роботу замовникові. Тут до змісту зобов'язання підрядника включається виконання роботи. Тому, хоч підрядник особисто зобов'язаний передати роботу замовникові, доручення виконання роботи субпідрядникам кваліфікується як покладення виконання зобов'язання на іншу особу.

Покладення боржником обов'язку виконати зобов'язання на іншу особу є припустимим, якщо інше не передбачено Цивільним кодексом, іншими актами законодавства або договором. Дія ч. 1 ст. 528 ЦК, що надає боржникові право покласти виконання на іншу особу, може виключатись також суттю зобов'язання.

Оскільки прийняття виконання є також обов'язком боржника, то правило про можливість (за встановленими винятками) покладення боржником виконання на іншу особу поширюється і на покладення на іншу особу прийняття виконання.

Покладення виконання зобов'язання на іншу особу не означає заміни боржника в зобов'язанні. Сторона, за загальним правилом, зобов'язана прийняти виконання, запропоноване за боржника іншою особою, але ж ця інша особа не несе перед цією стороною будь-яких обов'язків і не має перед нею будь-яких прав.

Ч. 1 ст. 528 ЦК не виключає застосування ч. 2 ст. 527 ЦК, тому і при виконанні зобов'язання іншою особою сторона, що приймає виконання, має право вимагати пред'явлення доказів того, що зобов'язання дійсно виконується належним

боржником (особою, на яку боржник дійсно поклав виконання зобов'язання), і несе ризик наслідків неперед'явлення такої вимоги. Якщо такі докази не будуть надані, сторона, що приймає виконання, вправі відмовитись від прийняття виконання. В цьому разі наслідки, передбачені ст. 613 ЦК (прострочення кредитора), не наступають, бо виконання зобов'язання особою, що не надала зазначених доказів, не може бути кваліфіковане як належне.

4. Момент виконання зобов'язання. У Цивільному кодексі [19] не встановлені загальні правила визначення моменту виконання зобов'язань. Очевидно, мається на увазі, що це питання повинне вирішуватися правовими нормами окремих інститутів зобов'язального права. Ст. 664 ЦК визначає момент виконання продавцем обов'язку передати товар. Якщо договором встановлено обов'язок продавця доставити товар, моментом виконання зобов'язання передати товар є момент вручення товару покупцеві. Якщо товар має бути переданий покупцеві у місцезнаходженні товару, зобов'язання вважається виконаним в момент надання товару в розпорядження покупця. Товар вважається наданим у розпорядження покупця, якщо він готовий до надання покупцеві у належному місці, і покупець поінформований про це. В інших випадках зобов'язання продавця передати товар вважається виконаним у момент здачі товару перевізникові або організації зв'язку для доставки покупцеві (ч. 2 ст. 664 ЦК).

Щодо грошових зобов'язань законодавство не встановлює спеціального правила, що відповідає на питання про те, в який же момент грошове зобов'язання вважається виконаним. Обумовлено це насамперед превалюванням у нормативно-правових актах, які регулюють відносини з приводу розрахунків, фінансово-економічного та організаційного змісту над юридичним. Так, відповідно до ч. 30.1 ст. 30 Закону «Про платіжні системи та переказ грошей в Україні» [117] переказ грошей вважається закінченим з моменту зарахування суми переказу на рахунок отримувача або видачі грошової суми отримувачеві в готівковій формі. Однак це положення не дає нічого для вирішення питання про цивільні права, обов'язки та відповідальність осіб, які беруть участь у переказі грошей, про момент їх виникнення та припинення.

Слід виходити з того, що права, обов'язки і відповідальність між учасниками переказу грошей розподіляються відповідно до загальних положень зобов'язального права. І лише у випадках врегулювання відповідних відносин спеціальними правилами застосовуються ці правила, а не загальні положення зобов'язального права. Загальна схема розподілу прав, обов'язків і відповідальності ґрунтується на ст. 509, 525—528 ЦК. Якщо вести мову про безготівкові розрахунки в межах цивільного обігу, то і платник по грошовому зобов'язанню, і одержувач платежу укладають договори з банками на розрахункове обслуговування. П. 1.6 Інструкції про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті [236] встановлює, що банки здійснюють розрахунково-касове обслуговування своїх клієнтів на підставі відповідних договорів. Це відповідає ч. 5.2 ст. 5 Закону «Про платіжні системи та переказ грошей в Україні», яка передбачає укладення договорів між суб'єктами переказу грошей, ч. 22.8 ст. 22 того ж Закону («розрахунково-касове обслуговування клієнтів здійснюється банками на договірній основі») і ст. 55 Закону «Про банки і банківську діяльність» [109] («відносини банку з клієнтом

регулюються... угодами (договорами) між клієнтом і банком». У силу ч. 2 ст. 509 ЦК на підставі договорів між банками і клієнтами виникають зобов'язання, що повинні виконуватися належним чином (ст. 526 ЦК), і одностороння відмова від виконання яких не допускається (ст. 525 ЦК). На підставі ст. 198 ГК [19], яка приписує організаціям провадити грошові розрахунки через банки, в силу укладеного договору платник покладає на банк, що його обслуговує, виконання зобов'язання щодо перерахування грошей одержувачеві (ст. 528 ЦК). За виконання цього зобов'язання банк несе перед клієнтом відповідальність, зокрема, щодо відшкодування збитків (ст. 623 ЦК). З метою забезпечення належного виконання цього зобов'язання в договорі між банком і клієнтом передбачаються заходи забезпечення (зокрема, неустойка).

Переказ грошей між банками може здійснюватися через систему електронних платежів Національного банку України за кореспондентськими рахунками банків у територіальних управліннях Національного банку, через банки-кореспонденти за кореспондентськими рахунками ЛОРО та НОСТРО. Національний банк (його територіальні управління) та банки-кореспонденти несуть передбачену договором і цивільним законодавством відповідальність перед банком платника і перед банком отримувача платежу за належне виконання зобов'язань щодо переказу грошей. І якщо Національний банк завжди має можливість виконати такі зобов'язання (принаймні, за рахунок емісії), то банк-кореспондент таку можливість має не завжди, і в разі невиконання ним доручення на переказ грошей він несе цивільно-правову відповідальність перед банком платника, а платник, як і раніше, відповідає перед отримувачем платежу.

З моменту зарахування грошей на кореспондентський рахунок банку отримувача платежу в НБУ чи на рахунок ЛОРО банку-отримувача платежу в банку-кореспонденті цивільно-правову відповідальність перед отримувачем платежу несе банк, що його обслуговує. Зокрема, ч. 32.2 ст. 32 Закону «Про платіжні системи та переказ грошей в Україні» передбачає сплату банком, що обслуговує отримувача платежу, пені в розмірі 0,1 відсотка суми платежу, зарахування якого на рахунок отримувача платежу прострочене, за кожний день прострочення, але не більше 10 відсотків (диспозитивно). Спеціально вказується на те, що в цьому випадку платник не несе відповідальності перед отримувачем платежу за прострочення зарахування грошей на рахунок отримувача платежу.

Отже, оскільки платник поклав обов'язок перерахувати грошові кошти на банк, що несе перед ним відповідне зобов'язання, грошове зобов'язання слід вважати виконаним з моменту, коли відповідна сума списана з кореспондентського рахунку банку, що обслуговує платника, в Національному банку чи іншого рахунку в банку-кореспонденті.

Викладена, основана на загальних положеннях цивільного законодавства, система правовідносин коригується спеціальними правилами ч. 32.2 ст. 32 названого Закону. Платникові надається право на стягнення заподіяної йому шкоди з банку, що обслуговує отримувача платежу, в разі порушення встановленого строку завершення переказу. Отримувачеві платежу надане право на відшкодування шкоди, заподіяних йому банком платника простроченням виконання документа на переказ грошей. Цими положеннями всупереч загальному правилу

про відповідальність у рамках системи зобов'язань «платник — банк платника — Національний банк (банк-кореспондент) — банк отримувача платежу — отримувач платежу — платник» пропонується застосовувати (позадовірно) відповідальність банку платника перед отримувачем платежу і банку отримувача платежу перед платником. Звичайно, спеціальний припис закону не може ігноруватися з тих причин, що він не відповідає теоретичним уявленням і загальним нормам законів. Але й підстав для широкого визначення сфери дії наведених правил немає: вони застосовуються тільки при простроченні вчинення банками відповідних дій (абзаци третій і четвертий ч. 32.2 ст. 32 Закону «Про платіжні системи та переказ грошей в Україні»). Прострочення — це різновид неналежного виконання. Невиконання банком платника документа на переказ не може бути кваліфіковане як прострочення. Що стосується визначення розміру шкоди, що підлягає відшкодуванню, то при цьому слід враховувати одержані кредитором доходи, зокрема, пеню, стягнену отримувачем платежу з платника, оскільки правило про штрафну неустойку застосовується в разі порушення зобов'язання, а у наведених випадках зобов'язання між сторонами виникає тільки в разі порушення, а до порушення зобов'язання між ними не існує.

Правила, близькі до змісту ст. 32 Закону «Про платіжні системи та переказ грошей в Україні», встановлені п. 16.5.1 ч. 16.5 ст. 16 Закону «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами» [110]. Банк, що обслуговує платника податків, безпосередньо несе відповідальність перед бюджетами і державними цільовими фондами за порушення строків зарахування податків і обов'язкових зборів до бюджетів та державних цільових фондів у вигляді пені, встановленої для відповідного податку або обов'язкового збору, а також «іншу відповідальність, встановлену цим Законом за порушення порядку своєчасного і повного внесення податку, збору до бюджету та державного цільового фонду». При цьому передбачене звільнення платника податків від відповідальності за несвоєчасне та неповне зарахування платежів до бюджету, включаючи пеню та штрафні санкції. Ці винятки із загальних правил також стосуються лише випадків несвоєчасного (та ще неповного) зарахування коштів на рахунок отримувача платежу, а не випадків невиконання зобов'язання (невиконання документа на переказ грошей).

В окремих випадках встановлюються спеціальні правила щодо визначення моменту виконання грошового зобов'язання. Так, грошова позика вважається повернутою в момент зарахування грошової суми, що позичалася, на банківський рахунок позикодавця (ч. 3 ст. 1049 ЦК). Отже, до цього моменту обов'язок позичальника не може вважатись виконаним. Він може бути примушений до його виконання та притягнений до відповідальності за його невиконання чи неналежне виконання, хоч би єдиною причиною невиконання були неправомірні дії банку, який обслуговує позикодавця та який вільно обрав позикодавець. Логіки в цьому правилі явно бракує, але ж правозастосувач не вправі доповнити закон логікою.

Для правильного розуміння проблеми визначення дня виконання грошового зобов'язання корисно врахувати положення ч. 9 ст. 20 Закону «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» [141], відповідно до якого днем

сплати страхових внесків у разі безготівкових розрахунків вважається день списання установою банку або установою Державного казначейства суми платежу з банківського (спеціального реєстраційного) рахунку страхувальника незалежно від часу її зарахування на банківський рахунок Пенсійного фонду.

§ 3. Валюта грошових зобов'язань

1. Грошові зобов'язання у валюті. Відповідно до ст. 99 Конституції України і Указу Президента України «Про грошову реформу в Україні» [165] національною грошовою одиницею України є гривня. Крім того, згідно із статтею 3 Закону України «Про платіжні системи та переказ грошей в Україні» [117] гривня як грошова одиниця України (національна валюта) є єдиним законним платіжним засобом в Україні і приймається усіма фізичними та юридичними особами без будь-яких обмежень на всій території України. На підставі цього ст. 533 ЦК [19] визначає як валюту виконання зобов'язань гривню, що використовується при здійсненні як готівкових, так і безготівкових розрахунків. Це не перешкоджає вираженню грошового зобов'язання в іноземній валюті. Відповідно до ст. 524 ЦК зобов'язання має бути виражене у грошовій одиниці України — гривні, однак сторони можуть визначити грошовий еквівалент зобов'язання в іноземній валюті.

Норми Цивільного і Господарського [20] кодексів не містять визначення терміна «іноземна валюта». Це питання врегульовано нормами спеціального законодавства. Так, за змістом ст. 1 Закону «Про зовнішньоекономічну діяльність» [28] та ст. 1 Декрету Кабінету Міністрів України «Про систему валютного регулювання і валютного контролю» [155] під терміном «іноземна валюта» розуміються іноземні грошові знаки у вигляді банкнот, казначейських білетів, монет, що перебувають в обігу та є законним платіжним засобом на території відповідної іноземної держави, а також вилучені з обігу або такі, що вилучаються з нього, але підлягають обміну на грошові знаки, які перебувають в обігу, кошти у грошових одиницях іноземних держав і міжнародних розрахункових (клірингових) одиницях, що перебувають на рахунках або вносяться до банківських та інших кредитно-фінансових установ за межами України.

На відміну від Цивільного кодексу 1963 р. Цивільний кодекс 2003 р. водночас закріплює можливість визначення у зобов'язанні грошового еквіваленту в іноземній валюті. При цьому сума, що підлягає сплаті у гривнях, визначається за офіційним курсом відповідної іноземної валюти на день платежу, який встановлюється Національним банком України, якщо договором або законом чи іншим нормативно-правовим актом не встановлений інший порядок її визначення. Акти законодавства, прийняті після проголошення незалежності України не допусkali такої можливості. Крім того, і практика укладення та виконання договорів, у яких ціна встановлювалась з визначенням грошового еквіваленту в іноземній валюті, свідчить про деякі труднощі, які були пов'язані з невірною юридичною кваліфікацією судовими органами такого способу встановлення ціни. Можливість встановлення ціни із застосуванням грошового

еквівалента в іноземній валюті не визначається чинним законодавством як дозвіл на використання іноземної валюти, а також платіжних документів в іноземній валюті при здійсненні розрахунків на території України за зобов'язаннями, оскільки це допускається лише у випадках, порядку та на умовах, встановлених законом. Так, відповідно до ст. 5 зазначеного вище Декрету використання іноземної валюти на території України як засобу платежу потребує одержання індивідуальної ліцензії Національного банку України. Тому операція, наприклад, з утримання комісійної винагороди в іноземній валюті резидентом-посередником із суми, яка надійшла за зовнішньоекономічним контрактом, можлива лише за умови одержання індивідуальної ліцензії Національного банку України однією із сторін такої валютної операції.

Виходячи зі змісту ст. 189 ГК, ціна є істотною умовою господарського договору і зазначається в договорі у національній валюті (гривні). Але у зовнішньоекономічних контрактах ціна може визначатися в іноземній валюті за згодою сторін. Зважаючи на це, ціна є істотною умовою господарського договору, щодо якої сторони зобов'язані досягти домовленості, тобто погодити ціну національній валюті України.

Ч. 2 ст. 198 ГК формулює загальне правило валютного регулювання щодо валюти, яка має використовуватись в господарських зобов'язаннях — грошові зобов'язання учасників господарських відносин повинні виражатися і підлягати оплаті в національній валюті — гривні. Використання ж іноземної валюти для вираження грошового зобов'язання між резидентами забороняється. Тобто, норми зазначеної статті значно звужують закріплене у ч. 2 ст. 533 ЦК право суб'єктів цивільного права визначати зобов'язання в іноземній валюті за офіційним курсом відповідної валюти на день платежу. Грошові зобов'язання згідно із ч. 2 ст. 198 ГК можуть бути виражені в іноземній валюті тільки у випадках, коли суб'єкти господарювання мають право на здійснення розрахунків між собою в іноземній валюті відповідно до законодавства. Таке право, зокрема передбачене стосовно розрахункових операцій за зовнішньоекономічними контрактами нормами Закону «Про порядок здійснення розрахунків іноземній валюті» [56].

2. Наслідки порушення вимоги про вираження грошового зобов'язання в гривнях. Визначення грошового зобов'язання учасників господарських зобов'язань в іноземній валюті не означає, що відповідна умова договору чи увесь договір є нікчемними. Така умова договору суперечить ч. 2 ст. 198 ГК [20], що є підставою для визнання її недійсною судом на підставі ч. 1 ст. 203 і ч. 1 ст. 215 ЦК [19]. Було б неправильним застосування в таких випадках ст. 208 ГК, що передбачає стягнення в доход держави отриманого за зобов'язанням, що суперечить інтересам держави і суспільства. До прийняття судом рішення про визнання недійсною умови договору, в якій грошові зобов'язання всупереч закону виражене в іноземній валюті, ця умова договору має виконуватись. Після визнання такої умови недійсною застосовується ч. 4 ст. 632 ЦК, із якої випливає можливість визначення ціни, виходячи із звичайних цін.

§ 4. Проценти

1. Поняття процентів. Чинні Цивільний [19] і Господарський [20] кодекси не містять визначення терміна «проценти». Відповідно до ч. 1.10 ст. 10 Закону «Про оподаткування прибутку підприємств» [77] під процентами визначається дохід, який сплачується (нараховується) позичальником на користь кредитора у вигляді плати за використання залучених на визначений строк коштів або майна. Тобто, проценти визначаються наявністю наступних умов: 1) плати за використання залучених коштів або майна; 2) залучення коштів або майна здійснюється на визначений строк; 3) передбачається наявність позичальника та кредитора.

Відповідно до ст. 536 ЦК до категорії процентів належать платежі за використання грошових коштів, отриманих у кредит; платежі за використання коштів, залучених у депозит. Крім того, відповідно до ст. 536, 1057, ч. 2 ст. 1054, ст. 1048 ЦК проценти застосовуються і у випадках, коли користування чужими коштами немає. Так, при продажу товарів, виконанні робіт чи наданні послуг з умовою про відстрочення або розстрочення оплати покупець чи замовник не отримує чужих коштів, але проценти сплачує за наданий так званий комерційний кредит.

Проценти нараховуються у вигляді відсотків на основну суму заборгованості або в вигляді фіксованих сум. В тому разі, коли залучення коштів здійснюється шляхом продажу цінних паперів, зокрема облігацій, казначейських зобов'язань або ощадних (депозитних) сертифікатів, емітованих позичальником, сума процентів визначається шляхом нарахування відсотків на номінальну вартість такого цінного паперу, виплати фіксованої премії чи виграшу або шляхом визначення різниці між ціною розміщення та ціною погашення такого цінного паперу (суми дисконту).

За своєю правовою природою проценти, передбачені ст. 536, ч. 3 ст. 692, ч. 3 ст. 693, ст. 1048, 1057 ЦК, є однорідними. Тому виключається одночасне застосування процентів на підставі двох або декількох названих статей.

2. Розмір процентів. За змістом ч. 2 ст. 536 ЦК [19] розмір процентів за користування чужими грошовими коштами встановлюється договором, законом або іншими актами цивільного законодавства. Якщо розмір процентів за користування чужими коштами договором не встановлений, він визначається на рівні облікової ставки Національного банку України. У разі відсутності іншої домовленості сторін проценти виплачуються щомісяця до дня повернення позики (абзац другий ч. 1 ст. 1048 ЦК).

3. Проценти як вид відповідальності. Проценти можуть нараховуватися (сплачуватися) і за зобов'язаннями в разі прострочення платежу. В цьому разі підставою застосування процентів є порушення зобов'язання. Так, відповідно до ч. 2 ст. 625 ЦК [19] боржник, який прострочив виконання грошового зобов'язання, на вимогу кредитора повинен сплатити суму боргу з урахуванням встановленого індексу інфляції за весь час прострочення, а також три проценти

річних від простроченої суми, якщо інший розмір процентів не встановлений договором або законом. Проценти, передбачені ст. 536 ЦК, з одного боку, та ч. 2 ст. 625 ЦК — з іншого, є різними правовими явищами. Тому кожний із названих видів процентів застосовується за наявності відповідних підстав, які є різними. Відповідно, проценти, передбачені ч. 3 ст. 692, ч. 3 ст. 693, ст. 1048, 1057 ЦК як правові явища, також не є тотожними процентам, що передбачені ч. 2 ст. 625 ЦК. З урахуванням цього, за наявності правових підстав можливе одночасне застосування процентів на підставі ст. 536, 692, 693, 1048, 1057 ЦК, — з одного боку, і процентів, передбачених ст. 625 ЦК — з іншого. Так, договором про надання банком кредиту позичальникові можуть встановлюватись умови про: 1) сплату процентів за наданий кредит, виходячи із суми наданого кредиту та процентної ставки, передбаченої договором; 2) про сплату процентів за наданий кредит за період прострочення повернення суми кредиту, виходячи із підвищеної процентної ставки; 3) неустойку в розмірі подвійної облікової ставки Національного банку України за весь час прострочення повернення суми кредиту та сплати процентів, виходячи із суми кредиту, повернення якої прострочено, та суми процентів, сплата яких прострочена. Крім того, сума кредиту, повернення якого прострочено, та сума процентів, сплата яких прострочена, підлягають індексації, а на ці суми нараховуються проценти відповідно до ч. 2 ст. 625 ЦК.

4. Проценти за господарськими зобов'язаннями. Норми чинного Цивільного кодексу [19] не містять визначення такого юридичного поняття, як «проценти». Відповідно до ч. 3 ст. 198 ГК [20] законодавець визначає поняття «відсотки». Разом з тим, смислове і текстуальне тлумачення зазначеної норми та положень ст. 536 ЦК дає підстави стверджувати, що вказані поняття «проценти» (за Цивільний кодексом) і «відсотки» (за Господарським кодексом) наповнені схожим правовим змістом. Згідно із ч. 3 ст. 198 ГК відсотки за грошовими зобов'язаннями учасників господарських відносин застосовуються у випадках, розмірах та порядку, визначених законом або договором.

Необхідно зазначити, що на відміну від раніше чинного законодавства, за яким отримання прибутку у вигляді відсотків за надання в користування коштів визнавалося можливим тільки для відповідних фінансових установ, зокрема банків, кредитних спілок тощо, і тільки за наявності ліцензії Національного банку України, положення ч. 3 ст. 198 ГК мають відсильний характер до положень ст. 536 ЦК і передбачають, що відсотки за грошовими зобов'язаннями учасників господарських відносин застосовуються у випадках, розмірах і в порядку, визначених законом або договором. Суб'єкти господарювання можуть визначати розмір і порядок сплати відсотків за користування грошима, якщо іншими актами законодавства не будуть встановлені вимоги щодо розміру і порядку сплати відсотків. Отже, до господарських зобов'язань застосовуються правила ст. 536, 692, 693, 1048, 1057 ЦК, які встановлюють підстави та розмір процентів за користування чужими коштами, а також ст. 625 ЦК, якщо інше не передбачено спеціальними законами або договором.

Із ч. 1 ст. 536 ЦК випливає, що сплата процентів за користування чужими грошовими коштами є обов'язковою. Відступити від цього імперативного

правила можна тільки у договорах, обома сторонами яких є фізичні особи. Ст. 229 ГК передбачає відповідальність боржника за порушення грошових зобов'язань у вигляді відшкодування збитків. Але слід враховувати, що при визначенні розміру заподіяних збитків мають враховуватись проценти, що сплачені чи підлягають сплаті як за користування чужими коштами (ст. 536, 692, 693, 1048, 1057 ЦК), так і за прострочення виконання грошового зобов'язання (ч. 2 ст. 625 ЦК), а також сума, на яку заборгованість за грошовим зобов'язанням підвищена в порядку індексації.

§ 5. Неустойка як спосіб забезпечення виконання зобов'язання

1. Поняття та загальна характеристика неустойки. Неустойка є одним із найпоширеніших і найуживаніших із способів забезпечення виконання зобов'язань. Відповідно до ст. 549 ЦК [19] неустойка (штраф, пеня) — це певна грошова сума, визначена законом або договором, яку боржник зобов'язаний сплатити кредиторів у разі невиконання або неналежного виконання зобов'язання, зокрема у випадку прострочення виконання зобов'язання. Нормами Цивільного кодексу також визнається, що неустойкою може бути не тільки грошова сума, а й інша майнова цінність. Це твердження означає, що і відступне, і завдаток (як спосіб забезпечення виконання зобов'язань), і неустойка можуть полягати у будь-якого роду речах, причому відносини, які виникають у такому випадку, не відрізняються від відносин, які мають грошовий характер.

Стосовно правової природи неустойки, слід звернути увагу на те, що відповідно до ст. 549 ЦК неустойка розуміється, з одного боку, як спосіб забезпечення виконання зобов'язань, а з другого, — є мірою (формою) цивільно-правової відповідальності за невиконання або неналежне виконання зобов'язання. Розмір неустойки, як правило, дозволяє відновити майнові втрати, якщо вони мали місце. Застосування неустойки можливе в процесі виконання договору як за порушення кожного окремого обов'язку, кожної окремої умови договору, так і за невиконання зобов'язання, що ґрунтується на такому договорі, в цілому.

Відповідно до ст. 550 ЦК стягнення неустойки за своєю правовою природою є, зокрема, мірою цивільно-правової відповідальності, тому її застосування можливе лише за наявності вини. За відсутності вини особи, що порушила зобов'язання, на неї не може бути покладено обов'язок щодо сплати неустойки за таке порушення. Крім того, право кредитора на стягнення неустойки не залежить від збитків, тому вона може застосовуватися і за їх відсутності.

Згідно із ст. 551 ЦК предметом неустойки визначається грошова сума та майно (рухоме і нерухоме), а відповідно до статті 230 ГК [20] — грошова сума, яку учасник господарських відносин зобов'язаний сплатити у разі порушення ним правил здійснення господарської діяльності, невиконання або неналежного виконання господарського зобов'язання. Наведене свідчить про те, що відповідні норми Господарського кодексу звужують предмет неустойки, яка може бути

застосована для забезпечення господарських зобов'язань. За наявності прямої суперечності між положеннями Цивільного та Господарського кодексів щодо предмета неустойки, перевагу при правозастосуванні, в тому числі і стосовно господарських зобов'язань, слід надати ст. 550 ЦК.

2. Співвідношення неустойки і збитків. При вирішенні питань, пов'язаних із співвідношенням двох названих правових конструкцій слід виходити із наукових положень, відповідно до яких неустойку поділяють на наступні види: 1) залікова — неустойка, яка передбачає можливість стягнення як неустойки, так і збитків, але в тій частині, яка не покрита сумою неустойки; 2) штрафна — неустойка, яка підлягає сплаті понад розмірів збитків, які заподіяні невиконанням або неналежним виконанням зобов'язання; 3) виключна — неустойка, яка обмежує відповідальність за невиконання або неналежне виконання зобов'язань і взагалі виключає можливість стягнення збитків; 4) альтернативна — неустойка, яка передбачає можливість стягнення або неустойки, або збитків.

Відповідно до ст. 624 ЦК [19], якщо інше не встановлено договором, застосовується штрафна неустойка. Проте, інше може встановлюватись не тільки договором, а й спеціальним законом. Більше того, ч. 1 ст. 921 ЦК передбачає можливість встановлення відповідальності перевізника і відправника транспортними кодексами і статутами. Останні на цей час є підзаконними актами. Встановлення відповідальності — це, зокрема, і визначення співвідношення неустойки і збитків (визначення виду неустойки за цим критерієм). Господарський кодекс [20] як основний вид неустойки визнає залікову неустойку (ч. 1 ст. 232 ГК). Це — один із випадків, коли Господарський кодекс формулює правові норми не в порядку розвитку та деталізації положень Цивільного кодексу, а всупереч цим положенням. Тому застосуванню, в тому числі і до господарських зобов'язань, підлягає загальне правило ст. 624 ЦК, відповідно до якого неустойка є штрафною, якщо договором не встановлено інше. Частина 2 ст. 232 ГК прямо передбачає можливість встановлення іншого виду неустойки не тільки договором, а і законом.

Стягнення неустойки, в тому числі і у вигляді пені, не перешкоджає стягненню з боржника процентів за користування чужими коштами (в тому числі і процентів у підвищеному розмірі, якщо умова про такий розмір процентів у разі прострочення повернення суми кредиту встановлена договором), сум, що нараховуються в порядку індексації заборгованості за грошовим зобов'язанням (ч. 2 ст. 625 ЦК), а також процентів, передбачених ч. 2 ст. 625 ЦК.

3. Диспозитивні і імперативні норми про розмір неустойки. Неустойка може встановлюватись договором і законом. Це впливає із ч. 1 ст. 548 ЦК [19]. В силу спеціального закону (наприклад, ч. 1 ст. 921 ЦК) можливе встановлення неустойки підзаконним актом. Якщо розмір неустойки встановлено законом або іншим нормативно-правовим актом, він, як правило, може змінюватись договором, тобто правові норми, що встановлюють розмір неустойки, як правило, є диспозитивними. Цей висновок ґрунтується на загальному положенні ч. 3 ст. 6 ЦК. Абзац другий ч. 2 ст. 551 ЦК прямо передбачає можливість зменшення розміру неустойки, встановленої законом, за домовленістю сторін. Застереження про те, що це є неможливим у випадках, передбачених законом,

нічим не доповнює загальне правило ч. 3 ст. 6 ЦК, хіба що виключає обмеження права сторін зменшувати розмір неустойки іншими способами, крім законом. З іншого боку, надання сторонам договору права збільшувати розмір неустойки, встановлений законом (абзац другий ч. 2 ст. 551 ЦК), не виключає обмеження цього права спеціальними законами. Стаття 231 ГК [20] також виходить із того, що сторони договору вправі змінити розмір неустойки, встановленої законом, але передбачає встановлення законом заборони змінювати за домовленістю сторін розмір неустойки, встановленої законом.

Виняток із правила ч. 2 ст. 551 ЦК, що допускає збільшення договором розміру неустойки, встановленої законом, передбачається ч. 1 ст. 231 ГК: стосовно окремих видів господарських зобов'язань законом може бути встановлено розмір штрафних санкцій, зміна якого за погодженням сторін не допускається. В силу спеціального правила частини першої ст. 23 Закону «Про залізничний транспорт» [70] відповідальність, в тому числі у вигляді неустойки, може встановлюватись Статутом залізниць [186]. Стаття 105 СЗ встановлює, що залізниці, вантажовідправники, вантажоодержувачі, пасажери, транспортні, експедиторські і посередницькі організації несуть матеріальну відповідальність за перевезення у межах і розмірах, передбачених цим Статутом та окремими договорами. Називати матеріальною відповідальність у вигляді відшкодування збитків, завданих незбереженням вантажу при перевезеннях, та сплати неустойки — це в традиції національного транспортного законодавства. Тому наведене положення ст. 105 СЗ поширюється і на неустойку. Отже, неустойка у сфері чинності Статуту залізниць може встановлюватись цим Статутом і договорами, але не будь-якими, а лише окремими. Такими в ст. 22 та 63 СЗ визнаються договори про виконання залізницею додаткових операцій, пов'язаних з перевезенням вантажів та договори про перевезення вантажів на особливих умовах. Іншими договорами неустойка у сфері дії Статуту залізниць не може ні збільшуватись, ні зменшуватись.

Своєрідним суміщенням диспозитивних та імперативних засад є надання сторонам договорів права встановлювати неустойку в договорі (таке право впливає із ч. 1 ст. 548 ЦК) та обмеження розміру неустойки законом. Так, Закон «Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань» [72] розмір пені за прострочення виконання грошових зобов'язань, що встановлюється договором, обмежує подвійною обліковою ставкою Національного банку України (цей Закон поширюється на правовідносини, учасниками яких є юридичні особи та фізичні особи-підприємці). На чинність названого Закону стосовно господарських зобов'язань не вплинула ч. 6 ст. 231 ГК, відповідно до якої штрафні санкції за порушення грошових зобов'язань встановлюються у відсотках, розмір яких визначається обліковою ставкою Національного банку. Частина 6 ст. 231 ГК допускає встановлення законом або договором іншого порядку визначення розміру штрафних санкцій за порушення грошових зобов'язань. В ч. 2 ст. 343 ГК прямо вказується на те, що пеня за прострочку платежу встановлюється за згодою сторін господарських договорів, але її розмір не може перевищувати подвійної облікової ставки Національного банку України. Зберігає чинність і спеціальне правило ст. 1 Закону «Про відповідальність

суб'єктів підприємницької діяльності за несвоєчасне внесення плати за спожиті комунальні послуги та утримання прибудинкових територій» [92], відповідно до якого загальний розмір пені не може перевищувати 100 відсотків загальної суми боргу. Цей граничний розмір неустойки не може бути збільшений договором.

Яким би способом не визначався в договорі розмір неустойки, він не може перевищувати той розмір, який встановлений законом як граничний (якщо він встановлений). Так, якщо Законом «Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань» встановлений граничний розмір пені за прострочення платежу — не більше подвійної облікової ставки Національного банку України, яка діяла в період, за який сплачується пеня (від суми простроченого платежу, включаючи податок на додану вартість та інші податки), то угода сторін про встановлення більшого розміру пені буде недійсною у частині перевищення встановленого названим Законом граничного розміру пені. Цей граничний розмір пені не може перевищуватися (за сумою) й тоді, коли сторони в договорі за прострочення виконання грошового зобов'язання встановили не пеню, а штраф. Наприклад, договором встановлено штраф за прострочення виконання грошового зобов'язання в розмірі 5 відсотків суми простроченого платежу. Сума платежу — 5000 грн. Сума штрафу складе 250 грн. (5000 x 5:100). Однак при прийнятті рішення по суті суд повинен перевірити, чи не перевищується при цьому граничний розмір пені, встановлений ч. 2 ст. 343 ГК і Законом «Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань». Для цього слід визначити суму пені на випадок, якщо її розмір дорівнює подвійній обліковій ставці НБУ. Якщо сума пені, обчислена на основі граничного її розміру, встановленого ч. 2 ст. 343 ГК і Законом «Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань», перевищує розмір неустойки, встановлений договором (250 грн.), встановлена договором неустойка стягується повністю. Якщо ж гранична сума пені є меншою, ніж неустойка, сума неустойки, що впливає з договору — 250 грн. — не може бути стягнена повністю. Буде стягнена лише сума неустойки, яка не перевищує ту, яка обчислена на підставі подвійної облікової ставки НБУ.

Розмір пені за прострочення виконання грошового зобов'язання обмежений подвійною обліковою ставкою Національного банку, а в цих межах повинен визначатися договором (ч. 2 ст. 343 ГК; ст. 1, 3 Закону «Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань»). Звичайно в договорах розмір цієї пені вказується на рівні граничного розміру, встановленого названим Законом. Якщо пеня встановлена в розмірі, меншому від подвійної облікової ставки НБУ, застосовується цей розмір пені. Якщо пеня встановлена в розмірі, що перевищує подвійну облікову ставку НБУ, застосовується розмір пені, що дорівнює подвійній обліковій ставці НБУ. Умова про пеню в такому випадку не може бути визнана повністю недійсною лише тому, що встановлений договором розмір пені перевищує встановлену законом межу.

4. Зменшення розміру неустойки за рішенням суду. Частина 3 ст. 551 ЦК [19] надає суду право зменшити розмір неустойки, яка підлягає стягненню з боржника, якщо він (розмір неустойки) значно перевищує розмір збитків, яких зазнав кредитор внаслідок порушення зобов'язання боржником. Частина 1

ст. 233 ГК [20] приписує враховувати при цьому ступінь виконання зобов'язання боржником, майновий стан сторін, які беруть участь у зобов'язанні, інші інтереси сторін, що заслуговують на увагу. Якщо порушенням зобов'язання кредитору не завдано збитків взагалі, суд може зменшити розмір належних до сплати штрафних санкцій з урахуванням інтересів боржника. Відповідно до ч. 3 ст. 551 ГК підставою для зменшення розміру неустойки може бути і наявність інших обставин, що мають істотне значення.

5. Форми неустойки. Відповідно до ч. 1 ст. 550 ЦК [19] формами неустойки визнаються штраф і пеня. Сторони в договорі можуть передбачити будь-яку форму штрафу, якщо інше не встановлено законом. Зокрема, підставою для застосування штрафу може бути будь-яке порушення зобов'язання, в тому числі і прострочення виконання зобов'язання. Штраф як різновид неустойки чинним законодавством визначається у кількох варіантах: 1) штраф у конкретній грошовій сумі; 2) штраф у відсотковому відношенні до суми всього зобов'язання або до невиконаної його частини; 3) штраф у розмірі вартості предмета зобов'язання; 4) штраф у кратному розмірі предмета зобов'язання. Визначення штрафу в ч. 2 ст. 549 ЦК як неустойки, що обчислюється у відсотках від суми невиконаного або неналежно виконаного зобов'язання, не виключає встановлення штрафу в будь-який інший спосіб.

6. Пеня. Законодавча і договірна практика свідчать про те, що законодавець і сторони в договорах за невиконання або неналежне виконання грошових зобов'язань передбачають застосування неустойки у вигляді пені і, як правило, встановлюють порядок її нарахування. За змістом ст. 549 ЦК [19] під пенею розуміється грошова сума, яка встановлюється у відсотковому відношенні до простроченої суми за кожний день прострочення до виконання грошового зобов'язання. Тобто, це — санкція, розмір якої збільшується залежно від продовження правопорушення, а залежністю суми пені від кількості днів (терміну) прострочення виконання зобов'язання власне пеня відрізняється від власне неустойки як санкції за господарське правопорушення. Пеня, як правило, застосовується у вигляді санкції в разі прострочення виконання майнових (а не тільки грошових) зобов'язань, а її розмір визначається законом або договором у відсотковому відношенні до суми невиконаного зобов'язання чи невиконаної частини цього зобов'язання.

Виходячи з наведеного, є підстави для висновку про те, що у разі вживання в законі чи договорі терміна «пеня» та встановлення її розміру, але без визначення порядку її нарахування, обчислення за таких обставин пені має здійснюватися у встановленому законом чи договором розмірі саме за кожний день прострочення виконання грошового чи іншого зобов'язання. В такому випадку має діяти презумпція зазначеного методу нарахування пені.

Якщо законом або договором неустойка встановлена у вигляді пені, то вона нараховується за кожен день упродовж всього періоду, коли тривало порушення зобов'язання. Зовсім іншим є питання про спеціальну (скорочену) позовну давність, в межах якої можливий захист права на стягнення пені (як і інших видів неустойки). Частина 6 ст. 232 ГК [20] обмежує період, впродовж якого здійснюється нарахування штрафних санкцій (тобто, пені), шістьма місяцями,

що відраховуються від дня, коли зобов'язання мало бути виконано. Це правило слід кваліфікувати як таке, що встановлене в Господарському кодексі всупереч положенням Цивільного кодексу. Тому це правило не підлягає застосуванню до всіх господарських зобов'язань.

7. Неустойка і виконання зобов'язання в натурі. Нормами чинного Цивільного кодексу [19] збережено один із основних принципів цивільно-правової відповідальності країн континентальної системи права: боржник, який сплатив (передав) неустойку і відшкодував збитки, завдані порушенням зобов'язання, не звільняється від обов'язку виконання зазначеного зобов'язання в натурі, якщо інше не встановлено договором або законом.

8. Розмір неустойки за окремі види порушень. Ч. 2 ст. 231 ГК [20] встановлені конкретні розміри штрафних санкцій, які стягуються при порушенні господарського зобов'язання, в якому хоча б одна із сторін є суб'єктом господарювання, що належить до державного сектора економіки, або таке порушення пов'язане з виконанням державного контракту, або зобов'язання фінансується за рахунок коштів Державного бюджету України чи за рахунок державного кредиту. За інші порушення окремих видів господарських зобов'язань розмір штрафних санкцій може визначатися відповідним законом.

Глава 8

Правові наслідки порушення зобов'язання. Відповідальність за порушення зобов'язання

§ 1. Порушення зобов'язання

1. Щодо поняття порушення зобов'язання. Порушення зобов'язання в кінцевому рахунку завжди є правопорушенням, порушенням об'єктивного права. Порушення боржником обов'язків, які встановлені актами цивільного законодавства прямо чи впливають із них, є прямим правопорушенням. Порушення боржником умов, погоджених сторонами в договорі, є цивільним правопорушенням у кінцевому підсумку, оскільки ст. 629 ЦК [19] встановлює, що договір є обов'язковим для виконання його сторонами. Непрямо порушує право і недотримання звичаїв ділового обороту або вимог, що звичайно ставляться, оскільки вони є обов'язковими в силу вказівки закону (ст. 526 ЦК).

2. Ознака порушення зобов'язання. Порушення зобов'язання має єдину ознаку, якою є протиправність. За наявності цієї ознаки з метою покладення на боржника відповідальності кредитор має довести наявність шкідливих наслідків правопорушення. Якщо вони є, встановлюється наявність причинного зв'язку між цивільним правопорушенням і шкідливими наслідками, що виникли. Якщо такі обставини встановлені, можливе з точки зору матеріального права пред'явлення відповідної вимоги до боржника, у тому числі в суді. При розгляді справи в суді боржнику надається можливість доказувати, що його вина в допущеному порушенні зобов'язання і шкідливих наслідках, які виникли, відсутня. Доведеність відсутності вини виключає, за загальним правилом, відповідальність боржника, хоча об'єктивно він припустився порушення.

3. Порушення зобов'язання боржником і дії працівників боржника. Загальні положення про зобов'язання не містять правила про те, що юридична особа чи фізична особа-суб'єкт підприємницької діяльності вважається такою, що порушила зобов'язання, якщо порушення допустили його працівники. Якщо юридична особа визнається суб'єктом цивільного права, якщо вона може набувати цивільних прав і брати на себе цивільні обов'язки, якщо, за загальним правилом, будь-який боржник вправі не тільки доручити виконання робіт, що впливають з договору, третій особі, але і взагалі покласти виконання зобов'язання на третю особу (ст. 628 ЦК [19]), він (боржник) має право наймати працівників для виконання робіт з метою виконання зобов'язання, залишаючись відповідальним перед кредитором за належне виконання зобов'язання. Тому покладення на боржника відповідальності за неналежне виконання відповідних робіт працівниками, фізичними особами, що уклали з боржником договори підряду, юридичними особами, яким були доручені відповідні обов'язки, логічно впливає з прийняття юридичною особою цивільно-правових обов'язків на підставі договору і не вимагає застосування за аналогією ст. 1172 ЦК.

4. Необхідна оборона і крайня необхідність. Загальні положення про зобов'язання не використовують категорії необхідної оборони та крайньої необхідності. Тому боржник, який не виконав зобов'язання, що звичайно визначається як договірне, або виконав його неналежним чином, не може посилається на відсутність ознаки протиправності в його поведінці, оскільки він діяв у стані необхідної оборони чи крайньої необхідності. Застосування за аналогією в таких випадках ст. 1171 ЦК [19], а тим більше — ст. 36 чи 39 КК [14], було б зовсім не виправданим. Крайня необхідність взагалі не виключає цивільно-правового порушення. Що стосується необхідної оборони, то вона допускає заподіяння шкоди тільки правопорушнику, а не третім особам (ст. 36 КК). Тому категорії необхідної оборони та крайньої необхідності до існуючого договірної зобов'язання не можуть застосовуватися. Якщо навіть боржник заподіяв збитки кредиторю в стані необхідної оборони, такі його дії виходять за межі існуючого між ними зобов'язання. Частина п'ята ст. 55 Конституції («кожний має право будь-якими не забороненими законом способами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань») також не може бути підставою для звільнення громадян від відповідальності за невиконання чи неналежне виконання зобов'язання, оскільки вона дає право на захист не забороненими законом способами, а одностороння відмова від виконання зобов'язання, як правило, заборонена (ст. 525 ЦК).

5. Порушення зобов'язання і суміжні явища. Правильне встановлення цивільно-правового обов'язку, який був порушений, дозволяє у відповідних випадках кваліфікувати охоронні правовідносини, що виникли із факту порушення. Якщо порушений обов'язок, що входить до змісту існуючого між сторонами зобов'язання, то й охоронні правовідносини не виходять за межі цього зобов'язання. До них застосовуються норми про відповідальність, що встановлені відповідним інститутом цивільного права, а також ст. 610—625 ЦК [19]. Якщо ж за наявності між сторонами зобов'язання одна з його сторін вчинила порушення, що виходить за межі зобов'язання, виникають охоронні правовідносини, що регулюються нормами глави 82 Цивільного кодексу «Відшкодування шкоди». Покажемо це на прикладах.

Відповідно до ст. 841 ЦК на підрядника покладається обов'язок вжити всіх заходів до забезпечення збереження ввіреного йому замовником майна. Цей обов'язок перед замовником підрядник несе й у тому випадку, коли він залучив до виконання роботи субпідрядників. Якщо, наприклад, субпідрядник припустився порушення правил пожежної безпеки, у результаті якого майно, передане замовником підряднику для виконання передбаченої договором роботи, згоріло (було знищене), то наступають такі правові наслідки. Якби на підрядника зазначений обов'язок не покладалася ні законодавством, ні договором, замовник за викладених обставин повинен був би пред'явити претензію і позов безпосередньо до субпідрядника на підставі ст. 1166 ЦК. За наявності вказівки в ст. 841 ЦК на обов'язок підрядника вжити всіх заходів до забезпечення збереження ввіреного йому замовником майна, застосування ст. 1166 ЦК є неможливим. Це — істотно, оскільки один відповідач може бути здатним нести цивільно-правову відпові-

дальність у вигляді відшкодування збитків, а другий — ні (через відсутність майна).

В інших випадках за наявності між сторонами зобов'язання одна з його сторін може вчинити порушення, що виходить за його межі і тому підпадає під дію норм інституту зобов'язань, що виникають унаслідок заподіяння шкоди. Так, відносини щодо відшкодування шкоди, заподіяної пошкодженням майна відправника вантажу (не вантажу, а іншого майна) внаслідок порушення водієм правил дорожнього руху, виходять за межі зобов'язання щодо автомобільного перевезення і регулюються правовими нормами інституту зобов'язань, що виникають унаслідок заподіяння шкоди.

У силу спеціальної норми ст. 17 Закону «Про захист прав споживачів» [51] у разі продажу товару, що містить конструктивні, виробничі, рецептурні та інші недоліки, наступне заподіяння шкоди цим товаром тягне виникнення зобов'язання, на яке поширюється дія глави 82 Цивільного кодексу. Законодавець виходить з того, що при цьому шкідливі наслідки настають унаслідок порушення, що виходить за межі зобов'язання купівлі-продажу. Разом з тим інші вимоги, право на які виникає у покупця в зв'язку з продажем товарів неналежної якості (ст. 234 ЦК), покупець вправі пред'явити в рамках зобов'язання купівлі-продажу. При цьому в межах досить тривалих строків (ст. 680 ЦК) покупцю надається можливість виявити недоліки в проданому товарі, довести, що виконання, спочатку прийняте ним як належне, є неналежним, і висунути вимоги, що випливають з факту неналежного виконання зобов'язання купівлі-продажу.

Закон «Про електроенергетику» [81] та підзаконні акти, що регулюють відносини з приводу постачання електроенергією, не розмежовують протиправних дій споживачів, що кваліфікуються як порушення зобов'язання про постачання електроенергії (користування електроенергією), і як порушення, що є підставою зобов'язань, які виникають із заподіяння шкоди. Тим часом таке розмежування доцільно було б проводити. П. 42 Правил користування електричною енергією для населення [191], п. 11 Типового договору на користування електричною енергією, п. 4.6 Правил користування електричною енергією [204] покладають на споживача електроенергії надзвичайно широке коло обов'язків. Будь-яке порушення споживачем, який перебуває в цивільно-правовому зобов'язанні з енергопостачальною організацією, правил користування електроенергією, в тому числі розкрадання електроенергії, відповідно до названих нормативно-правових актів слід кваліфікувати як порушення цього зобов'язання. І лише розкрадання електроенергії особою, яка не перебуває в зобов'язанні з енергопостачальною організацією, тягне виникнення зобов'язання із заподіяння шкоди.

6. Відшкодування збитків за відсутності правопорушення. Цивільному праву України відома правова конструкція відшкодування збитків за відсутності правопорушення. Ст. 32 Закону «Про оренду землі» [144] надає орендарям право на розірвання договору за певних умов. Якщо причиною цього не є порушення орендодавцем зобов'язання, на орендаря покладається обов'язок відшкодувати орендодавцю упущену вигоду в розмірі суми орендної плати за 6 місяців (у відповідних випадках — за 12 місяців) з моменту укладення договору. Міліції надане право безперешкодно використовувати транспортні засоби, що

належать юридичним і фізичним особам (за встановленими винятками) для передбачених законом цілей, але при цьому громадянам повинні бути відшкодовані збитки (ч. 26 ст. 11 Закону «Про міліцію» [23]). Подібне право надане Службі безпеки, але з обов'язком (у разі використання права) відшкодувати збитки юридичним і фізичним особам — власникам транспортних засобів (ч. 6 ст. 25 Закону «Про Службу безпеки України» [38]).

§ 2. Класифікація наслідків порушення зобов'язання

1. Поняття відповідальності. В Цивільному кодексі [19] помітне прагнення законодавця уникнути відповіді на питання про зміст поняття відповідальності за порушення зобов'язання. Тому у назві глави 51 ЦК він зазначає і на правові наслідки порушення зобов'язання, і на відповідальність за порушення зобов'язання. В ст. 611 ЦК використовується поняття «правові наслідки порушення зобов'язання». Таким чином, залишається без відповіді питання про те, які ж із цих наслідків належать до категорії відповідальності. Господарський кодекс [20] всі правові наслідки порушення зобов'язання відносить до відповідальності, називає їх господарськими санкціями. Такими в ч. 2 ст. 217 ГК називаються відшкодування збитків, штрафні санкції (неустойка, штраф, пеня), а також оперативно-господарські санкції, до яких належить велике коло правових явищ, більшість яких близькі за змістом чи збігаються з наслідками порушення зобов'язання, встановленими п. 1 та 2 ст. 611 ЦК (відмова від зобов'язання та зміна його умов).

В Цивільному кодексі поняття відповідальності вживається в різному розумінні. Із ст. 554 ЦК випливає розуміння відповідальності як обов'язків поручителя. Щодо визначення майна, на яке може бути звернене стягнення на підставі виконавчого документа, також вживається формулювання «особа відповідає» (наприклад, ч. 2 ст. 96 ЦК).

З огляду на відсутність нормативного визначення відповідальності за порушення зобов'язання слід вважати, що це поняття, як воно вживається у Цивільному кодексі, охоплює собою відшкодування збитків, сплату неустойки, а також індексацію заборгованості і проценти за грошовим зобов'язанням. Індикація заборгованості і проценти за грошовим зобов'язанням слід визнати такими, що входять до змісту поняття відповідальності, оскільки вони встановлені ст. 625 ЦК, яка має заголовок «Відповідальність за порушення грошового зобов'язання».

2. Відшкодування збитків. Про відшкодування збитків йдеться у п. 8 ч. 2 ст. 16, п. 14 ст. 611 і ст. 623 ЦК [19]. Але норма прямої дії, що дає кредиторів право на відшкодування збитків, завданих йому внаслідок порушення зобов'язання боржником, сформульована тільки у ст. 623 ЦК. Обов'язок відшкодування збитків, завданих порушенням господарського зобов'язання, встановлений ч. 1 ст. 224 ЦК.

3. Відшкодування моральної шкоди. Суттєвим є те, що ст. 611 ЦК [19] передбачає відшкодування моральної шкоди у випадках, встановлених законом

або договором. Це дає відповідь на запитання, чи завжди при порушенні зобов'язання можливе відшкодування моральної шкоди. Із ст. 611 ЦК випливає така відповідь: не завжди, а тільки у випадках, коли таке передбачене законом або договором. При цьому ст. 611 ЦК не слід тлумачити так, що вона відсилає до ст. 16 ЦК, яка серед способів захисту права називає відшкодування моральної (немайнової) шкоди. Слід погодитись з тим, що спеціальна норма п. 4 ст. 611 ЦК не відсилає до норми загальної (п. 9 ч. 1 ст. 16 ЦК). В іншому випадку не виключається створення зачарованого кола, коли одна правова норма відсилає до іншої, а інша формулює зворотне відсилання.

Що стосується ст. 1167 ЦК, то вона не може поширюватись на випадки, коли моральна шкода завдається порушенням зобов'язання.

Відшкодування моральної (немайнової) шкоди служить виключно меті захисту особистих немайнових прав, які є абсолютними, невідчужуваними і не можуть бути предметом зобов'язання. Отже, порушенням зобов'язань безпосередньо особисті немайнові права не зачіпаються. Але можливе опосередковане заподіяння моральної шкоди, яка повинна відшкодуватися за її наявності завжди, якщо це передбачено правовими нормами, що поширюються на відповідний вид зобов'язань. Під такими правовими нормами треба розуміти саме положення спеціальних законів, що й відображено в постанові Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди» [244]. Однак інколи в науковій літературі в порядку тлумачення закону вказівка Верховного Суду про допустимість стягнення моральної шкоди при порушенні зобов'язань лише у випадках, передбачених спеціальними законами, піддається сумніву. Можливість поширення ст. 1167 ЦК на договірні зобов'язання обґрунтовується тим, що заподіянням моральної шкоди порушуються абсолютні права, адекватний захист яких здійснюється в рамках недоговірних зобов'язань. Проте ж і відшкодування збитків у рамках договірних зобов'язань на підставі ст. 22 та 623 ЦК покликане, зокрема, охороняти абсолютні (речові) права, що виявилися в кінцевому підсумку порушеними внаслідок порушення заснованого на договорі зобов'язання. Виходячи зі структури чинного Цивільного кодексу, положення його глави 82 «Відшкодування шкоди» не можуть застосовуватися до відносин, що виникли з порушення договірних зобов'язань, хоч порушення договірних зобов'язань в кінцевому підсумку тягне порушення абсолютних (майнових або немайнових) прав.

Спеціальні норми, що встановлюють цивільно-правову відповідальність у вигляді відшкодування моральної (немайнової) шкоди, є численними. Це — статті 39, 200, 225, 226, 230—233, 276, 298, 332, 386, 393, 700, 1076, 1167 ЦК. Правила про відшкодування моральної шкоди, які поширюються на відповідні види зобов'язань, встановлені п. «а» ч. 2 ст. 52 Закону «Про авторське право та суміжні права» [119], ст. 49 Закону «Про інформацію» [42], п. «в» ч. 4 ст. 53 Закону «Про охорону прав на сорти рослин» [128]. Не виключається повністю поширення на зобов'язання ст. 280 ЦК. Водночас немає підстав поширювати на зобов'язання положення про відшкодування моральної шкоди, встановлені ст. 47 Закону «Про телебачення і радіомовлення» [53], ст. 33 Закону «Про інформаційні агентства» [60].

Належить також враховувати, що судова практика визнає за можливе відшкодування моральної шкоди, заподіяної порушенням зобов'язань, що підпадають під дію Закону «Про захист прав споживачів» [51] (п. 2 постанови Пленуму Верховного Суду «Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди»), а також законів «Про телекомунікації» [146] і «Про поштовий зв'язок» [121]. При цьому суди не визнають можливим застосування до таких зобов'язань ст. 1167 ЦК, оскільки вона на договірні зобов'язання не поширюється, а вважають, що право на відшкодування моральної шкоди «впливає» з наступних положень законів: 1) «При задоволенні вимог споживача суд одночасно вирішує питання щодо відшкодування моральної (немайнової) шкоди» (частина друга ст. 24 Закону «Про захист прав споживачів»); 2) «Питання відшкодування завданих споживачеві фактичних збитків, моральної шкоди, втраченої вигоди через неналежне виконання оператором, провайдером комунікацій обов'язків за договором про надання телекомунікаційних послуг вирішується в судовому порядку» (ч. 3 ст. 40 Закону «Про телекомунікації»; 3) «В разі незгоди споживача послуг зв'язку з визначеним цією статтею розміром відшкодування питання відшкодування завданих йому фактичних збитків, моральної шкоди, втраченої вигоди через неналежне виконання операторами зв'язку своїх зобов'язань, а також інші спори...розглядаються судом...» (частина п'ята ст. 18 Закону «Про поштовий зв'язок»).

Практика тлумачення та застосування наведених положень законів є суттєвою для пошуку відповіді на загальне питання про те, в яких межах із тексту нормативного акту можна виводити норму певної галузі права, стверджуючи, що відповідний висновок «впливає» із такого тексту. Положення, що сформульоване в ст. 24 Закону «Про захист прав споживачів», близьке за змістом до багатьох положень законів, що надають суду певне право та тлумачаться як такі, що одночасно формулюють норми цивільного процесуального і матеріального (цивільного) права. У ст. 40 Закону «Про телекомунікації» встановлюється судовий порядок вирішення питань відшкодування фактичних збитків, втраченої вигоди і моральної шкоди, тобто встановлюється норма про підвідомчість відповідних справ. Будь-якої потреби у такому доповненні частини другої ст. 124 Конституції України, що поширює юрисдикцію судів на всі правовідносини, що виникають в державі, та відповідних актів процесуального законодавства, не було. Тому ст. 40 Закону «Про телекомунікації» є свідченням невисокого юридично-технічного рівня цього Закону. Цей рівень взагалі є фактором, що не може ігноруватись при тлумаченні нормативно-правових актів. І все ж невисокий юридично-технічний рівень названого Закону не є підставою для таких висновків із його тексту, які не ґрунтуються на його тексті, а зроблені асоціативно. Отже, є підстави стверджувати, що ст. 40 Закону «Про телекомунікації» не може тлумачитись як така, що формулює матеріально-правову норму, що покладає на оператора чи провайдера комунікацій зв'язку обов'язок відшкодувати споживачеві моральну шкоду.

В такий же спосіб треба тлумачити і ст. 18 Закону «Про поштовий зв'язок».

4. Сплата неустойки. Неустойку як юридичне та економічне явище не слід сплутувати із суміжними явищами. Таке змішування призводить до неправиль-

ного визначення підстави сплати неустойки та внесення інших платежів. Воно тягне помилки при вирішенні питань про оподаткування сум, що надходять у порядку сплати неустойки та здійснення інших платежів, про джерела, за рахунок яких провадиться сплата. Враховуючи це, неустойку належить відрізнити: 1) від процентів, що сплачуються відповідно до ст. 536 ЦК [19]; 2) від підвищених процентів, що сплачуються позичальником на користь комерційного банку відповідно до договору у випадках прострочення повернення кредиту; 3) від плати перевізникові за простій морського торговельного судна протягом контрстальйного часу, тривалість якого встановлюється угодою відправника вантажу і судовласника (ст. 149 КТМ [12]); 4) від плати за послуги. Так, відповідно до ст. 119 СЗУ [186] за час затримки вагонів (контейнерів) під навантаженням, розвантаженням, затримки їх у зв'язку з митним оформленням вантажів та іншої затримки відправники вантажу, вантажоодержувачі та інші суб'єкти вносять неустойку (штраф), а плату. Немає ніяких підстав кваліфікувати цю плату, в тому числі й у податкових правовідносинах, як неустойку. З іншого боку, пеня, що передбачена ч. 6 ст. 231 ГК або передбачається договором за прострочення виконання грошового зобов'язання в межах подвійної облікової ставки НБУ (ст. 1, 3 Закону «Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань» [72]), є різновидом неустойки. Критерієм для розмежування неустойки та інших платежів є текст закону чи договору, що не суперечить законодавству. Якщо закон називає відповідну правову конструкцію неустойкою (штрафом, пенею), до неї застосовуються положення законодавства про неустойку. Якщо відповідна правова конструкція законом чи договором називається платою (за послуги, роботи, товари), то до неї застосовуються положення про оплату товарів, робіт, послуг.

У разі втрати особою, яка одержала автомобіль напрокат, справних деталей, вузлів, агрегатів автомобілів і автошин чи заміни їх на несправні або зношені з цієї особи стягується вартість втрачених чи заміненних частин за роздрібною ціною у потрібному розмірі. Кваліфікація цієї специфічної правової конструкції як збитків або неустойки тягне застосування різних строків позовної давності. Крім того, податкове законодавство встановлює різний правовий режим для одержаних платником податку на прибуток сум неустойки (вони відповідно до п. 4.1.6 ч. 4.1 ст. 4 Закону «Про оподаткування прибутку підприємств» [77] включаються в об'єкт оподаткування на прибуток) і сум збитків, що відшкодовуються боржником, у вигляді витрат і відшкодування втрати та пошкодження майна (вони відповідно до ч. 4.2 ст. 4 того ж Закону виключаються з об'єкта оподаткування на прибуток). З урахуванням цього вартість втрачених чи заміненних частин у потрібному розмірі, що стягується на користь наймодавця, повинна бути з метою податкового і бухгалтерського обліку розділена на відшкодування збитків, тобто вартість втрачених і заміненних частин в одnorазовому розмірі (це — стягнення збитків, що не оподатковуються податком на прибуток), і на неустойку, тобто подвійну вартість втрачених чи заміненних частин (ця сума оподатковується податком на прибуток).

Прагнучи до більшої гнучкості, до пошуку цивільно-правових конструкцій, які забезпечують нормальний розвиток майнових відносин, законодавець

встановив неустойку за прострочення наймачем виконання обов'язку повернути річ, що була передана за договором найму, наймодавцеві в розмірі подвійної плати за користування річчю за час прострочення (ч. 2 ст. 785 ЦК). Тут законодавець прямо визначає правову природу такого платежу як неустойки. Із цього визначення і слід виходити при застосуванні до відносин, що при цьому виникають, норм і цивільного, і податкового права.

5. Припинення зобов'язання як наслідок його порушення. Глава 50 Цивільного кодексу [19], що формулює підстави припинення зобов'язання, не визначає тих юридичних фактів, які безпосередньо тягнуть припинення зобов'язання в зв'язку з його порушенням. Тому підстави припинення зобов'язання у разі його порушення встановлюються спеціальними правилами ст. 651—653 ЦК, а також спеціальними правилами, що стосуються окремих видів зобов'язань. В п. 1 ст. 611 ЦК зазначається лише на те, що підставою припинення зобов'язання у разі порушення зобов'язання може бути одностороння відмова від зобов'язання або розірвання договору. В деяких випадках ці дві правові конструкції досить чітко не розмежовуються. Це вимагає максимальної уваги до букви закону (пред'являти у відповідних випадках слід ту вимогу і в тій правовій формі, які передбачені відповідними спеціальними правилами).

6. Зміна умов зобов'язання може здійснюватись шляхом вчинення кредитором, права якого порушив боржник, одностороннього правочину (якщо це передбачено законом) або шляхом звернення до суду з позовом про зміну зобов'язання. Але в більшості випадків законом передбачається пред'явлення вимоги про зміну умов договору, а не зобов'язання.

7. Наслідки порушення зобов'язання, встановлені п. 1 та 2 ст. 611 ЦК [19] (припинення або зміна зобов'язання), стосовно господарських зобов'язань конкретизуються у ст. 236 ГК [20]. Такими є: 1) одностороння відмова від виконання свого зобов'язання управненою стороною, із звільненням її від відповідальності за це — у разі порушення зобов'язання другою стороною; відмова від оплати за зобов'язанням, яке виконано неналежним чином або достроково виконано боржником без згоди другої сторони; відстрочення відвантаження продукції чи виконання робіт внаслідок прострочення виставлення акредитива платником, припинення видачі банківських позичок тощо; 2) відмова управненої сторони зобов'язання від прийняття подальшого виконання зобов'язання, порушеного другою стороною, або повернення в односторонньому порядку виконаного кредитором за зобов'язанням (списання з рахунку боржника в безакцептному порядку коштів, сплачених за неякісну продукцію, тощо); 3) встановлення в односторонньому порядку на майбутнє додаткових гарантій належного виконання зобов'язань стороною, яка порушила зобов'язання: зміна порядку оплати продукції (робіт, послуг), переведення платника на попередню оплату продукції (робіт, послуг) або на оплату після перевірки їх якості тощо. Крім того, передбачається відмова від встановлення на майбутнє господарських відносин із стороною, яка порушує зобов'язання.

Застосування таких санкцій не суперечить Цивільному кодексу, оскільки передбачається, що вони можуть встановлюватись в договорах (ч. 1 ст. 236 ГК). Але категоричний припис про можливість застосування до суб'єкта, який

порушив зобов'язання, лише тих оперативно-господарських санкцій, які встановлені договором (ч. 2 ст. 235 ГК), не виключає припинення або зміну зобов'язання у разі порушення боржником зобов'язання на підставі спеціальних положень закону, що встановлені відповідно до п. 1 та 2 ст. 611 ЦК.

§ 3. Збитки

1. Поняття збитків. Визначення поняття збитків наводиться у ч. 2 ст. 22 ЦК [19]. Збитками визнаються втрати, яких особа зазнала у зв'язку зі знищенням або пошкодженням речі, а також витрати, які особа зробила або мусить зробити для відновлення свого порушеного права (реальні збитки); доходи, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було порушене (упущена вигода). Таке ж визначення збитків формулюється у ч. 2 ст. 224 ГК [20].

2. Реальні збитки і упущена вигода. Ст. 22 ЦК [19] поділяє збитки на дві частини (види): 1) реальні збитки; 2) упущена вигода. Але в законодавстві не вдається витримати єдності в термінології, яка в ньому використовується. Так, використовується термін «прямий збиток» (частина сімнадцята ст. 9 Закону «Про страхування» [120]), який з урахуванням ч. 1 ст. 988 ЦК є тотожним поняттю реальних збитків. Це поняття прямих збитків є базовим, що має застосовуватись і в інших галузях права, якщо тільки спеціальними галузевими нормативно-правовими актами воно не визначається інакше. Зокрема, так треба розуміти зміст поняття прямих збитків, що вживається в підпункті «а» п. 4.2.10 ч. 4.2 ст. 4 Закону «Про податок з доходів фізичних осіб» [136], п. 4.2.3 ч. 4.2 ст. 4 Закону «Про оподаткування прибутку підприємств» [177].

Уже після прийняття нового Цивільного кодексу в Законі «Про телекомунікації» [146] (ч. 3 ст. 40) з'явився термін «фактичні збитки». Близький до цього термін «фактична шкода» використовується у ч. 2 ст. 924 ЦК, що відповідає термінології ст. 13 Закону «Про транспорт» [58] та ст. 23, 24 Закону «Про залізничний транспорт» [70]. Звичайно, застосування терміна «шкода» до договірних зобов'язань не можна визнати значним досягненням вітчизняної цивілістики. Радше це свідчить про кризові явища і в законодавстві, і в науці. Але ж ці зауваження ні на крок не наближають нас до вирішення проблеми тлумачення цих положень законів. Положення частини четвертої ст. 13 Закону «Про транспорт» про фактичну шкоду розкривається у спеціальному Законі «Про автомобільний транспорт» [115], який було прийнято пізніше. На зазначаючи безпосередньо на термін «фактична шкода», частина перша ст. 68 цього Закону в такий спосіб визначає межі відповідальності перевізника: 1) у разі втрати або нестачі багажу чи вантажу — в розмірі вартості багажу чи вантажу, який втрачено або якого не вистачає; 2) у разі пошкодження (псування) багажу чи вантажу — в розмірі суми, на яку зменшилась вартість багажу чи вантажу; 3) у разі втрати багажу чи вантажу, зданого для перевезення з оголошенням його цінності, — в розмірі оголошеної цінності багажу чи вантажу. Отже, можна стверджувати, що зміст поняття фактичної шкоди є саме таким, як це визначається ст. 68 Закону «Про автомобільний транспорт». Таке ж розуміння фактичної шкоди виклада-

ється в ст. 114 Статуту залізниць [186], в якій межі відповідальності перевізника визначені приблизно так, як і в ст. 68 Закону «Про автомобільний транспорт». Нарешті, ч. 3 ст. 314 ГК [20] також визначає межі відповідальності перевізника за незбереження вантажу приблизно так само, як і ст. 68 Закону «Про автомобільний транспорт» та ст. 114 Статуту залізниць. В такий спосіб вирішується питання про зміст поняття «фактичної шкоди». Це — логічно. Навряд чи виправдано було б в такий же спосіб обмежувати відповідальність операторів телекомунікацій. Але ж Закон «Про телекомунікації» не містить іншого визначення «фактичних збитків». І було б неправильним з метою надання ч. 3 ст. 40 Закону «Про телекомунікації» більшої логічності і соціально-економічної доцільності тлумачити цей термін інакше, ніж закони про транспорт розуміють термін «фактична шкода».

3. Встановлення в договорі розміру збитків, що підлягають стягненню. Спробою спростити розрахунок збитків у процесі правозастосування було встановлення можливості визначення в договорі твердого розміру збитків, що підлягають стягненню за невиконання чи неналежне виконання зобов'язань з поставки (п. 74 Положення про поставки продукції виробничо-технічного призначення [246]; п. 65 Положення про поставки товарів народного споживання [247]). Однак на практиці встановлення договорами твердого розміру збитків, заподіяних невиконанням чи неналежним виконанням зобов'язань з поставки, істотного поширення не набуло. Проте, в Господарському кодексі [19] (ч. 5 ст. 225) передбачається погодження сторонами заздалегідь (очевидно, в договорі) розміру збитків, що підлягають стягненню з боржника у випадках порушення зобов'язання у твердій сумі або у вигляді відсоткових ставок залежно від обсягу невиконання зобов'язання чи строків порушення зобов'язання сторонами. Щоб уникнути створення ситуації правової невизначеності було б недоцільно взагалі використовувати таку правову конструкцію. Значно більш доцільним було б установити в договорі відповідні розміри неустойки, належним чином поєднуючи їх з обов'язком боржника відшкодувати збитки, заподіяні невиконанням договірних зобов'язань.

4. Розрахунковий порядок визначення розміру збитків. Ст. 27 Закону «Про електроенергетику» [81] передбачає можливість застосування цивільно-правової відповідальності за правопорушення в сфері електроенергетики. З урахуванням цього п. 53 «Правил користування електричною енергією для населення» [191] передбачає розрахунковий порядок визначення розміру збитків, заподіяних електропостачальнику порушенням правил користування електроенергією, в тому числі неконтрольованим споживанням (розкраданням) енергії. Розрахунок збитків провадиться за добовою величиною розрахункового споживання електроенергії та кількістю днів після останнього контрольного зняття представником електропостачальника показників приладу обліку електроенергії відповідно до Методики обчислення розміру відшкодування збитків, заподіяних енергопостачальнику внаслідок порушення споживачем «Правил користування електричною енергією для населення» [219].

Розрахунковий порядок визначення розміру збитків у цьому випадку встановлений через неможливість точного визначення кількості незаконно

спожитої електроенергії. Він встановлений підзаконним актом на підставі закону.

Обчислення розміру збитків, заподіяних навколишньому природному середовищу, також провадиться на підставі належно затверджених правил розрахунку, в основу яких покладені фіксовані встановлені нормативно розміри відшкодування збитків (такси). Відповідні правила підзаконних актів ґрунтуються на спеціальній нормі частини третьої ст. 68 Закону «Про охорону навколишнього природного середовища» [31], що передбачає визначення законодавством порядку і розміру відшкодування шкоди, заподіяної внаслідок порушення законодавства про охорону навколишнього природного середовища. В силу викладеного щодо цього прийнято низку підзаконних актів, якими встановлений порядок розрахунку збитків. Тут порядок визначення розміру збитків у задалегідь установлених розмірах заснований на законі і його правомірність не може бути поставлена під сумнів введенням правила про покладення на кредитора обов'язку доводити розмір збитків.

5. Збитки і судові витрати. Поняття збитків належить відмежовувати від суміжних понять та правових конструкцій, що їм відповідають. Зокрема, це стосується судових витрат. Їх склад визначається ст. 44 ЦПК [7] (ст. 79 нового ЦПК [21]), а частина п'ята ст. 84 ГПК [9] приписує в резолютивній частині судового рішення вказувати на розподіл «господарських витрат» між сторонами. Часто сторони не вимагають вирішення судом питання про розподіл судових витрат, не оскаржують судові рішення, якими, на їх думку, неправильно розподілені судові витрати, а пізніше заявляють вимоги про відшкодування шкоди (збитків), що полягає у здійснених судових витратах. Такі позови задовольняються не можуть, оскільки для вирішення питання про розподіл судових витрат встановлені спеціальні правові форми. Це виключає застосування до відповідних відносин положень про відшкодування шкоди (збитків). Разом з тим, само по собі зазначення в позовній заяві чи в клопотанні позивача на відшкодування шкоди (збитків), а не про стягнення з відповідача судових витрат не звільняє суд від обов'язку вирішити питання про розподіл судових витрат відповідно до законодавства та з урахуванням відповідних вимог позивача.

6. Причинний зв'язок. Відповідно до ч. 1 ст. 22, ч. 1 ст. 623 ЦК [19], ч. 1 ст. 224 ГК [20] відшкодуванню підлягають збитки, що «завдані» правопорушенням. Звідси в судовій практиці зроблено висновок про те, що відшкодуванню підлягають збитки, які знаходяться у причинному зв'язку з правопорушенням. Більш конкретно характер зв'язку між порушенням цивільних прав (зобов'язань) і збитками в законодавстві не визначається. За таких умов визнається, що причинний зв'язок між порушенням та збитками має бути безпосереднім або прямим. Проте, в законі ніде не зазначається на те, що причинний зв'язок між зазначеними явищами має бути тільки безпосереднім чи прямим. Тому не виключається, що судова практика буде більш послідовною у застосуванні наведених положень законодавства, які передбачають стягнення «завданих» збитків і не встановлюють будь-яких обмежень щодо характеру причинного зв'язку між порушенням зобов'язання та збитками.

§ 4. Вина як підстава відшкодування збитків і стягнення неустойки

1. Відповідальність за наявності та відсутності вини. Звичай вина визнається підставою відповідальності за порушення зобов'язання. Проте, законом і договором може передбачатись відповідальність боржника, який порушив зобов'язання, і у разі відсутності вини. З іншого боку, в силу ч. 3 ст. 6 ЦК [19] сторони можуть обумовити звільнення боржника від відповідальності і за наявності його вини. Зокрема, ч. 4 ст. 219 ГК [20] надає сторонами господарського зобов'язання право встановити в договорі певні обставини, які мають надзвичайний характер та порушення зобов'язання в зв'язку з дією яких є підставою для звільнення їх від відповідальності. Слід враховувати, що тут закон надає право сторонам визначити певні обставини такими, що звільняють від відповідальності за умови, що вони мають надзвичайний характер. Але наявність ознаки надзвичайності є підставою для визнання наявності неперекорної сили, що звільняє боржника від відповідальності уже в силу закону (ст. 617 ЦК).

2. Поняття вини. Цивільний кодекс [19] не визначає поняття вини та її форм. Натомість використовується досить велика кількість термінів та виразів, що позначають вину, певні її форми, наявність чи відсутність вини. Це — такі терміни та вирази, як умисел (ст. 614, 616 ЦК), намір (ст. 256 Кодексу торговельного мореплавства [12]), необережність (ст. 614, 616 ЦК), необачність («комісіонер був необачним» — ч. 3 ст. 1016 ЦК), недбалість (ч. 4 ст. 1187 ЦК), недбалство (ч. 2 ст. 229 ЦК), упущення (ст. 181 КТМ).

В умовах, коли цивільне законодавство не визначає ознак вини та окремих її видів, при застосуванні норм цивільного права слід враховувати визначення вини, умислу і необережності, які даються в Кримінальному кодексі [14] (саме враховувати, а не керуватися ними безпосередньо, оскільки для безпосереднього застосування в сфері цивільного права ці визначення непридатні). Ст. 23 Кримінального кодексу визначає вину як психічне ставлення особи до вчиненої дії чи бездіяльності та їх наслідків, виражене (ставлення) у формі умислу або необережності. Це — цілком прийнятне для цивільного законодавства визначення і його застосування вповні може бути прийняте як вихідне для формулювання того визначення вини, яке придатне в сфері цивільного права.

Прямий умисел розкривається в ст. 24 КК як усвідомлення особою суспільно небезпечного характеру діяння, передбачення суспільно небезпечних наслідків і бажання їх настання. Непрямий умисел відрізняється від прямого тим, що особа не бажала настання суспільно небезпечних наслідків, але свідомо припускала їх настання. Формулювання на цьому правовому підґрунті поняття умислу, придатного для використання в сфері цивільного права, викликає труднощі в зв'язку з необхідністю знайти категорію, яка у цій сфері замінить поняття суспільної небезпеки. Було б помилкою вважати, що умисел і взагалі вина як умова цивільно-правової відповідальності передбачають усвідомлення протиправності поведінки. Незнання закону (підзаконного акта, умов договору) не може бути підставою

для звільнення від цивільно-правової відповідальності так само, як незнання закону не звільняє від кримінальної відповідальності.

Відповідно до ст. 25 КК злочин визнається вчиненим з необережності, якщо особа, яка його вчинила, передбачала можливість настання суспільно небезпечних наслідків своєї дії чи бездіяльності, але легковажно розраховувала на їх відвернення або не передбачала можливості настання таких наслідків, хоча повинна була і могла їх передбачати. Це визначення потребує більш істотного, ніж визначення умислу, уточнення для його використання в сфері цивільного права. Справа в тому, що воно орієнтоване переважно на такі склади необережних злочинів, які містять у собі матеріальні наслідки. Тому воно в сфері цивільного права може застосовуватись тільки до відповідальності у вигляді відшкодування збитків. У цивільному законодавстві України стягнення неустойки також передбачає наявність вини. В той же час неустойка стягується незалежно від заподіяння порушенням шкідливих наслідків. Отже, є підстави стверджувати, що в цивільному праві визнається існування формальних складів правопорушень, що дають змогу застосовувати відповідні примусові заходи, в тому числі і за необережні правопорушення, за відсутності шкідливих наслідків (викладене враховує ту обставину, що хоча Цивільний кодекс і не визнає неустойку видом відповідальності, але ряд законів прямо чи побічно визнає неустойку мірою відповідальності). Таким чином, поняття необережності в сфері цивільного права не може зводитися і до усвідомлення можливості настання шкідливих наслідків.

Спроба розкрити зміст поняття вини в цивільному праві через поняття відсутності вини здійснена в абзаці другому ч. 1 ст. 614 ЦК. Встановлюється, що «особа є невинуватою, якщо вона доведе, що вжила всіх залежних від неї заходів для належного виконання зобов'язання». Тут суто матеріально-правова норма, що визначає умови, за яких вважається, що в діях особи відсутня вина, викладається разом з переважно процесуальним правилом про розподіл обов'язків доведення наявності чи відсутності між кредитором (позивачем) та боржником (відповідачем). Проте, це не є перешкодою для належного розуміння основного правила, що формулюється в ч. 1 ст. 614 ЦК: боржник є винуватим, якщо він не вжив всіх залежних від нього заходів для належного виконання зобов'язання.

В Господарському кодексі було визнано неможливим стосовно сторін господарських зобов'язань, які переважно є юридичними особами, використовувати поняття вини. Але без використання терміна «вина» у ч. 2 ст. 218 ГК сформульовано за змістом те ж правило, що і в ч. 1 ст. 614 ЦК: учасник господарських відносин відповідає за невиконання або неналежне виконання господарського зобов'язання, якщо не доведе, що ним вжито усіх залежних від нього заходів для недопущення господарського порушення. Таким чином, основне правило про вину як підставу відповідальності за змістом є єдиним для Цивільного і Господарського кодексів.

3. Уточнення поняття вини в цивільному праві. У визначенні вини та її форм у Кримінальному кодексі [14] використовується поняття суспільної небезпечності. Для сфери цивільного права це є неприйнятним. Тому в цій сфері для визначення меж, в яких суб'єктивне ставлення особи до своїх дій або

бездіяльності кваліфікується як таке, що містить ознаку вини, використовуються такі терміни і вирази, як «обов'язок особи вжити всіх залежних від неї заходів» (ч. 1 ст. 614 ЦК [19]), «належна дбайливість» (ст. 143 КТМ [12]), обов'язок «вжити всіх необхідних заходів» (ч. 1 ст. 973 ЦК), «вживати усіх заходів, встановлених договором, законом, іншими актами цивільного законодавства» (ч. 1 ст. 942 ЦК), «піклуватися про річ, як про свою власну» (ч. 2 ст. 942 ЦК).

Як загальне правило, на особу покладається обов'язок вжити всіх залежних від неї заходів (ч. 1 ст. 614 ЦК). Таке ж правило формулюється у ч. 2 ст. 218 ГК [20] стосовно господарських зобов'язань. Неналежне суб'єктивне (психічне) ставлення до виконання цього обов'язку свідчить про вину особу. Вини боржника немає, якщо порушення зобов'язання сталося внаслідок випадку або непереборної сили. Тому за наявності таких обставин особа звільняється від відповідальності за порушення зобов'язання (ст. 617 ЦК). Отже, обов'язок особи вжити всіх залежних від неї заходів не включає в себе обов'язку виключити настання випадку. Це, однак, не звільняє боржника від обов'язку виявляти звичайну дбайливість про виконання зобов'язання, протидіяти настанню випадку і навіть вживати звичайні заходи з метою перешкоджати настанню шкідливих наслідків дії непереборної сили або зменшення обсягу цих наслідків. Оскільки формулювання «особа... вжила всіх залежних від неї заходів» не визначає меж звичайної дбайливості, яка вимагається від боржника, окремі положення актів цивільного законодавства конкретизують ці межі, зазначаючи на обов'язок боржника «вживати усіх заходів, встановлених договором, законом, іншими актами цивільного законодавства» (наприклад, ч. 1 ст. 942 ЦК). Обов'язок «вжити всіх необхідних заходів» (ч. 1 ст. 973 ЦК) встановлює більш широку сферу відповідальності, передбачає відповідальність за порушення зобов'язання внаслідок випадку та звільнення від відповідальності у разі порушення зобов'язання внаслідок дії непереборної сили.

Звертає на себе увагу та обставина, що обов'язок «піклуватися про річ, як про свою власну» (ч. 2 ст. 942 ЦК), передбачає врахування при визначенні наявності вини особи суб'єктивних якостей боржника (як він піклується про свої речі, так він має піклуватись і про річ кредитора).

4. Особливості відповідальності за порушення господарського зобов'язання. Вище говорилося про те, що ч. 1 ст. 614 ЦК [19] і ч. 2 ст. 218 ГК [20] єдині в покладенні на боржника обов'язку вжити всіх залежних від цього заходів щодо належного виконання зобов'язання. Але подальший текст ч. 2 ст. 218 ГК свідчить про те, що сфера відповідальності боржника за порушення господарського зобов'язання є значно більш широкою, ніж сфера відповідальності за порушення зобов'язання, що не є господарським. Боржник у господарському зобов'язанні несе відповідальність за порушення зобов'язання і за відсутності вини (якщо порушення зобов'язання стало наслідком випадку). Лише порушення господарського зобов'язання внаслідок дії непереборної сили звільняє боржника від відповідальності за порушення господарського зобов'язання.

5. Вина боржника і дії кредитора. В силу ч. 1 ст. 614 ЦК [19] і аналогічного їй правила ч. 2 ст. 218 ГК [20] боржник не може нести відповідальність за порушення зобов'язання у разі неможливості виконання зобов'язання внаслідок

дій чи бездіяльності кредитора. Те, що ні Цивільний, ні Господарський кодекси прямо не зазначають на такі обставини як на підстави звільнення від відповідальності, не може бути перешкодою для звільнення боржника від відповідальності, оскільки правовою підставою для цього є загальні положення ч. 1 ст. 614 ЦК та ч. 2 ст. 218 ГК.

6. Неосудність. У цивільному законодавстві України поняття неосудності як стану, що виключає відповідальність боржника, не формулюється. Але застосування його при оцінці невиконання або неналежного виконання зобов'язання як такого, що містить чи не містить ознаки вини, є необхідним, оскільки неосудність виключає вину.

7. Вина юридичної особи. Оскільки вина характеризує психічне ставлення суб'єкта до своїх дій або бездіяльності, безпосередньо це поняття може застосовуватися лише до фізичних осіб. Щодо юридичних осіб слід вважати, що в їх діях ознака вини є тоді, коли ознаки вини є в діях їх працівників (при виконанні трудових обов'язків). Було б абсолютно неправильним вважати юридичну особу винуватою тільки тоді, коли ознаки вини є в діях посадових осіб, які виконують функції органів юридичної особи. Це не виправдано обмежувало б відповідальність юридичних осіб. Юридична особа повинна нести цивільно-правову відповідальність за дії всіх своїх працівників з тієї причини, що дії працівників знаходяться у сфері її контролю. Кредитора, за загальним правилом, не цікавить система виробничих зв'язків боржника. Інтереси кредитора (замовника) не можуть безпосередньо залежати від того, кому боржник доручив виконання замовлення та яким є рівень кваліфікації та трудової дисципліни працівників підприємства, що є боржником. Разом з тим, і конструкція вини трудового колективу суперечила б століттями виробленому розумінню категорії суб'єктів у цивільному праві.

8. Вина при укладенні договору. Формулювання ч. 1 ст. 614 ЦК [19] «особа, яка не виконала зобов'язання... несе відповідальність за наявності вини...» передбачає врахування вини боржника, що мала місце не тільки при виконанні договору, але і при його укладенні. Так, боржник-фізична особа може подати докази того, що він проявив максимально можливу дбайливість при виконанні договору, однак той обсяг роботи, яку він зобов'язаний був особисто виконати відповідно до договору, був для нього просто непосильним з урахуванням його віку і стану здоров'я. За таких умов кредитор вправі вимагати відшкодування збитків, завданих невиконанням договору, оскільки боржник допустив необережність (самовпевненість) на стадії укладення договору, легковажно думаючи, що він зможе виконати договір, і не враховуючи на зниження рівня працездатності, обумовлене віком і станом здоров'я.

9. Про надання категорії вини об'єктивного змісту. Категорія вини використовується для суто суб'єктивної оцінки дій (бездіяльності) сторін цивільно-правового договору (зобов'язання). Надання термінам «вина», «умисел», «необережність» об'єктивного значення (наприклад, «... прострочення є наслідком... вини...» — ч. 3 ст. 613 ЦК [19]) є проявом прагнення спростити текст закону (треба було написати: «... прострочення є наслідком дій, що мають ознаку вини...»).

10. Диференціація відповідальності за критерієм вини. Загального правила, що передбачало б диференціацію відповідальності боржника за критерієм форми вини, цивільне законодавство України не встановлює. У той же час встановлені окремі правила, що передбачають врахування форми вини не лише при визначенні розміру відповідальності, але і при вирішенні питання про можливість притягнення боржника до відповідальності. Так, по закінченні встановленого строку зберігання, зберігач відповідає за втрату, нестачу або пошкодження майна, що зберігається, лише при наявності в його діях умислу або грубої необережності (частина друга ст. 418 ЦК [19]).

11. Непереборна сила. Визначення непереборної сили, що наводиться у п. 1 ч. 1 ст. 263 ЦК [19], у радикальний спосіб відрізняється від того її визначення, яке міститься у ст. 78 Цивільного кодексу 1963 р. Раніше чинний Цивільний кодекс визнавав, що непереборній силі притаманні дві ознаки — надзвичайності і невідворотності. Новий Цивільний кодекс виходить із того, що непереборна сила має місце за наявності хоч би однієї із названих ознак. Це значно розширює коло соціально-правових явищ, що підпадають під визначення непереборної сили.

Ч. 2 ст. 218 ГК [20] визначає непереборну силу як таку, що одночасно має ознаки надзвичайності і невідворотності. Слід визнати, що це правило не буде застосовуватись як таке, що суперечить ст. 617 ЦК.

Більш розгорнене визначення обставин непереборної сили наводиться в ст. 1 Закону «Про майнову відповідальність за порушення умов договору підряду (контракту) про виконання робіт на будівництві об'єктів» [104]. Але це визначення є недостатньо опрацьованим для того, щоб застосовувати його до правовідносин, що виникають за межами названого Закону. Що стосується самого цього Закону, то він в повному обсязі ніколи не діяв. Його дія на 2001—2003 роки кожного року призупинялась в цілому, законами про Державний бюджет України на 2004 та 2005 роки його дія призупинена в частині неустойки.

Визначення непереборної сили встановлює умови, за яких законодавець вважає відсутньою вину боржника, тобто, таке визначення конкретизує умови, за яких боржник не несе відповідальність за порушення зобов'язання. Тому визначення підзаконними актами поняття непереборної сили суперечило б п. 22 частини першої ст. 92 Конституції України («виключно законами України визначаються... засади цивільно-правової відповідальності...») і ч. 1 ст. 614 ЦК. З огляду на викладене не можуть застосовуватись визначення непереборної сили (форс-мажорних обставин) в загальних положеннях Правил користування електричною енергією [204] і в розділі «Терміни і визначення» Правил користування електричною енергією. Поширене застосування в практиці укладення договорів терміна «форс-мажорні обставини», в принципі, є зрозумілим, але одночасно є і вкрай неприйнятним і недоречним вживанням іноземних слів.

Новим для національної системи законодавства є правило, сформульоване в ч. 4 ст. 219 ГК, згідно з яким сторони зобов'язання можуть передбачити певні обставини, які є підставою для звільнення від господарської відповідальності у випадку порушення зобов'язання внаслідок дії цих обставин. Єдиною вимогою

до цих обставин є їх надзвичайний характер. Включення до Господарського кодексу цього положення викликане визначенням непереборної сили в ст. 218 ГК як такої, що одночасно має дві ознаки (надзвичайності і невідворотності). Хоч це правило і не повинне застосовуватись як таке, що суперечить ч. 1 ст. 263 ЦК, все ж включення до договорів переліку зазначених надзвичайних обставин усуває можливу невизначеність щодо обставин, що звільняють боржника від відповідальності.

За межами дії Господарського кодексу в погодженні сторонами договорів таких умов необхідності немає, оскільки тут немає будь-яких сумнівів стосовно того, що надзвичайний характер обставин є достатнім для їх кваліфікації відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 263 ЦК як непереборної сили.

Ознака невідворотності властива для багатьох обставин, яким не притаманна ознака надзвичайності. Таке природне явище, як несприятливі метеорологічні умови, є невідворотним для авіаційного перевізника, хоч воно і не має ознаки надзвичайності.

Ознака невідворотності має бути визнана властивою діям державних органів, органів влади Автономної Республіки Крим, органів місцевого самоврядування, що виявилися причиною порушення зобов'язання, хоч ці дії і не є надзвичайними. Тому дії державних органів і посадових осіб, як правило, підпадають під визначення непереборної сили. Проте, є широкий спектр таких органів влади та місцевого самоврядування, що не виключають вину боржника. По-перше, це правомірні примусові дії, що здійснені в зв'язку з порушенням особою, що є боржником у зобов'язанні, своїх обов'язків. По-друге, це — неправомірні дії державних органів, органів влади Автономної Республіки Крим, органів місцевого самоврядування. Способом захисту від таких дій не може бути звільнення особи від відповідальності у зобов'язанні, де вона є боржником, оскільки внаслідок таких дій особа отримує право вимагати визнання відповідних актів, дій чи бездіяльності незаконними та відшкодування збитків і моральної шкоди (п. 8, 9, 10 ст. 16; ст. 21, 22, 23; ч. 4 ст. 386 ЦК; абзаци третій, сьомий ч. 2 ст. 20 ГК).

Ознака невідворотності відноситься до події в цілому, тобто містить у собі невідворотність не тільки самого явища, але і його наслідків. У метеорології можна говорити про параметри стихійного лиха, як такого, у юриспруденції стихійне лихо розуміється як природне явище, поєднане з його матеріальними та іншими природними та соціальними наслідками. Тому сама по собі неможливість відвернення природного явища ще не означає, що боржник буде звільнений від відповідальності за порушення зобов'язання, хоча б він і не виявив належної турботи щодо запобігання руйнівних наслідків цього явища, які згодом призвели до порушення зобов'язання. Викладене знаходиться цілком у межах буквального тлумачення легального визначення непереборної сили, що наводиться у ч. 1 ст. 263 ЦК, і не може бути кваліфіковане як обмежувальне тлумачення правових норм, що не має підстави в правовій системі України.

Ознака невідворотності непереборної сили повинна також тлумачитися з урахуванням предмета зобов'язального права — суспільних відносин, що регулюються цією підгалуззю права. Якщо норми зобов'язального права регулюють

майнові відносини між боржниками і кредиторами, то й ознака невідворотності відноситься до можливостей сторін цих відносин, а не до всіх суб'єктів взагалі, не до суспільства, держави чи усього світового співтовариства. Ці останні суб'єкти за певних умов, можливо, могли б відвернути не лише руйнівні наслідки непереборної сили, але саму її дію. Але зобов'язальне право регулює майнові відносини двох чи кількох суб'єктів, тому ознака невідворотності непереборної сили відноситься до можливостей боржника (боржників), якщо тільки він не вводив кредитора в оману стосовно своїх можливостей. Наприклад, боржник уклав договір про відчуження врожаю пшениці, який вже майже дозрів, але врожай був знищений градом. Можливо, держава і має організаційні та матеріальні засоби, здатні відвернути град. Але у сільськогосподарського підприємства, врожай якого загинув у результаті граду, засобів запобігання граду не було. Отже, для нього град має ознаку невідворотності, тобто є непереборною силою.

Невідворотність як ознака непереборної сили відсутня, якщо причиною невідворотності стали винні дії самого боржника, його працівників або контрагентів за договорами. Якщо юридична особа уклала договір на проведення гідротехнічних робіт, але ці роботи були виконані недоброякісно, що не дозволило запобігти затопленню земельної ділянки в результаті повені й призвело до невиконання зобов'язання з поставки сільськогосподарської продукції, постачальник не може бути звільнений від відповідальності за невиконання зобов'язання з поставки. У постачальника дійсно були відсутні прямі можливості запобігти настанню шкідливих наслідків. Однак такі можливості були б відвернені, якби контрагент (підрядник), який виконував гідротехнічні роботи, здійснював це належним чином. Тому підрядник повинен нести відповідальність перед замовником, який у відносинах, в яких він є постачальником, у свою чергу, відповідає перед покупцем сільськогосподарської продукції. У подібних випадках через відсутність загального правила про зниження розміру відповідальності боржника, якщо зобов'язання не було виконане або було неналежно виконане в результаті двох причин — стихійних сил і винних дій боржника, розмір неустойки, що стягується за порушення зобов'язання, підлягає зменшенню на підставі ч. 3 ст. 551 ЦК. Розмір збитків, що підлягають стягненню, не може бути знижений, оскільки це можливо тільки за наявності змішаної вини (ч. 1 ст. 616 ЦК) і у випадках, передбачених ч. 2 ст. 616 ЦК.

При розгляді конкретної справи Верховний Суд дійшов висновку про те, що невиконання боржником зобов'язання через неплатоспроможність банку, у якому зберігалися кошти відповідача, не звільняє боржника від відповідальності, оскільки неплатоспроможність банку не є обставиною, що виключає вину боржника (Вісник Верховного Суду України, 2002, № 3 (31), с. 18-19).

12. Випадок. В Цивільному кодексі [19] поняття випадку вживається в широкому і вузькому розумінні. Так, в ст. 323, 742, 743 ЦК під випадковим знищенням або пошкодженням (псуванням) майна розуміється настання таких наслідків через випадок або непереборну силу. У ст. 617 ЦК поняття випадку вживається у вузькому розумінні, не включає в себе дії непереборної сили. До категорії випадкового належить, зокрема, порушення зобов'язання, що спричинене

зловмисними діями злочинців, якщо боржник при цьому виявив належну дбайливість про виконання зобов'язання або іншу міру дбайливості, встановлену законом або договором. В силу спеціального правила ч. 2 ст. 40 Закону «Про телекомунікації» [146] оператори, провайдери телекомунікацій не несуть майнової відповідальності перед споживачами телекомунікаційних послуг, якщо порушення зобов'язання сталося внаслідок викрадення чи пошкодження зловмисниками лінійних та станційних споруд. Це правило звільняє названих суб'єктів від відповідальності не тільки за наявності випадку (коли викрадення чи пошкодження зазначеного майна сталося за умов, коли оператор чи провайдер комунікацій виявив належну дбайливість про збереження майна), а й тоді, коли викрадення чи пошкодження майна пов'язане з недбалістю оператора, провайдера про збереження майна. Тут законодавець схилився до більшої, ніж звичайна, турботи про операторів та провайдерів телекомунікацій. Несподіване погіршення стану здоров'я фізичної особи, що здійснює дії на виконання зобов'язання (власного чи в силу правовідносин з боржником), також має кваліфікуватись як випадок (простий), що звільняє боржника від відповідальності.

До категорії випадку не належать, а отже, не виключають вини боржника, недодержання своїх обов'язків контрагентами боржника, відсутність на ринку товарів, потрібних для виконання зобов'язання, відсутність у боржника необхідних коштів (ст. 617 ЦК). Ч. 2 ст. 218 ГК [20] встановлює аналогічне правило. Однак робити звідси висновок про те, що боржник завжди несе відповідальність в разі невиконання чи неналежного виконання зобов'язання, якщо воно сталося внаслідок невиконання зобов'язань контрагентами боржника, було б неправильним. Контрагенти боржника можуть порушити зобов'язання перед боржником за наявності їх вини. Тоді боржник дійсно не може бути звільнений від відповідальності перед кредитором. Але ж контрагенти боржника можуть порушити зобов'язання перед боржником за відсутності їх вини. В такому випадку і боржник повинен бути звільнений від відповідальності перед кредитором, якщо були відсутні альтернативні джерела отримання товарів чи послуг, тобто, якщо відсутня його вина. Так, якщо внаслідок стихійного лиха загинув урожай винограду певного сорту, постачальник винограду звільняється від відповідальності перед виноробним заводом за непостачання винограду, оскільки відсутня його вина (невиконання зобов'язання стало наслідком стихійного лиха, тобто, непереборної сили). Виноробний завод також має бути звільнений від відповідальності за непостачання вина, якщо не було можливості здійснити закупку винограду у інших виробників, і так далі в цьому ланцюжку договірних зобов'язань. Підставою звільнення від відповідальності в такому випадку є відсутність вини, невиконання зобов'язання внаслідок дії непереборної сили. Правда, наявність причинного зв'язку в кожному кільці ланцюжку порушень зобов'язань при цьому заперечується пануючими в юридичній науці і практиці правозастосування уявленнями про причинний зв'язок. Але це лише підкреслює необхідність визнання концепції необхідної умови як такої теорії причинного зв'язку, яка заслуговує на загальне визнання.

Глава 9

Припинення цивільних і господарських зобов'язань

§ 1. Загальні положення про припинення зобов'язання

1. Зобов'язання як явище, що припиняється. Глава 19 Цивільного кодексу 1963 р. не визначала поняття припинення зобов'язань, а лише називала загальні способи припинення зобов'язання та розкривала їх зміст. Окремі підстави припинення зобов'язань встановлювались стосовно певних інститутів зобов'язального права — купівлі-продажу (ст. 231 ЦК 1963 р.), майнового найму (ст. 259 ЦК 1963 р.) тощо. Визначення поняття припинення зобов'язання не наводиться і в Цивільному кодексі 2003 р. [19]. Між тим правильне розуміння категорії припинення зобов'язання має важливе значення для практики вирішення цивільно-правових спорів.

Перш за все, виникає потреба чітко визначитись стосовно того, яке ж правове явище мається на увазі, коли в законі чи іншому акті цивільного законодавства вказується на припинення зобов'язання. Треба однозначно визнати, що під зобов'язанням і під «припиненням зобов'язання» розуміються наступні правові явища: 1) зобов'язання, що виникає на підставі одностороннього договору. Наприклад, ч. 1 ст. 717 ЦК, за загальним правилом, не покладає на обдаровуваного будь-якого обов'язку. Навіть обов'язок прийняти дарунок на обдаровуваного не покладається. Отже, всі правовідносини, що виникають на підставі договору дарування в найпростішому випадку, полягають в односторонньому зобов'язанні, яке включає в себе обов'язки дарувальника та права обдаровуваного. Інша справа, що законодавець, допускаючи відповідне ускладнення суспільних відносин, передбачає виникнення на підставі договору дарування двох зустрічних зобов'язань, в одному із яких обдаровуваний стає боржником. Але це не спростовує загальної тези про те, що існує таке правове явище, як односторонні договори, на підставі яких виникають зобов'язання, яким не кореспондують зустрічні зобов'язання; 2) зобов'язання, що виникають на підставі двостороннього договору. Таких зобов'язань завжди є принаймні два. Вони є зустрічними. Так, на підставі договору підряду виникають два зобов'язання. Відповідно до першого із них підрядник зобов'язується виконати роботу та несе низку інших обов'язків. В іншому зобов'язанні, що виникає на підставі такого двостороннього договору, боржником є замовник. До змісту зобов'язання включається комплекс обов'язків замовника, частина із яких позначається терміном «грошове зобов'язання».

2. Поняття припинення зобов'язання. Коли в законі йдеться про припинення зобов'язання, то зазвичай не мається на увазі одночасне припинення двох зустрічних зобов'язань, що ґрунтуються на одному і тому ж двосторонньому договорі. Йдеться при цьому про припинення зобов'язання як одностороннього

правового зв'язку. Що стосується зустрічного зобов'язання, що виникло на підставі того ж договору, що і перше зобов'язання, яке припиняється, то його доля має визначатись відповідно до положень законодавства, які в таких випадках підлягають застосуванню. Проте, в деяких випадках із закону чітко впливає, що в ньому під припиненням зобов'язання розуміється припинення двох зустрічних зобов'язань.

Під припиненням зобов'язання розуміють припинення існування прав та обов'язків його учасників, які складають зміст зобов'язання. Іншими словами, з припиненням зобов'язання боржник більше не зобов'язаний здійснювати дії чи утримуватися від дій, які він раніше мав здійснити чи від здійснення яких мав утримуватися. Це поняття охоплює як випадки, коли припинення здійснюється за волею сторін (наприклад, за домовленістю), так і припинення зобов'язань із підстав, що не залежать від волі сторін (наприклад, припинення зобов'язання у разі ліквідації юридичної особи).

Із ст. 598 ЦК [19] випливає, що поняттям припинення зобов'язання позначається не тільки останній момент його існування, яким (цим моментом) установлюється межа у часі, до якої зобов'язання існувало, а після якої воно уже не існує, а і певний період, упродовж якого зобов'язання ще існує, але вже іде накопичення юридичних фактів, які спричиняють припинення зобов'язання. Отже, припинення зобов'язання може бути визначене як остання стадія його існування.

Поняттям припинення зобов'язання охоплюється як повне його припинення, коли перестають існувати всі обов'язки боржника та права кредитора, що кореспондують цим обов'язкам, так і часткове припинення (внаслідок часткового його виконання чи з інших підстав). Ч. 1 ст. 598 ЦК прямо передбачає можливість припинення зобов'язання як в повному обсязі, так і частково.

3. Підстави припинення зобов'язання. Підстави припинення зобов'язання визначаються ст. 599-610 ЦК [19]. Разом з тим, ст. 598 ЦК передбачає можливість встановлення договором або законом інших підстав припинення зобов'язання. Зокрема, ч. 2 ст. 202 ГК [20] встановлює такі підстави припинення зобов'язання як його розірвання або визнання недійсним за рішенням суду. При цьому, як впливає із ст. 206 ГК, розірвання зобов'язання в Господарському кодексі ототожнюється з розірванням договору. Якщо правочин здійснено через скасувальну обставину, зобов'язання, що виникло на його підставі, припиняється, якщо така обставина настала. Спеціальними положеннями законів встановлюються інші підстави припинення зобов'язань стосовно окремих видів зобов'язань.

§ 2. Належне виконання як підстава припинення зобов'язання

1. Оформлення належного виконання. Нормальним способом припинення зобов'язання є його належне виконання (ст. 599 ЦК [19]). Зі змісту ст. 599 ЦК випливає, що неналежне виконання не припиняє зобов'язання. Більше того, у

таких випадках воно доповнюється зобов'язанням відшкодувати збитки та (або) сплатити неустойку, які виникають як наслідок порушення виконання зобов'язань (глава 51 Цивільного кодексу). Проте, виконання додаткових зобов'язань не звільняє боржника від реального виконання зобов'язань.

Виконання, яке припиняє зобов'язання, оформляється відповідно до вимог, що встановлюються законодавством. Але Цивільний кодекс, хоч і визнає дії на виконання договорів правочинами (ч. 3 ст. 206 ЦК), не встановлює загальних вимог до способів і форм підтвердження (посвідчення) виконання зобов'язань. Для порівняння слід звернути увагу на правила про форми правочинів і договорів, яким присвячена значна кількість норм, що включені до Цивільного кодексу. Лише розписка та повернення боргового документа як способи підтвердження виконання зобов'язань стали предметом уваги Цивільного кодексу. Відповідно до ст. 545 ЦК на кредитора покладається обов'язок на вимогу боржника видати останньому розписку про одержання виконання в цілому або частиною. У разі часткового виконання зобов'язання кредитор, який прийняв виконання, зобов'язаний видати розписку про часткове виконання зобов'язання.

Під борговим документом у ст. 545 ЦК розуміється будь-який документ, що був виданий боржником кредиторів та підтверджує зобов'язання боржника. Про один із видів боргових документів — розписку позичальника або інший документ, що підтверджує передання йому позикодавцем грошової суми або певної кількості речей, — йдеться у ст. 1047 ЦК. Борговими документами є квитанції, що видаються на підтвердження зобов'язання надати послуги або виконати роботу. Їх передання кредитором боржникові зазвичай є неможливим, оскільки вони слугують доказами прав кредитора, що впливають із гарантійних чи інших зобов'язань боржника, встановлених актами цивільного законодавства або договором. У таких випадках кредитор зобов'язаний видати розписку боржникові або поставити свій підпис на примірникові квитанції (на її корінці), що залишається у боржника. Положення ст. 545 ЦК застосовуються до номерних жетонів, що видаються на підтвердження прийняття речі на зберігання до камери схову (ч. 2 ст. 972 ЦК).

Знаходження боргового документа у кредитора підтверджує наявність зобов'язання. Тому у випадках, коли такий документ був виданий боржником кредиторів, на кредитора покладається обов'язок повернути борговий документ боржникові. Якщо кредитор не має можливості повернути боржникові борговий документ (через втрату тощо), він зобов'язаний видати боржникові розписку і вказати в ній на неможливість повернення боржникові боргового документа.

Хоч наявність боргового документа у боржника і підтверджує виконання ним зобов'язання, кредитор не позбавлений права спростувати цю презумпцію. Для цього він повинен надати докази, які б з достовірністю підтверджували, що насправді боржник зобов'язання не виконував. Невиконання кредитором обов'язку належним чином підтвердити виконання боржником зобов'язання дає право боржникові затримати виконання. В цьому випадку наступають наслідки, встановлені ст. 613 ЦК на випадок прострочення кредитора. Ці наслідки наступають і в тих випадках, коли боржник мав можливість виконати

зобов'язання шляхом внесення грошей або цінних паперів в депозит нотаріуса (ст. 537 ЦК).

2. Загальна характеристика способів оформлення виконання зобов'язань. Як видно із викладеного вище, Цивільний кодекс [19] регулює лише відносини з приводу посвідчення виконання зобов'язання між такими суб'єктами, які не зобов'язані вести облік відповідних господарських операцій. Посвідчення виконання зобов'язань за участю суб'єктів господарської діяльності та інших юридичних осіб, зобов'язаних вести облік господарських операцій, має істотне практичне значення з урахуванням обсягу і кількості таких операцій, але все ж таки воно залишилося за межами дії норм загальних положень про зобов'язання та договори Цивільного кодексу. Господарський кодекс [20] та інші акти цивільного законодавства також не містять загальних норм такого роду. Є, однак, численні спеціальні норми щодо цього. Зокрема, ст. 39 Уніфікованого закону про переказний вексель та простий вексель [4] надає трасату — платнику за векселем — право вимагати, щоб на посвідчення платежу йому був вручений держателем векселя з розпискою в одержанні платежу. В разі часткового платежу трасат може вимагати, щоб відмітка про такий платіж була зроблена на векселі, що залишається у держателя, і щоб йому була видана про це розписка.

Значна частина цивільного обороту пов'язана з переданням речей у власність або на іншому речовому праві. У роздрібній торгівлі не передбачена будь-яка цивільно-правова форма посвідчення факту одержання товару покупцем, однак на продавця покладається публічно-правовий обов'язок видати споживачеві квитанцію, товарний чи касовий чек, квиток, путівку, талон або інший письмовий документ, що засвідчує факт купівлі, а при продажу товарів, на які встановлені гарантійні терміни, — також технічний паспорт або документ, що його замінює, (п. 9 ст. 14 Закону «Про захист прав споживачів» [51]). Преамбула названого Закону називає деякі з перелічених документів формою правочину (договору). Надання споживачем документів, виданих йому при одержанні товару, зокрема, є обов'язковою (за встановленими винятками) умовою реалізації споживачем права на обмін товарів неналежної якості відповідно до ст. 20 названого Закону. Слід, однак, звернути увагу на те, що платники єдиного податку часто порушують вимоги названого Закону, хоч для них спрощена система встановлена тільки стосовно публічного обліку та звітності, а не щодо цивільно-правових відносин.

Законодавством в низці випадків встановлюються вимоги щодо документального посвідчення фактів неналежного виконання зобов'язань боржником або іншого порушення прав кредитора. В окремих випадках таке посвідчення здійснюється в публічно-правових формах. Так, відмова від акцепту векселя або від сплати грошової суми за векселем повинна бути засвідчена актом, що складається в публічному порядку, — протестом у неакцепті або в несплаті (ст. 44 Уніфікованого закону про переказні векселі та прості векселі). Ст. 341—347 Кодексу торговельного мореплавства [12] передбачає складання в публічній формі морського протесту на підставі заяви капітана судна, даних судового журналу, опитування капітана, а в разі потреби — інших свідків зі складу судового екіпажу. Заява про морський протест подається в порту України нотаріусу, а в іноземному порту — консулу України або компетентним посадовим особам

іноземної держави в порядку, встановленому законодавством цієї держави. У портах України прийняття заяв про морський протест від капітанів іноземних судів і складання актів про морський протест може здійснюватися консульськими представниками іноземних держав в Україні на умовах взаємності (ст. 347 КТМ). Це, очевидно, можливо і без відома органів влади України, але суди України не мають права приймати як докази морські протести, що не відповідають вимогам ст. 341—347 КТМ.

Є практика затвердження типових форм документів, які повинні підписуватися на підтвердження виконання зобов'язань. Так, виконання залізницею зобов'язання з передання в оренду вагонів і виконання орендарем обов'язку щодо повернення вагонів після закінчення терміну оренди засвідчується шляхом підписання сторонами акта за формою ДУ-6 (п. 2.5; 6.3 Інструкції про порядок передачі в оренду вантажних вагонів [206]).

В умовах, коли загальні норми Цивільного кодексу переважно не визначають порядку посвідчення виконання зобов'язань, протягом тривалого часу склалася практика, відповідно до якої як докази виконання зобов'язань приймаються документи, оформлення яких як обов'язкове встановлене нормами публічного права, присвяченими переважно порядку ведення первинного бухгалтерського і податкового обліку.

3. Посвідчення передання товарів та сплати коштів. Виконання цивільно-правових договорів — це господарська операція, належне здійснення якої повинне фіксуватися в первинних документах бухгалтерського обліку. Обов'язкова видача суб'єктами підприємницької діяльності, що здійснюють розрахунки зі споживачем у сфері торгівлі, громадського харчування та послуг за готівку, касових чеків передбачена ч. 2 ст. 3 Закону «Про застосування реєстраторів розрахункових операцій у сфері торгівлі, громадського харчування та послуг» [107] і також має насамперед публічно-правове значення. Але у відповідних випадках касовий чек може бути підтвердженням не тільки сплати покупцем (споживачем) відповідних грошових сум, але й передання купленого товару (надання послуги), оскільки приміткою до названої статті передбачено, що касовий чек повинен бути виданий разом з покупкою (наданою послугою).

Передання речей (матеріальних цінностей) суб'єктом, зобов'язаним вести бухгалтерський облік, оформляється накладною. Факт виконання (передання речей) належній особі при видачі їх на складі відчужувача посвідчується підписом покупця на накладній. Якщо покупцем є юридична особа, обов'язковим є подання довіреності, оформленої на бланку суворої звітності, хоча б цінності одержував керівник підприємства (іншої юридичної особи), як це передбачено Інструкцією про порядок реєстрації виданих, повернутих і використаних довіреностей на одержання цінностей [203]. Порушення встановлених законодавством вимог до форми накладної, до форми довіреності на одержання цінностей не може бути підставою для безумовного висновку про те, що відповідні цінності на виконання зобов'язання не передавалися. Сторона, що передала цінності, може доводити факт передання цінностей будь-якими письмовими доказами, засобами аудіо- та відеозапису, якщо запис здійснено відповідно до закону, та іншими доказами, у тому числі і показаннями свідків,

особливо якщо за фактом одержання цінностей і наступної відмови визнати цю обставину порушена кримінальна справа, і показання свідків належним чином оформлені протоколами допитів.

Вручення речей одержувачеві відчужувачем на складі одержувача при централізовано-кільцевому перевезенні (доставці) товарів провадиться особі, уповноваженій одержувачем. При цьому п. 12 згаданої вище Інструкції передбачає можливість передання цінностей (товарів) без довіреності за умови, що юридична особа-одержувач продемонструє відчужувачу зразок печатки (штампа), якою матеріально-відповідальна особа, що буде приймати цінності, посвідчуватиме свій підпис на підтвердження одержання цінностей на товаросупроводжувальних документах, та зразок підписів осіб, що будуть отримувати цінності. Таке повідомлення юридичної особи-одержувача на адресу відчужувача товарів має бути підписане особами, уповноваженими підписувати довіреності.

4. Посвідчення передання речей з участю підприємств транспорту.

Суворі формальні вимоги встановлені щодо посвідчення факту передання речей (вантажів) для перевезення та приймання їх від підприємств транспорту. На підтвердження прийняття вантажу до перевезення перевізник видає відправникові належне підписані коносамент (ст. 137 Кодексу торговельного мореплавства [12]), квитанцію (ст. 23 Статуту залізниць України [186]; ст. 67 Статуту внутрішнього водного транспорту Союзу РСР [245]). На автомобільному транспорті приймання вантажів до перевезення засвідчується підписом водія-експедитора на всіх примірниках товарно-транспортної накладної (ст. 51 Статуту автомобільного транспорту Української РСР [174]).

Видача вантажу вантажоодержувачеві на морському транспорті провадиться пред'явникові коносаменту, одержувачеві, відправникові, наказу одержувача або відправника в залежності від виду оформленого коносаменту (ст. 162 КТМ). На залізничному транспорті вантаж приписується видавати одержувачеві, зазначеному в накладній (за встановленими винятками), який повинен посвідчити факт одержання вантажу підписом у дорожній відомості (ст. 48 СЗ). Одержувати вантаж від імені вантажоодержувача і розписуватися в дорожній відомості має право фізична особа, якій видана довіреність (разова або на строк) на одержання вантажів (п. 6 Правил видачі вантажів). На внутрішньому водному транспорті вантаж видається вантажоодержувачеві, зазначеному в накладній (за встановленими винятками), що засвідчується підписом вантажоодержувача в дорожній відомості (ст. 95 СБВТ). Автотранспортне підприємство видає вантаж одержувачеві, зазначеному в товарно-транспортній накладній. Факт видачі посвідчується підписом і печаткою (штампом) вантажоодержувача в трьох примірниках товарно-транспортної накладної (ст. 72 САТ).

Якщо матеріальні цінності, що поставляються, підлягають перевезенню автомобільним транспортом, обов'язковим є оформлення визначених законодавством документів на вантаж (частина перша ст. 57 Закону «Про автомобільний транспорт» [115]). Таким документом є товарно-транспортна накладна, що повинна відповідати типовій формі, затвердженій спільним наказом Міністерства статистики та Міністерства транспорту. Відповідно до «Інструкції про

порядок виготовлення, зберігання, застосування єдиної первинної транспортної документації для перевезення вантажів автомобільним транспортом та обліку транспортної роботи» [205] товарно-транспортна накладна названа єдиним первинним документом, який є підставою для списання товарно-матеріальних цінностей у вантажовідправника і оприбуткування їх у вантажоодержувача, а також для складського, оперативного і бухгалтерського обліку. Призупинення дії цієї Інструкції не змінило значення товарно-транспортної накладної, оскільки воно в такий же спосіб визначено ст. 47 Статуту автомобільного транспорту, що зберіг свою чинність у частині, що не суперечить Закону «Про автомобільний транспорт».

При виявленні факту незбереження вантажу під час перевезення (недостачі, зіпсуття, пошкодження вантажу) факт неналежного виконання посвідчується суворо відповідно до встановлених законодавством правил. Порушення цих правил позбавляє вантажоодержувача (у відповідних випадках — вантажовідправника) права вимагати відшкодування збитків, завданих неналежним виконанням зобов'язання з перевезення.

Приймання вантажів від органів морського транспорту повинне провадитися відповідно до ст. 165, 166 КТМ, а незбереження вантажу під час перевезення засвідчується складанням комерційного акта (п. 3 частини першої ст. 379, ст. 381 КТМ). Обставини, що свідчать про неналежне виконання зобов'язання залізничного перевезення (про незбереження вантажу), засвідчуються шляхом складання комерційного акта та у необхідних випадках — акта загальної форми (ст. 129 СЗ; п. 2.3 Правил складання актів). Неналежне виконання зобов'язання щодо перевезення вантажів внутрішнім водним транспортом (незбереження вантажу під час перевезення) має бути посвідчене відповідно до ст. 101 СБВТ та оформлене комерційним актом (ст. 215, 219 СБВТ). На автомобільному транспорті незбереження вантажу має бути посвідчене відмітками на всіх примірниках товарно-транспортної накладної, а в разі необхідності — актом (п. 15 Правил перевезень вантажів автомобільним транспортом в Україні), підписаним водієм транспортного засобу і представником вантажоодержувача. При відмові від складання акта або від внесення записів у товарно-транспортну накладну про недостачу, зіпсуття або пошкодження вантажу акт складається за участю представника незаінтересованої організації (п. 15.5 Правил перевезень вантажів автомобільним транспортом в Україні [209]) з додержанням правил приймання вантажу, встановлених Інструкцією про порядок приймання продукції виробничо-технічного призначення і товарів народного споживання за кількістю [248] та Інструкцією про порядок приймання продукції виробничо-технічного призначення і товарів народного споживання за якістю [249].

5. Посвідчення факту невідповідності кількості переданих товарів умовам договору. У момент передавання в порядку виконання зобов'язання партії товарів найчастіше перевірка ваги нетто або кількості переданих товарних одиниць не провадиться, а перевіряється тільки вага брутто або кількість тарних місць. У таких випадках набувачеві у встановлених випадках (ст. 687 ЦК [19]) надається можливість надалі, у встановлені строки здійснити приймання матеріальних цінностей за вагою нетто або кількістю товарних одиниць.

Порядок приймання регулюється Інструкцією про порядок приймання продукції виробничо-технічного призначення і товарів народного споживання за кількістю. Названа Інструкція застосовується у випадках, визначених ст. 687 ЦК. Порушення порядку приймання, встановленого названою Інструкцією, позбавляє акт приймання, що посвідчує факт належного виконання зобов'язання, доказового значення. Оскільки при цьому факт належного виконання залишається недоведеним, вважається, що зобов'язання виконане належно (у цивільному і господарському процесі кожна сторона зобов'язана довести ті обставини, на які вона посилається), а одержувач позбавляється права стягнути вартість матеріальних цінностей, яких бракує.

6. Посвідчення належної якості товарів. Також згодом, після одержання від відчувача матеріальних цінностей в певних випадках може бути виявлена невідповідність їх умовам договору і вимогам нормативно-правових актів щодо якості. Порядок приймання матеріальних цінностей за якістю, якщо такий обов'язок покладається на набувача, регулюється Інструкцією про порядок приймання продукції виробничо-технічного призначення і товарів народного споживання за якістю [249]. Ця Інструкція з урахуванням ст. 271 ГК [20], п. 45 Положення про поставки продукції виробничо-технічного призначення [246] та п. 31 Положення про поставки товарів народного споживання [247] підлягає застосуванню, якщо продукція або товари передаються за договором поставки. В решті випадків застосовується ст. 680 ЦК [19]. Зазначена Інструкція встановлює численні, найчастіше суто формальні вимоги до порядку приймання та змісту актів приймання продукції та товарів за якістю. Порушення цих вимог означає, що належне виконання боржником зобов'язання не посвідчене відповідно до вимог законодавства, а кредитор позбавляється прав, яких він міг би набути в разі складання акта приймання продукції або товарів за якістю відповідно до встановлених вимог.

7. Посвідчення належного виконання зобов'язання щодо передавання нафтопродуктів. Інструкція про порядок приймання, транспортування, зберігання, відпуску та обліку нафти і нафтопродуктів на підприємствах і в організаціях України [210] визначає порядок посвідчення фактів належного виконання зобов'язань з поставки та перевезення нафти і нафтопродуктів (складання актів про недостачу і належну якість нафти і нафтопродуктів). Ця Інструкція як спеціальний нормативно-правовий акт підлягає переважному застосуванню порівняно з названими вище інструкціями. Але все-таки застосування до відносин, що регулюються цією Інструкцією, норм Інструкції про порядок приймання продукції виробничо-технічного призначення і товарів народного споживання за кількістю та Інструкції про порядок приймання продукції виробничо-технічного призначення і товарів народного споживання за якістю можливе, оскільки відповідні питання (наприклад, порядок призначення та оформлення повноважень представника громадськості) досить докладно не урегульовані Інструкцією про порядок приймання, транспортування, зберігання, відпуску та обліку нафти і нафтопродуктів на підприємствах і в організаціях України.

8. Посвідчення порушення зобов'язання постачання електроенергії.

Спеціальні правила встановлені щодо фіксації фактів неналежного виконання зобов'язань, на які поширюється дія Правил користування електричною енергією для населення [191]. У разі порушення електропостачальником умов договору передбачене складання акта-претензії за типовою формою. А в разі неприбуття в погоджений термін представника електропостачальника або відмови його від підписання акта-претензії, акт-претензія визнається дійсним, якщо його підписали не менш ніж три споживачі, які проживають у даному будинку, або споживач і виборна особа будинкового, вуличного, квартального комітету чи іншого органу самоорганізації населення (примітка до Типового акта-претензії).

9. Посвідчення виконання зобов'язання будівельного підряду. Факт виконання підрядником окремих етапів будівельних робіт посвідчується актами встановленої форми, що підписуються замовником і підрядником. Крім того, передбачене приймання закінчених будівництвом об'єктів робочими комісіями та державними приймальними комісіями (Порядок прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів). У разі відмови однієї із сторін від підписання акта передання робіт підрядником і прийняття їх замовником акт може бути підписаний без участі цієї сторони, про що зазначається в акті. Стороні, що не брала участі в підписанні акта, надається право вимагати визнання його недійсним. Таку вимогу суд може задовольнити, якщо відмова від підписання є обґрунтованою. Це правило ч. 4 ст. 882 ЦК [19] не виключає пред'явлення підрядником, в тому числі у суді, вимоги про примушення замовника до виконання обов'язку прийняти виконані роботи. Дефекти в роботах, виконаних за договором підряду на капітальне будівництво, виявлені протягом гарантійного строку, повинні посвідчуватися двостороннім актом замовника (експлуатуючої організації) та підрядника.

10. Посвідчення відмови в акцепті. Відмова в акцепті переказного векселя або в платежі має бути посвідчена актом, що складається в публічному порядку (ст. 44 Уніфікованого закону про переказні векселі та прості векселі [4]). Протест у неплатежі вчиняється в нотаріальному порядку (ст. 92 Закону «Про нотаріат» [47]). Без вчинення протесту не допускається пред'явлення вимог до осіб, зобов'язаних за векселем. Встановлені гранично тверді вимоги до строків, протягом яких можливе вчинення протесту в неакцепті або в неплатежі за векселем. Протест у неакцепті повинен бути вчинений у строки, встановлені для пред'явлення векселя до акцепту. Якщо перше пред'явлення векселя до акцепту мало місце в останній день строку, протест може бути вчинений у день, коли вексель підлягає оплаті або в один із двох наступних робочих днів (п. 3 ст. 2 Закон «Про обіг векселів в Україні» [116]). Протест у неплатежі за переказним векселем строком на певний день або протягом певного часу від складення чи пред'явлення векселя повинен бути вчинений в один із двох робочих днів, які йдуть за днем, в який вексель повинен бути оплачений. Проте пропуск зазначених строків перешкоджає лише реалізації прав за векселем, але не виключає пред'явлення вимоги про повернення безпідставно отриманого або безпідставно збереженого.

11. Посвідчення факту надання послуг. Законодавство не встановлює вимоги про обов'язкове посвідчення документом, що підписується сторонами договору, факту одержання послуг, які надаються постійно протягом встановленого договором часу, якщо тариф, за яким провадиться оплата послуг, не допускає диференціації розміру оплати в залежності від інтенсивності користування послугами. Так, передання наймодавцем (орендодавцем, лізингодавцем) об'єкта найму (оренди, лізингу) наймачеві (орендареві, лізингоодержувачеві) на встановлений договором строк не вимагає щомісячного чи щоквартального складання акта про надання послуги. Не вимагає складання такого акта надання комунальних послуг, якщо не використовуються відповідні прилади обліку, і сума плати за послуги в кожному розрахунковому періоді не змінюється.

Якщо ж оплата послуг провадиться з урахуванням інтенсивності користування послугою (частоти, тривалості користування послугами протягом певного періоду часу, кількості одержаної енергії, води тощо), виникає необхідність підписання сторонами договору документа, що підтверджує факт одержання послуги. Часто це неможливо або організаційно недоцільно. Зокрема, надання послуг електрозв'язку (міжміського, міжнародного, мобільного телефонного зв'язку) обліковується підприємством зв'язку за допомогою сучасної електронної техніки. Навряд чи доцільним було б за таких умов установлювати правило про необхідність щомісячного підписання підприємством зв'язку та абонентом відповідних актів. З іншого боку, явно недостатнім є пред'явлення підприємством зв'язку в разі спору в суді рахунків на оплату, що направляються абонентам. У подібних випадках повинні бути представлені підписані відповідними посадовими особами підприємства зв'язку документи первинного обліку, в яких відображаються дані про обсяг наданих послуг. Крім того, доцільно було б встановлювати в договорах, що одержувачеві послуги (абоненту) надається право оскаржити факт одержання послуг та їх обсяг протягом певного строку після одержання від того, хто надає послугу, рахунку на оплату (з долученням до нього у відповідних випадках документів, які містять конкретні дані про асортимент і кількість послуг). Варто було б також передбачати, що у випадках, якщо одержувач послуги не оскаржив факт одержання послуг протягом встановленого строку, асортимент і обсяг послуг вважаються підтвердженими тим, хто одержує послугу.

12. Зберігання документів, що посвідчують виконання зобов'язання. Документи первинного обліку, що посвідчують факти виконання зобов'язань (факти неналежного виконання зобов'язань) мають одночасно і цивільно (приватно)-правове, і публічно-правове значення. Вони повинні зберігатися підприємствами, установами, організаціями протягом трьох років, якщо інший строк не встановлений законодавством (ч. 3 ст. 8 Закону «Про бухгалтерський облік та фінансову звітність в Україні» [97]). При виникненні протиріч, спорів, слідчих і судових справ вони підлягають зберіганню до винесення остаточного рішення. Це передбачено ст. 315 «Переліку типових документів», що створюються в діяльності органів державної влади та місцевого самоврядування, інших установ, організацій і підприємств, із зазначенням термінів зберігання документів [212].

§ 3. Припинення зобов'язання зарахуванням

1. Загальна характеристика зарахування. Припинення зобов'язання на цій підставі здійснюється відповідно до ст. 601-603 ЦК [19]. Зарахування за правовими наслідками не відрізняється від виконання зобов'язання, здійсненого належним чином. Особливість зарахування полягає в тому, що воно може припинити одразу два зустрічних зобов'язання. При цьому не має значення та обставина, на якій підставі виникли ці зобов'язання. Не виключається, що зустрічні зобов'язання, які припиняються внаслідок зарахування, виникли на підставі одного і того ж договору. Але частіше вони виникають з різних підстав. Зустрічність зобов'язань, що припиняються зарахуванням, означає лише одне: кожна із двох сторін має зобов'язання щодо іншої сторони.

Відповідно до ст. 603 ЦК у разі заміни кредитора боржник має право пред'явити проти вимоги нового кредитора свою зустрічну вимогу до первісного кредитора. Умови здійснення зарахування при цьому залежать від того, чи був боржник повідомлений про заміну кредитора, чи ні. Зарахування здійснюється, якщо вимога виникла на підставі, що існувала на момент одержання боржником письмового повідомлення про заміну кредитора, і строк вимоги настав до його одержання, або цей строк не встановлений чи був визначений моментом пред'явлення вимоги. Зарахування також здійснюється, якщо вимога виникла на підставі, що існувала на момент пред'явлення боржникові вимоги новим кредитором, або якщо боржник виконав свій обов'язок до пред'явлення йому вимоги новим кредитором (на момент його виконання). Ці правила слід розглядати як уточнення правил, встановлених ст. 518 ЦК, згідно з якими перехід прав кредитора до іншої особи не повинен погіршувати становища боржника.

Якщо зустрічні вимоги є рівними, то зарахуванням припиняється обидва зустрічні зобов'язання повністю. Якщо вони є нерівними, то одне із зобов'язань припиняється повністю, а в іншому зменшується обсяг вимог, а зобов'язання частково продовжує існувати (часткове зарахування).

Зарахування допускається щодо зустрічних вимог двох суб'єктів. Зарахування взаємних вимог між великою кількістю суб'єктів можливе шляхом підписання угоди про це. Але такі відносини будуть регулюватися ст. 604 ЦК, а не ст. 601—603 ЦК.

Хоч в ст. 601 ЦК мова йде про зарахування вимоги, букві цієї статті не суперечить зарахування кількох вимог з однієї та другої сторони, оскільки при цьому відбувається зарахування кожної вимоги окремо, а також зарахування частини вимоги, оскільки із суті зобов'язання, що може припинитися зарахуванням, звичайно випливає можливість виконання його частинами (ст. 529 ЦК).

Зарахуванням може припинитися вимога, строк якої настав, або строк якої не визначений чи визначений моментом витребування. Якщо строк вимоги не настав, можливе лише укладення угоди про погашення взаємних зобов'язань відповідно до ст. 604 ЦК. Строк вимоги слід вважати таким, що настав, в останній день своєчасного виконання відповідного юридичного обов'язку. Строк при

цьому може бути встановлений договором або впливати із законодавства (суб'єктивне право кредитора, що існує до цього, не має ознак вимоги). Отже, заява про зарахування щодо вимог, строк яких визначений, може бути зроблена в перший чи наступні дні після початку перебігу строку позовної давності (ст. 261 ЦК). Правило про допустимість припинення зарахуванням лише вимоги, строк якої настав, або строк якої не визначений чи визначений моментом витребування, є загальним, що не виключає встановлення спеціальними нормами законів інших правил. Так, ч. 3 ст. 776 ЦК надає наймачеві право у разі невиконання наймодавцем обов'язку провадити капітальний ремонт переданого в найм майна зробити капітальний ремонт, невиконання якого перешкоджає використанню речі відповідно до її призначення та умов договору, і стягнути з наймодавця вартість ремонту або зарахувати її в рахунок плати за користування річчю. Тут мається на увазі й та плата, яку наймодавець зобов'язаний буде заплатити в майбутньому.

2. Однорідність вимог. Зарахуванням можуть припинятися тільки однорідні вимоги. Вони повинні бути однорідними у розумінні їх матеріального змісту. Не можна обов'язок надати послугу зарахувати в рахунок зустрічного обов'язку поставити товари. Звичайно зарахуванням припиняються грошові зобов'язання, оскільки гроші є в обігу як загальний еквівалент товарів, робіт і послуг. Але, принаймні, розмірковуючи теоретично, слід визнати, що закон не перешкоджає припиненню зарахуванням зобов'язань не грошового, а іншого матеріального змісту.

Однорідність вимог, що є предметом зарахування, передбачає і їх юридичну однорідність. Один вид вимоги — це грошова заборгованість за поставлені товари, виконані роботи, надані послуги. Стягнена через суд заборгованість такого ж роду — це юридично не однорідна з названою вище першою вимогою. Право на стягнення заборгованості, підтверджене судовим рішенням і виконавчим листом або наказом господарського суду, або виконавчим написом нотаріуса, повинне бути реалізоване в процесуальних формах, встановлених законодавством про виконавче провадження. Якщо воно в передбачених формах і в межах встановленого строку не реалізоване, воно не припиняється, але і не може бути реалізоване, якщо тільки строк для пред'явлення виконавчого документа до стягнення не буде відновлений.

Непред'явлення виконавчого документа до стягнення не може бути замінено угодою, підписаною боржником і стягувачем. Навіть і добровільне повне або часткове перерахування грошових сум, що підлягають стягненню відповідно до виконавчого документа, не припиняє виконавчого провадження, якщо тільки про це не складений державним виконавцем акт, що підписується стягувачем і боржником (ст. 30 Закону «Про виконавче провадження» [91]). Але складення такого акта можливе лише у випадках, якщо у справі ведеться виконавче провадження, тобто воно неможливе, якщо не порушене виконавче провадження, або воно зупинене чи закрите.

Аналогічним чином не може бути зроблене зарахування заборгованості за зобов'язанням іншого матеріально-правового змісту на стягнену судом заборгованість.

Юридично неоднорідними є цивільно-правові вимоги про оплату поставлених товарів, виконаних робіт, наданих послуг, з одного боку, і про стягнення неустойки за неналежне виконання зобов'язання, зустрічні вимоги, зміст яких складає цивільно-правова відповідальність — відшкодування шкоди, сплата відповідно до ст. 625 ЦК процентів і сум індексації заборгованості — з іншого.

Сторони не позбавлені права домовитися про заміну одного зобов'язання іншим з метою досягти однорідності зустрічних вимог та здійснити в наступному їх зарахування. Але зазвичай у такій домовленості немає сенсу, оскільки сторони можуть зразу домовитися про припинення зустрічних неоднорідних зобов'язань на підставі ст. 604 ЦК.

Умовою, за наявності якої можливе припинення зобов'язання зарахуванням, є ясність вимог, тобто між сторонами немає спору відносно характеру зобов'язання, його змісту, умов виконання тощо. Якщо ж одна зі сторін звернулася із заявою про зарахування, а інша сторона зобов'язання протиставить цій вимозі заперечення відносно характеру, терміну, розміру виконання тощо, то в такому випадку спір підлягає судовому розгляду, і припинення зобов'язання можливе лише за рішенням суду.

3. Форма заяви про зарахування. Закон не пред'являє будь-яких спеціальних вимог до форми заяви про зарахування. Оскільки такий правочин повинен кваліфікуватися як такий, що виконується при самому його вчиненні, закон не перешкоджає вчиненню його в усній формі (ч. 1 ст. 206 ЦК [19]). Однак заява про зарахування для осіб, зобов'язаних вести бухгалтерський та податковий облік, є документом первинного бухгалтерського обліку, тому (за встановленими винятками) юридичні особи не можуть використовувати усну форму заяви про зарахування. У крайньому разі, слід враховувати, що для цілей первинного бухгалтерського обліку може бути складений спеціальний акт. Таким чином, цивільне законодавство допускає здійснення заяви про зарахування в будь-якій формі: усній, письмовій і нотаріальній (публічній), але юридичні особи, а у відповідних випадках і фізичні особи-підприємці, зобов'язані дотримуватись встановлених публічно-правових вимог, що поширюються на порядок оформлення документів первинного бухгалтерського обліку, які підтверджують припинення зобов'язань зарахуванням. Крім того, слід враховувати, що вчинення заяви про припинення зобов'язання шляхом зарахування однорідних зустрічних вимог в усній формі може утруднити надання доказів у випадках розгляду відповідного спору у суді.

4. Момент вчинення правочину і момент припинення зобов'язання зарахуванням. Заяву про зарахування як односторонній правочин слід вважати зробленою і такою, що спричинила відповідні цивільно-правові наслідки, в момент усної заяви однієї зі сторін на адресу іншої сторони, в момент вручення однією стороною іншій відповідного письмового (в тому числі нотаріально посвідченого) повідомлення (заяви, повідомлення), в момент отримання від підприємства зв'язку кореспонденції, що містить письмове волевиявлення на припинення зустрічних вимог зарахуванням.

Обидва зобов'язання (борг заявника перед адресатом і борг адресата перед заявником) слід вважати припиненими в момент здійснення заяви про

зарахування. Оскільки в цивільному праві строк для початку нарахування пені, процентів та суми індексації заборгованості обчислюється днями (з наступного дня), за день, в який зроблена заява про зарахування, повинна бути нарахована пеня, проценти та сума індексації (якщо зобов'язання прострочене і є підстави для застосування зазначених санкцій).

5. Зарахування та суміжні правові конструкції. Було б, звичайно, доцільно чіткіше визначити межі прав державних органів на видання нормативно-правових актів, які містять норми цивільного права. Поки вони належно не визначені, ст. 19 Конституції («органи державної влади та органи місцевого самоврядування... зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України») не може бути визнана достатньою для заперечення чинності Положення про порядок продажу на фондових біржах пакетів акцій відкритих акціонерних товариств [215], затвердженого Фондом державного майна України, Державною комісією з цінних паперів та фондового ринку і Антимонопольним комітетом України, оскільки Тимчасове положення про Фонд державного майна України [161] закріплює за Фондом повноваження здійснення державної політики в сфері приватизації і наділяє його правом у межах компетенції видавати нормативні документи. Отже, п. 6.8 Положення про порядок продажу на фондових біржах пакетів акцій відкритих акціонерних товариств є чинним. Відповідно до цього пункту при розірванні договору купівлі-продажу пакета акцій у зв'язку з простроченням сплати покупцем покупної ціни з гарантійного внеску, внесеного покупцем на рахунок фондової біржі, утримується неустойка, біржовий збір (разом з податком на додану вартість). Це — така спеціальна правова конструкція, що не передбачена законом і не підпадає під визначення зарахування, що випливає зі ст. 661 ЦК [19], хоча викладені правила передбачають погашення зустрічних вимог сторін відповідних правовідносин.

6. Зарахування у міжнародних зобов'язаннях. На звернення суб'єкта зовнішньоекономічної діяльності Національний банк України роз'яснив, що зарахування зустрічних однорідних вимог не суперечить відповідним нормам публічного права, а тому допустиме і за зобов'язаннями у сфері зовнішньоекономічної діяльності. Таке зарахування є підставою для зняття банком з контролю експортно-імпорتنих операцій клієнтів за умови подання належним чином оформлених документів про припинення зобов'язань за зовнішньоекономічними договорами шляхом зарахування зустрічних однорідних вимог (лист Національного банку України «Щодо зарахування зустрічних однорідних вимог»). Нормам цивільного права (якщо на відносини сторін відповідного зовнішньоекономічного цивільно-правового договору поширюється законодавство України) таке зарахування також не суперечить.

7. Окремий випадок зарахування. Правову конструкцію зарахування зустрічних однорідних вимог доцільно використовувати завжди, коли на рахунок особи в банку надходять кошти без вказівки на призначення платежу або з неправильною вказівкою призначення платежу. У практиці таке зустрічається часто в зобов'язаннях про надання комунальних послуг, що надаються безперервно і характеризуються наявністю заборгованості з оплати

послуг протягом тривалого часу. У принципі, такі платежі підлягають поверненню на рахунок платника в п'ятиденний строк (ст. 6 Указу Президента «Про заходи щодо нормалізації платіжної дисципліни в народному господарстві України» [169]), а за наявності встановлених підстав — відповідно до вимог ст. 35 Закону «Про платіжні системи та переказ грошей в Україні» [117]. Однак за наявності в платника заборгованості перед особою, на рахунок якої в банку надійшли грошові кошти без вказівки на призначення платежу чи з неправильною його вказівкою, одержувач платежу має право на свій розсуд вибрати заборгованість зазначеного платника і заявити про припинення саме її в порядку зарахування зустрічних однорідних вимог (вимоги платника про повернення суми, перерахованої ним без вказівки на призначення платежу або з неправильною його вказівкою, і зустрічної вимоги про погашення заборгованості по оплаті товарів, робіт, послуг). Це може бути остання (найбільш недавня) за строком заборгованість платника, що утворилася, перед одержувачем платежу. Одержувач платежу буде зацікавлений у зарахуванні перерахованих коштів у рахунок заборгованості, за якою позовна давність закінчується. Якщо одержувач платежу не заявить про зарахування і не поверне кошти, отримані без вказівки призначення платежу, платник як власник коштів вправі в будь-який час визначити призначення раніше здійсненого платежу. І тоді припинене буде саме зобов'язання, вказане платником (він може вказати зобов'язання, яке виникло найпізніше, в надії на пропуск одержувачем платежу строку позовної давності за більш ранніми платежами).

§ 4. Припинення зобов'язання за домовленістю сторін

1. Підстави припинення зобов'язання за домовленістю сторін. Серед підстав припинення зобов'язання за домовленістю сторін виділяють новацію (ст. 604 ЦК [19]), передання відступного (ст. 600 ЦК), звільнення кредитором боржника (прощення боргу — ст. 605 ЦК). Домовленість про припинення зобов'язання зазвичай збігається з розірванням договору за згодою сторін (ч. 1 ст. 651 ЦК). В ч. 2 ст. 653 ЦК вказується на те, що у разі розірвання договору припиняються зобов'язання сторін (зобов'язання обох сторін, що ґрунтуються на даному договорі). Але і домовленість про припинення зобов'язання може передбачати припинення не тільки зобов'язання боржника, а і пов'язаного з ним зобов'язання, в якому кредитор за першим зобов'язанням є боржником.

Домовленістю сторін можуть припинитись зобов'язання, що ґрунтуються як на договорі, так і на інших підставах, якщо це не суперечить спеціальним положенням законодавства.

2. Новація. Передбачається домовленість сторін про припинення зобов'язання шляхом заміни одного зобов'язання іншим. Угода про заміну одного зобов'язання іншим іменується новацією. Новація була відома ще в Стародавньому Римі. Гай так характеризував новацію: «Виникає нове зобов'язання, причому первісне припиняється з переходом його в нове». Стверджується, що в римському праві новація використовувалася, зокрема, для заміни заплутаних

розрахунків ясними і короткими (Римське приватне право. Підручник /Під ред. проф. І.Б. Новицького та І.С. Перетерського. — М.: Юристь, 1996, с. 296). Сьогодні новація також найчастіше використовується для заміни заплутаних розрахунків новими і для так званої реструктуризації заборгованості за грошовими зобов'язаннями, особливо у відносинах за участю житлових організацій та організацій, що надають комунальні послуги. Вони не можуть стягнути платежі з громадян-наймачів і власників квартир, а відповідно — не можуть розрахуватися і з особами, що надають їм послуги.

3. Новація і суміжні правові явища. Новацію слід відрізнити від договорів про відступлення вимоги, переведення боргу та інших договорів про заміну однієї чи обох сторін в зобов'язанні. При заміні сторони і навіть при укладенні договору про повну заміну сторін у обох зобов'язаннях, що ґрунтуються на цьому договорі, зобов'язання продовжують існувати. Причому, спеціально передбачено, що заміна сторін у зобов'язанні не спричиняє зміни позовної давності (ст. 262 ЦК [19]).

Укладення договору про припинення зобов'язання шляхом заміни його іншим може провадитися як із заміною сторони (обох сторін) зобов'язання, так і без неї. Але в будь-якому випадку при цьому колишнє зобов'язання припиняється, а виникає нове. Відбувається новація зобов'язання в цілому, суб'єктивних прав, вимог і обов'язків, що складають зміст зобов'язання. Природно, і строки позовної давності будуть обчислюватися відповідно до строків виконання зобов'язання, передбачених договором про заміну одного зобов'язання іншим. Строк позовної давності, що не минув до дня укладення такого договору, не враховується. Строк позовної давності починає обчислюватися знову незалежно від складу суб'єктів зобов'язання, оскільки в цьому випадку ст. 262 ЦК, що не допускає зміни порядку обчислення та перебігу позовної давності при заміні сторін у зобов'язанні, застосовуватися не може.

Від новації слід відрізнити правову конструкцію поновлення договору майнового найму на новий строк (ст. 764 ЦК), продовження договору оренди (ст. 17 Закону «Про оренду державного та комунального майна» [61]), поновлення договору оренди землі (ст. 33 Закону «Про оренду землі» [144]). Ці правові конструкції покликані легалізувати дію відповідного зобов'язання після закінчення погодженого строку дії договору, якщо жодна зі сторін не заперече проти продовження права наймача (орендаря) на користування майном.

4. Приклад із практики. У практиці мало місце прагнення до невинувато широкого тлумачення заміни одного зобов'язання іншим. Так, предметом розгляду в суді стала справа такого змісту. На початку 90-х років два підприємства уклали договір оренди на тривалий строк. Договір передбачав всі істотні умови, встановлені для даного виду договорів, законодавству він також не суперечив. У зв'язку з інфляцією виникла необхідність у зміні розміру орендної плати. Однак сторони вирішили не підписувати угоду про зміну розміру орендної плати, а підписали новий договір, складений на основі того ж стандартного бланка, що і раніше укладений договір. При заповненні цього стандартного бланка в зв'язку зі зміною розміру орендної плати сторони у вільні рядки вписали новий розмір орендної плати та встановили новий строк дії договору (до кінця поточного

року). Інші вільні рядки типового бланка договору сторони повторили, як вони були записані в раніше погодженому тексті договору. Ніякої вказівки в тексті знову підписаного договору на припинення раніше укладеного договору не було. Проте арбітражний суд дійшов висновку про те, що сторони уклали угоду про заміну одного зобов'язання іншим. Наглядові інстанції з таким висновком погодились. Тим часом, сторони не виявляли свою волю на припинення спочатку укладеного між ними договору. Існування між сторонами одночасно двох договорів стосовно одного і того ж предмета, з яких застосуванню в даний період підлягав лише один (пізніше укладений договір підлягав застосуванню до кінця поточного року, а до його укладення і після закінчення цього року застосуванню підлягав спочатку укладений договір), не суперечило жодному акту законодавства. Поширювальне тлумачення арбітражним судом волі сторін, виявленої в умовах пізніше укладеного договору, було невиправданим. Намір замінити одне зобов'язання іншим у тексті угоди про це повинен бути прямо і недвозначно виражений.

5. Новація, передбачена законом. Ст. 1053 ЦК [19] прямо передбачає заміну боргу, що виник із договорів купівлі-продажу, найму майна або з іншої підстави, позиковим зобов'язанням (новацією боргу у позикове зобов'язання).

Ст. 4 Закону «Про обіг векселів в Україні» [116] забороняє видавати переказні та прості векселі в інших випадках, крім як для оформлення грошової заборгованості за фактично поставлені товари, виконані роботи, надані послуги, в межах цієї заборгованості на момент видачі векселя і за умови, що проведення розрахунків із застосуванням векселів обов'язково відображається у відповідному договорі. Видача (передання) векселя при цьому припиняє грошове зобов'язання, що виникло на основі договору, і спричиняє виникнення грошового зобов'язання сплатити за векселем. Однак за відсутності в договорі умови про проведення розрахунків векселями така заміна одного зобов'язання іншим не допускається, а винні особи несуть відповідальність відповідно до закону (частина четверта ст. 4 названого Закону). Правда, умова про проведення розрахунків векселями може бути включена в договір і після його укладення (шляхом підписання відповідного доповнення), що для сторін договору звичайно є нескладним.

Як новацію слід кваліфікувати видачу заставної, оскільки при цьому припиняються грошові зобов'язання, забезпечені іпотекою, і виникає зобов'язання платежу за заставною. Підкреслюється, що «після оформлення заставної виконання основного зобов'язання та звернення стягнення на предмет іпотеки може бути здійснено лише на підставі вимоги власника заставної» (частина третя ст. 20 Закону «Про іпотеку» [137]).

Як новацію зобов'язання слід кваліфікувати анулювання заставної і видачу нової заставної за згодою між іпотекодавцем, боржником (якщо він є відмінним від іпотекодавця), та власником заставної.

6. Наслідки новації. Новація припиняє право застави, поруку та гарантію. Новація припиняє також обов'язок боржника сплатити неустойку чи відшкодувати збитки за ті порушення зобов'язання, що були допущені до новації

зобов'язання. Однак домовленістю сторін може бути встановлено, що обов'язок сплатити неустойку враховується в змісті нового зобов'язання.

7. Прощення боргу. Прощення боргу — це односторонній правочин, який вчиняє кредитор. Не буде суперечити актам цивільного законодавства укладення договору про прощення боргу. Прощення боргу є правочином, що не потребує дій на його виконання. Тому він може здійснюватись в усній формі, що не звільняє кредитора-юридичну особу, що вчинила такий правочин, від обов'язку оформити документ первинного бухгалтерського обліку, в якому відображено зміст зобов'язання, що припиняється прощенням боргу, а будь-якого кредитора — від обов'язку доказувати в суді відповідні обставини.

Правочин, що спрямований на припинення зобов'язання прощенням боргу, слід вважати вчиненим в момент отримання боржником письмової заяви кредитора про прощення боргу, в момент усної заяви кредитора боржникові про прощення боргу або в момент підписання договору про прощення боргу.

Правочин, спрямований на припинення зобов'язання прощенням боргу, — це спеціальна правова процедура. Цивільне законодавство України не дає підстав розглядати такі правочини як різновид дарування або пожертви. Тому обмеження на укладення договорів дарування, які встановлені ч. 3 ст. 720 ЦК [19] стосовно підприємницьких товариств (вони мають право укладати договори дарування лише у випадках, коли це прямо встановлено їх установчими документами) не поширюються на право таких товариств вчиняти правочини, спрямовані на припинення зобов'язань прощенням боргу.

Стосовно державних комерційних підприємств, казенних підприємств, комунальних комерційних і некомерційних підприємств не встановлено обмежень на вчинення правочинів, спрямованих на припинення зобов'язань прощенням боргу. Але немає перешкод для встановлення установчими документами таких юридичних осіб обмежень на вчинення ними таких правочинів.

Прощення боргу кваліфікується як правочин, що може бути визнаний судом недійсним, якщо він порушує права третіх осіб щодо майна кредитора. Так, не може бути вчинено правочин з метою припинення зобов'язання прощенням боргу, якщо відповідне право кредитора є предметом застави. Слід очікувати, що судовою практика буде йти шляхом застосування до правочинів, спрямованих на припинення зобов'язань прощенням боргу ч. 1 ст. 17 Закону «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» [95], хоч буквально тут йдеться про двосторонні правочини боржника, в результаті яких його кредиторами завдані або можуть бути завдані збитки.

Припинення зобов'язання прощенням боргу не впливає на розвиток зустрічного зобов'язання, що ґрунтується на тому ж договорі, на підставі якого виникло зобов'язання, яке припинене прощенням боргу.

§ 5. Припинення зобов'язання в зв'язку з припиненням правосуб'єктності його сторін

1. Смерть фізичної особи-боржника. Смерть фізичної особи-боржника припиняє зобов'язання лише тоді, коли воно нерозривно пов'язане з особою боржника, а тому іншою особою не може бути виконане (з урахуванням умов, встановлених договором). Коло зобов'язань, які припиняються у зв'язку із смертю кредитора, є більш обмеженим, ніж коло зобов'язань, в яких не допускається покладення виконання на іншу особу (ч. 1 ст. 528 ЦК [19]). Зважаючи на це, законодавець встановив спеціальні правила, відповідно до яких смертю боржника припиняються окремі види зобов'язань.

Якщо договір дарування передбачає передання дарунка в майбутньому (у встановлений термін, зі спливом певного строку, з настанням відкладальної умови), зобов'язання дарування припиняється, якщо дарувальник помре до настання моменту передання дарунку (ч. 3 ст. 723 ЦК). Смертю набувача припиняється зобов'язання довічного утримання (догляду), якщо у нього немає спадкоємців, або вони відмовилися від прийняття спадщини (вона відповідно до ч. 5 ст. 1273 ЦК має бути тільки безумовною і беззастережною). Наслідком припинення зобов'язання в такому випадку є перехід права власності на майно, раніше передане відчужувачем набувачеві, до відчужувача (ч. 2 ст. 757 ЦК). Смертю наймача припиняються обидва зобов'язання, що ґрунтуються на договорі найму (ч. 1 ст. 781 ЦК), якщо інше не встановлено законом або договором. Частина перша ст. 7 Закону «Про оренду землі» [144] передбачає перехід права на оренду земельної ділянки від громадянина-орендаря до спадкоємців. Обов'язок повернути річ наймодавцеві (ст. 785 ЦК) чи не перешкоджати наймодавцеві здійснити своє право на річ несе особа, у фактичному володінні якої після смерті наймача знаходиться річ, що була предметом найму, на підставі ст. 1212 ЦК. Оскільки до складу спадщини входять усі права та обов'язки, що належали спадкодавцеві на момент відкриття спадщини, і не припинилися внаслідок його смерті (ст. 1218 ЦК), до спадкоємців переходять обов'язки погасити заборгованість з плати за користування річчю і право вимагати безпідставно отриманої попередньої плати за користування річчю.

Договір позички припиняється у разі смерті фізичної особи-користувача за договором позички (ст. 835 ЦК). Це означає припинення обох зобов'язань, що ґрунтуються на такому договорі. Витребування речі, що була предметом договору позички, спадкоємцями у особи, у фактичне володіння якої перейшла річ, здійснюється на підставі ст. 1212 ЦК.

Смерть повіреного-боржника у зобов'язанні доручення спричиняє припинення обох зобов'язань, що ґрунтуються на договорі доручення (п. 3 ч. 1 ст. 1008 ЦК). Взаємна заборгованість сторін спадкується на підставі ст. 1218 ЦК з обмеженнями, встановленими ст. 1230, 1231 ЦК.

Смертю фізичної особи-учасника договору простого товариства припиняються зобов'язання, що ґрунтуються на такому договорі (п. 3 ч. 1 ст. 1141 ЦК). До спадкоємців учасника договору переходять права та обов'язки, пов'язані з

поверненням учасникам договору майна, яке вони раніше надали для цілей договору, та поділом майна і прав, які були набуті в процесі спільної діяльності (з обмеженнями, встановленими ст. 1230, 1231 ЦК).

Із загального правила ч. 1 ст. 608 ЦК випливає, що смертю боржника припиняються зобов'язання щодо створення на замовлення і використання об'єкта права інтелектуальної власності (ст. 1112 ЦК), зобов'язання щодо управління майном (ст. 1029 ЦК), інші зобов'язання, виконання яких вимагає кваліфікації або правового статусу, що належали боржнику.

Припинення зобов'язання смертю боржника приводить до втрати правової підстави зустрічним зобов'язанням, що ґрунтується на тому ж договорі, що і зобов'язання, припинене смертю боржника. Формально закон (крім окремих правил, що стосуються певного виду зобов'язань) не передбачає припинення в таких випадках зустрічного зобов'язання. Але воно виконанню не підлягає. Якщо воно буде виконане, таке виконання набуває ознаки безпідставного, і виконане може бути стягнуте з особи, що безпідставно набула майно у такий спосіб, на підставі ст. 1212 ЦК. Якщо зустрічне зобов'язання було виконане до припинення пов'язаного з ним зобов'язання смертю боржника, безпідставно отримане підлягає стягненню із спадкоємців на підставі ст. 1212 і 1218 ЦК. Ці висновки ґрунтуються на загальному принципі цивільного законодавства, що випливає із змісту численних його положень. У визначеннях більшості цивільно-правових договорів, що наводяться в Цивільному кодексі та інших законах, зазвичай зазначається на їх оплатний характер (майно передається, робота виконується, послуга надається за плату, яка полягає в переданні грошової суми або у зустрічному продажі майна, виконанні роботи, наданні послуги). Отже, матеріальною підставою зобов'язання суб'єкта є зустрічне зобов'язання контрагента. Тому припинення одного із зобов'язань, що ґрунтуються на певному договорі, тягне за собою припинення зустрічного зобов'язання, що ґрунтується на тому ж договорі. Якщо ж зустрічне зобов'язання було виконане раніше, це виконання в зв'язку з припиненням першого зобов'язання, що ґрунтується на тому ж договорі, втрачає матеріальну підставу повністю або у відповідній частині, що і є підставою застосування ст. 1212 ЦК.

2. Смерть фізичної особи-кредитора. В ч. 2 ст. 608 ЦК [19] використовується за змістом те ж формулювання, що і в ст. 515 ЦК: зобов'язання, нерозривно пов'язане з особою кредитора. Це порівняння двох статей дає підставу акцентувати увагу на тому, що зобов'язання припиняється смертю фізичної особи-кредитора, якщо воно є пов'язаним якраз з особою кредитора, а не його діяльністю. І все-таки спадкоємці померлого кредитора, що мав статус суб'єкта підприємницької діяльності, не зобов'язані одержувати від постачальників устаткування і товари, на постачання яких як покупець уклав договори померлий. Вони вправі на підставі ст. 1212 ЦК зажадати повернення коштів, сплачених померлим за устаткування і товари, відмовившись від отримання останніх.

Спеціальними правилами законодавець конкретизує коло випадків, коли смертю кредитора зобов'язання припиняються. Відповідно до ч. 3 ст. 723 ЦК смерть обдаровуваного до настання передбаченого договором моменту пере-

дання дарунка припиняє зобов'язання дарування. Смерть відчувача-кредитора в зобов'язанні довічного утримання (догляду) припиняє це зобов'язання (ч. 2 ст. 755 ЦК). Смертю довірителя-кредитора в зобов'язанні доручення припиняється зобов'язання доручення (п. 3 ч. 1 ст. 1008 ЦК). Вигодонабувач — це кредитор в зобов'язанні управління майном. Його смерть спричиняє припинення зобов'язань щодо управління майном, які виникли на підставі відповідного договору (п. 3 ч. 1 ст. 1044 ЦК).

Припинення зобов'язання смертю кредитора впливає на зустрічне зобов'язання, що ґрунтується на тому ж договорі, що і зобов'язання, яке припинене смертю кредитора, в такі способи: 1) зустрічне зобов'язання, оскільки його припинення не передбачено спеціальними нормами законів, не припиняється, але його виконання втрачає підставу. Якщо ж виконання буде здійснене, буде мати місце безпідставне отримання майна; 2) за наявності на день смерті кредитора заборгованості у нього за зустрічним зобов'язанням перед іншою стороною, ця заборгованість спадкується на підставі ст. 1218 ЦК з обмеженнями, встановленими ст. 1230, 1231 ЦК; 3) за наявності попередньої оплати за зустрічним зобов'язанням померлого, яке в зв'язку із смертю втратило підставу, до спадкоємців переходить право вимагати від іншої сторони повернення безпідставно набутого на підставі ст. 1212 ЦК.

3. Ліквідація юридичної особи. Відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 110 ЦК [19] учасники юридичної особи або орган юридичної особи, уповноважений на це установчими документами, не обмежені законом в прийнятті рішення про ліквідацію юридичної особи. Рішення про ліквідацію юридичної особи може прийняти також суд відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 110 ЦК. Наявність зобов'язань у юридичної особи не є перешкодою для прийняття рішення про її ліквідацію. Проте, можливе укладення договору з особою (особами), що є засновниками юридичної особи, про те, що засновник до виконання певного зобов'язання не буде приймати рішення про ліквідацію заснованої ним юридичної особи, а у разі порушення цієї умови сплатить неустойку у значній сумі.

Ліквідація юридичної особи припиняє всі зобов'язання з участю цієї особи: як ті, де вона є кредитором, так і ті, де вона є боржником. Іноді в актах законодавства спеціально вказується на те, що зобов'язання відповідного виду припиняються у разі ліквідації юридичної особи. Стосовно, наприклад, договору найму необхідність в формулюванні такого спеціального правила (ч. 2 ст. 781 ЦК) виникла у зв'язку з тим, що в цьому правовому інституті встановлено правонаступництво при зміні власника речі, переданої в найм (ст. 770 ЦК).

На виняток із наведеного загального правила, що передбачає припинення зобов'язання внаслідок ліквідації юридичної особи-учасника зобов'язання, правонаступництво при ліквідації юридичної особи може передбачатись будь-якими нормативно-правовими актами, що названі у ст. 4 ЦК, за умови, що вони видані в межах повноважень, які надані відповідному державному органу. правонаступництво при ліквідації юридичної особи передбачено, зокрема, ч. 2 ст. 758 ЦК: якщо в результаті ліквідації юридичної особи-набувача за договором довічного утримання (догляду) майно перейшло до засновника (учасника) цієї юридичної особи, до останнього переходять права та обов'язки набувача за

таким договором. Лише індивідуальними правовими актами правонаступництво при ліквідації юридичної особи встановлюватись не може (наприклад, статутом чи актом про ліквідацію даної юридичної особи). Труднощі виникають при кваліфікації статутів юридичних осіб, що затверджуються державними органами, яким надане повноваження видавати нормативно-правові акти. За логікою речей, статuti, затверджені такими органами, є індивідуальними актами. Однак у разі, коли вони затверджуються Президентом України, Кабінетом Міністрів, їх слід визнавати нормативно-правовими актами.

Отже, рішенням про ліквідацію юридичної особи не може бути призначено юридичну особу- правонаступника. Але, виходячи із визнання України правовою державою (ст. 1 Конституції України) та принципів справедливості, добросовісності і розумності, слід визнати неприпустимою ліквідацію юридичної особи, що є органом державної влади, органом влади Автономної Республіки Крим або органом місцевого самоврядування, без призначення правонаступника у частині зобов'язань, що виникають з приводу видання правових актів, що порушують права громадян і юридичних осіб, незаконних дій або бездіяльності таких органів або їх посадових осіб. Якщо актом про ліквідацію такої юридичної особи правонаступника не призначено, він має бути визначений відповідно до повноважень, які належали юридичній особі, що ліквідована, та віднесені до компетенції правонаступника.

Правонаступництво при ліквідації юридичної особи повинне наступати у разі, якщо ліквідується юридична особа, що є боржником у зобов'язанні відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю (ст. 1205 ЦК). Правонаступництво в цих зобов'язаннях здійснюється шляхом капіталізації коштів боржника. Кабінет Міністрів затвердив Порядок капіталізації платежів для задоволення вимог, що виникли із зобов'язань підприємства-банкрута перед громадянами внаслідок заподіяння шкоди життю і здоров'ю. Він має за аналогією поширюватись і на інші випадки ліквідації юридичної особи. Покладення рішенням суду за позовом потерпілого на ліквідаційну комісію обов'язку здійснити капіталізацію коштів за відсутності таких коштів у юридичної особи, що ліквідується (абзац другий ч. 2 ст. 1205 ЦК), є юридично некоректним правилом, таким, що не може бути виконане. Тлумачити його як таке, що встановлює цивільно-правовий обов'язок членів ліквідаційної комісії за рахунок власного майна здійснити капіталізацію коштів, підстав немає. Іншого майна (за відсутності майна у юридичної особи, що ліквідується), яким ліквідаційна комісія має право розпоряджатися, немає.

На підставі ст. 609 ЦК зобов'язання припиняються в момент ліквідації юридичної особи. Таким є момент внесення до Єдиного державного реєстру юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців запису про припинення юридичної особи (ч. 2 ст. 104 ЦК). Цей запис вноситься відповідно до ст. 36 Закону «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців» [133].

Права юридичної особи, щодо якої прийнято рішення про її ліквідацію, здійснюються в процедурі ліквідації. При цьому можливі такі варіанти здійснення прав кредиторів у цивільно-правових зобов'язаннях: 1) відступлення права вимоги третім особам за плату (безоплатне передання таких прав може спричи-

нити негативні наслідки у податкових правовідносинах юридичної особи, що ліквідується); 2) пред'явлення вимог до боржників. Якщо рішення про ліквідацію приймається засновниками юридичної особи, то вони можуть встановити такий строк ліквідації юридичної особи, який буде достатнім для примусового здійснення прав. Якщо ж рішення про ліквідацію приймає суд, то він і встановлює строк і порядок роботи ліквідаційної комісії (ч. 5 ст. 38 Закону «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців»), що може утруднити примусову реалізацію майнових прав юридичної особи, що ліквідується.

В зв'язку з реорганізацією юридичної особи її кредитори, що отримали відомості про прийняте рішення щодо реорганізації із публікації про ліквідацію або із Єдиного державного реєстру юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців чи інших джерел, мають право на свій вибір вимагати припинення або дострокового виконання зобов'язання (ч. 1 ст. 107 ЦК). Вимога про припинення зобов'язання може бути пред'явлена в суді. Але пред'явлення лише такої вимоги позбавлене сенсу, оскільки припинення діяльності юридичної особи-боржника є причиною припинення і зобов'язання. Сенс у такому позові з'являється, якщо він доповнюється вимогою про застосування наслідків припинення зобов'язання. Ця вимога може впливати не тільки із зобов'язання, що припиняється, а і з пов'язаного з ним зустрічного зобов'язання, якщо воно було виконане повністю або частково. Застосовувати при цьому за аналогією ст. 653 ЦК, що встановлює правові наслідки розірвання договору, було б неправильним. Вимога про дострокове виконання зобов'язання має бути виконана юридичною особою, що реорганізується, за наявності такої можливості. Якщо ж при належній дбайливості, яку виявила юридична особа, що ліквідується, з метою дострокового виконання зобов'язання, воно не було виконане у зв'язку з відсутністю можливості, ця особа не може відповідати за невиконання вимоги про дострокове виконання зобов'язання.

§ 6. Інші підстави припинення зобов'язань

1. Поєднання боржника і кредитора в одній особі. Поєднання боржника і кредитора в одній особі відбувається у випадках реорганізації юридичних осіб шляхом приєднання однієї юридичної особи до іншої чи злиття юридичних осіб. Поєднання може настати також у результаті укладення цивільно-правового договору. Так, наявність між сторонами зобов'язання найму не перешкоджає укладенню тими ж сторонами договору купівлі-продажу об'єкта майнового найму, за яким наймач придбаває у власність цей об'єкт. При переході права власності на передане в найм майно від наймодавця до іншої особи договір найму зберігає чинність для нового власника (ст. 770 ЦК [19]). У прикладі, що розглядається, наймач став власником об'єкта найму, до нього перейшли обов'язки наймодавця. В одній особі поєдналися наймодавець і наймач. Зобов'язання найму припиняється.

Особливо часто поєднання боржника і кредитора відбувається при правонаступництві в результаті укладення договорів при приватизації об'єктів (ст. 28

Закону «Про приватизацію державного майна» [75]) та договорів оренди цілих майнових комплексів (ст. 15 Закону «Про оренду державного та комунального майна» [61]).

Документи, що стали підставою реорганізації юридичних осіб, згодом можуть бути визнані недійсними, а відповідні договори можуть бути розірвані чи визнані недійсними. В усіх цих випадках на підставі названих тут юридичних фактів раніше припинене у зв'язку з поєднанням кредитора і боржника в одній особі зобов'язання виникає знову в повному обсязі.

Правило про припинення зобов'язання поєднанням боржника і кредитора в одній особі стосується обох зустрічних зобов'язань, що ґрунтуються на одному і тому ж договорі, хоч із заголовку і тексту ст. 606 ЦК можна зробити висновок про те, що припиняється одне зобов'язання.

2. Неможливість виконання. Правила, що стосуються неможливості виконання, не можуть поширюватися на неможливість виконання, яка існує в момент укладення договору, оскільки в такому випадку підлягають застосуванню правила про недійсність правочину, вчиненого через помилку (ст. 229 ЦК [19]), або інші спеціальні правила про недійсність правочинів. *Impossibilum nulla obligatio est* — зобов'язання, предмет якого неможливий, нікчемне. Зауважимо, що відповідно до ст. 229 ЦК такий правочин не є нікчемним, а має лише ознаку оспорюваності, а тому може бути визнаний недійсним судом.

Оскільки ст. 607 ЦК регулює відносини між кредитором і боржником, неможливість виконання як підстава припинення зобов'язання означає відсутність у даного конкретного боржника (втрату боржником) можливості виконати зобов'язання.

Ст. 607 ЦК застосовується тільки в випадках, коли відповідно до чинного цивільного законодавства за неможливість виконання, що настала, не відповідає жодна із сторін. Неможливість виконання може бути викликана втратою майна, що є предметом зобов'язання внаслідок дії непереборної сили (зокрема, втратою нерухомого майна, урожаю сільськогосподарських культур тощо), перешкодами для виконання зобов'язання, що виникли в результаті дії непереборної сили, і іншими обставинами, за яких при виявленні належної дбайливості боржник не в змозі виконати зобов'язання (в зв'язку з дією непереборної сили, простого випадку або діями чи бездіяльністю іншої сторони зобов'язальних правовідносин). Якраз така неможливість виконання мається на увазі в тих положеннях Цивільного кодексу, де використовується поняття неможливості виконання.

Інколи спеціальними правилами передбачається припинення зобов'язань унаслідок неможливості виконання незалежно від вини однієї із сторін в настанні обставин, що обумовили неможливість виконання. Так, п. 1 і 6 ч. 1 ст. 1044 ЦК передбачають припинення зобов'язання (буквально тут йдеться про припинення договору, але в контексті це означає припинення зобов'язань обох сторін) в зв'язку з загибеллю майна, переданого в управління, неможливістю управителя здійснювати управління майном незалежно від наявності вини однієї із сторін зобов'язання. Загибель об'єкта оренди також спричиняє припинення зобов'язання (договору) оренди (ч. 2 ст. 26 Закону «Про оренду державного і комунального майна» [61]). У разі втрати (загибелі) предмета застави за

відповідних умов припиняється застава (ч. 1 ст. 593 ЦК; ст. 28 Закону «Про заставу» [43]).

Випадки припинення зобов'язання у зв'язку з неможливістю виконання, які не підпадають під дію ст. 607 ЦК, передбачені ст. 158 КТМ [12]. У силу цієї статті договір морського перевезення вантажу припиняється без заяви однієї зі сторін про припинення договору і без обов'язку відшкодування збитків, заподіяних припиненням зобов'язання, якщо після укладення договору і до відходу судна з місця навантаження внаслідок обставин, не залежних від сторін, настануть такі наслідки: 1) судно загине або буде захоплене силоміць; 2) судно буде визнане непридатним до плавання; 3) загине вантаж, що являє собою індивідуально визначену річ; 4) загине вантаж, що являє собою речі, визначені родовими ознаками, після здачі його для навантаження, а відправник не встигне здати інший вантаж замість загиблого. З перелічених підстав договір морського перевезення припиняється і під час рейсу. В останньому випадку при розрахунках у зв'язку з припиненням зобов'язання перевезення застосовується таке правило: перевізнику належить фрахт пропорційно фактичній дальності перевезення, виходячи з кількості врятованого і зданого перевізником вантажу. Звертає на себе увагу та обставина, що спеціальні правила ст. 158 КТМ не ставлять припинення зобов'язань за обставин, зазначених у цій статті, у залежність від наявності чи відсутності вини перевізника, відправника вантажу чи третіх осіб.

Що стосується оголошення боржника банкрутом, то воно не може бути підведене під визначення поняття неможливості виконання, як вона розуміється в ст. 607 ЦК, оскільки щодо цього встановлені спеціальні правила (ст. 23 Закону «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» [95]).

Припинення зобов'язання неможливістю виконання по-різному впливає на зустрічне зобов'язання, що ґрунтується на тому ж договорі, що і зобов'язання, яке припинене неможливістю виконання, в залежності від виконання чи невиконання зустрічного зобов'язання. Якщо зустрічне зобов'язання не виконане ні повністю, ні частково, воно втрачає підставу в зв'язку з припиненням неможливістю виконання пов'язаного з ним зобов'язання. Якщо зустрічне зобов'язання виконане повністю, таке виконання втрачає підставу в силу припинення неможливістю виконання пов'язаного з ним зобов'язання. Це веде до виникнення зобов'язання з приводу безпідставного набуття майна (ст. 1212 ЦК). Такі ж наслідки наступають у разі часткового виконання зустрічного зобов'язання.

У випадках, коли неможливість виконання настала внаслідок винних дій чи бездіяльності сторони зобов'язання, відповідна сторона несе відповідальність згідно з загальними правилами. В цьому разі припинення зобов'язання прямо законом не передбачено, але ж такі наслідки випливають із відповідних спеціальних законів. Так, відповідно до ч. 2 ст. 35 Закону «Про телекомунікації» [146] у разі анулювання чи визнання недійсною ліцензії, вилучення номерного та/або радіочастотного ресурсу внаслідок порушення оператором, провайдером телекомунікацій законодавства, такий оператор (провайдер) зобов'язаний відшкодувати абоненту витрати, пов'язані з припиненням надання телекомунікаційних послуг. Тут законодавець непрямо визнає, що в таких випадках надання послуг припиняється. Отже, припиняється і зобов'язання щодо їх надання.

Глава 10 Купівля-продаж

§ 1. Загальні положення про купівлю-продаж

1. Загальна характеристика договору купівлі-продажу. Договір купівлі-продажу — це правочин, за яким одна сторона (продавець) передає або зобов'язується за встановлену плату передати майно (товар) у власність іншій стороні (покупцеві), а покупець приймає або зобов'язується прийняти майно (товар) і сплатити за нього визначену грошову суму. Система правових норм, які регулюють порядок укладення, зміни та припинення договорів купівлі-продажу, відносини, що виникають на підставі такого договору, утворює цивільно-правовий інститут купівлі-продажу.

Інститут купівлі-продажу, взятий в цілому, являє собою систему, складові частини якої логічно взаємопов'язані між собою. Глава 54 «Купівля-продаж» Цивільного кодексу [19] спочатку формулює загальні положення про купівлю-продаж, які поширюються на всі правовідносини щодо купівлі-продажу. Наступні параграфи зазначеної глави присвячені окремим різновидам договору купівлі-продажу. До їх числа належать роздрібна купівля-продаж, поставка, контракція сільськогосподарської продукції, постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу, міна (бартер). Разом з тим треба враховувати, що зазначеними різновидами купівлі-продажу не вичерпуються всі різновиди цього договору та відповідних зобов'язань. Так, реалізація суб'єктом господарювання товарів негосподарюючим суб'єктам здійснюється за правилами про договори купівлі-продажу (ч. 6 ст. 265 ГК [20]). Тут маються на увазі загальні положення Цивільного кодексу про купівлю-продаж (ст. 655—697). Цими ж положеннями регулюються відносини щодо оплатного передання речей між юридичними особами, що не є суб'єктами господарювання. На такі правовідносини не поширюється чинність субінституту поставки чи іншого субінституту, який входить до складу інституту купівлі-продажу. Проте, з урахуванням принципу диспозитивності і в таких випадках сторони мають право встановити в договорі умову про те, що на їх правовідносини поширюється чинність норм субінституту поставки.

На відміну від Цивільного кодексу, Господарський кодекс формулює дещо іншу систему договорів про передання майна. В процесі розробки і прийняття Господарського кодексу усі вони, в тому числі і договір роздрібної купівлі-продажу, були віднесені до категорії господарських договорів (за умови, що сторонами таких договорів є, з одного боку, суб'єкт господарювання, а з іншого — суб'єкт господарювання чи юридична особа). Далі договори, про які йдеться, були об'єднані в групу договорів, які укладаються при здійсненні господарсько-торговельної діяльності. При цьому загальні положення про господарсько-торговельну діяльність були викладені лише в єдиній статті (ст. 263 ГК). Ці загальні положення в основному відповідають Цивільному кодексу. Вони не збігаються з Цивільним кодексом тільки в частині визнання в ст. 263 ГК

поставки та контракції структурними підрозділами одного рівня з купівлею-продажем, які (структурні підрозділи) безпосередньо входять до системи цивільного права. Купівля-продаж в ч. 4 ст. 263 ГК називається як окремий субінститут поряд з поставкою, контракцією, а не як інститут, до складу якого поставка і контракція входять як субінститути. У ч. 3 ст. 263 ГК називається роздрібна торгівля, але не як різновид купівлі-продажу (тобто, не як субінститут інституту купівлі-продажу), а як вид господарсько-торговельної діяльності. З іншого боку, до складу договорів, що опосередковують господарсько-торговельну діяльність, віднесені договори оренди, лізингу та інші договори. Але ст. 263 ГК не повинна визнаватись такою, що в будь-який спосіб впливає на вибір правових норм, що підлягають застосуванню до відповідних зобов'язань. Оренда і лізинг не є субінститутами купівлі-продажу і на них не може бути поширена дія загальних положень про купівлю-продаж (ст. 655–697 ЦК). Ці положення підлягають застосуванню лише до відносин щодо роздрібно́ї торгівлі, поставки, контракції сільськогосподарської продукції, постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу, міни, якщо відповідними субінститутами не встановлені спеціальні правила. До оренди та лізингу вони не застосовуються.

2. Зміст договору купівлі-продажу. За договором купівлі-продажу майно (товар) передається покупцю у власність, проте ст. 73, 76, 78 ГК [19] встановлюють, що майно державних, казенних і комунальних підприємств перебуває у них на праві господарського відання або оперативного управління. Тому зазначеним видам підприємств передання майна у власність виявляється юридично неможливою, оскільки таким покупцем набувається не право власності на відчужене продавцем майно, а право господарського відання (воно належить державним та комунальним комерційним підприємствам) або право оперативного управління (воно належить казенним і комунальним некомерційним підприємствам і бюджетним установам). Якщо суб'єкти права господарського відання або права оперативного управління здійснюють відповідно до договору купівлі-продажу передання майна суб'єктам таких же прав в межах державної або комунальної власності, виконання зобов'язання, що ґрунтується на такому договорі, не призводить до зміни власника. Це не перешкоджає застосуванню до таких зобов'язань положень про купівлю-продаж. Висновок про неможливість застосування в таких випадках правових норм інституту купівлі-продажу з огляду на ст. 655 ЦК [20], яка передбачає передання за договором купівлі-продажу майна у власність, спростовується численними спеціальними положеннями Цивільного і Господарського кодексів. З іншого боку, укладення договорів купівлі-продажу суб'єктами права господарського відання або права оперативного управління може автоматично (без волевиявлення суб'єкта права власності на майно, що перебуває у юридичної особи на праві господарського відання або оперативного управління), вести до зміни власника майна. Інша справа, що суб'єкт права господарського відання або оперативного управління, який відчужує майно, повинен мати необхідний обсяг правоздатності (оскільки ці суб'єкти є юридичними особами публічного права, на яких не поширюється чинність положення ст. 91 ЦК про загальну правоздатність юридичних осіб) та

має здійснювати дієздатність з дотриманням обмежень, встановлених, зокрема ст. 75, 77, 78 ГК.

Однією із істотних умов договору купівлі-продажу є умова про його предмет. Чинне законодавство не містить переліку цінностей, які можуть бути предметом договору купівлі-продажу. Ст. 656 ЦК визначає, що предметом договору купівлі-продажу може бути товар, який є у продавця на момент укладення договору або буде створений (придбаний, набутий) продавцем у майбутньому.

Під товаром розуміються окремі речі або їх сукупність (об'єкти природного походження та створені людиною матеріальні блага), які здатні за своїми властивостями задовольняти відповідні потреби людей. У Цивільному кодексі поняття «товар» та «майно» вживаються як синоніми. Про це свідчить зміст ст. 655 ЦК, а також зазначення у ч. 2 ст. 656 ЦК на те, що предметом договору купівлі-продажу можуть бути майнові права (тобто, майнові права тут віднесені до категорії товарів). Що стосується поняття речі, то вона визначається у ст. 179 ЦК як предмет матеріального світу, щодо якого можуть виникати цивільні права та обов'язки. Це визначення, яке сформульоване у спеціальному положенні Цивільного кодексу, слід застосовувати переважно перед іншими положеннями, із яких впливає інше розуміння речі. Маються на увазі ст. 177 ЦК, із якої впливає розуміння речі як такого поняття, що включає в себе майнові права, результати робіт, послуги. Розумінню поняття речі, викладеному в ст. 179 ЦК, відповідає структура розділу III Книги першої Цивільного кодексу, відповідно до якої цінні папери виходять за межі поняття речі.

Наявність товару у продавця на момент продажу не обов'язкова, він може бути створений або набутий ним спеціально для цього у майбутньому.

Ст. 671-690 ЦК містять чимало вимог щодо якості, кількості, асортименту, комплексності, тари, упаковки, які характеризують предмет договору купівлі-продажу і прямо поширюються на договори поставки, контракції сільсько-господарської продукції, міни тощо (без застосування аналогії).

Наступною істотною умовою договору купівлі-продажу є ціна товару. Без досягнення сторонами домовленості щодо ціни даний договір вважається неукладеним. Ціна товару — це відповідна грошова сума, встановлена у грошовій одиниці України або у грошовому еквіваленті в іноземній валюті, яка сплачується покупцем на користь продавця. Використання іноземної валюти, а також платіжних документів в іноземній валюті при здійсненні розрахунків на території України допускається лише у випадках та порядку, встановлених законодавством. Залежно від виду договору купівлі-продажу ціни на товари можуть бути оптовими або роздрібними (за преїскурантами, цінниками тощо). Покупець зобов'язаний у момент передачі йому товару повністю сплатити продавцеві визначену ціну, проте договором може бути передбачено й інший порядок оплати товару, наприклад, договором може бути встановлена умова про попередню оплату товару, про продаж товару в кредит з відстроченням або розстроченням платежу. Відповідно до ст. 632 ЦК ціна в договорі визначається за домовленістю сторін, а у випадках, визначених законом, застосовуються ціни (тарифи, ставки тощо), які встановлюються або регулюються уповноваженими органами державної влади або органами місцевого самоврядування. Різниця між

встановленими і регульованими цінами полягає у процедурі та правових наслідках їх визначення. Встановлені ціни (фіксовані) прямо визначаються відповідними нормативними актами і сторони не вправі відступити від них. Регульовані ціни характеризуються тим, що уповноважені державою органи затверджують граничні рівні цін, у межах яких сторонам договору дозволяється визначати ціну за договором.

За порушення покупцем свого обов'язку оплатити товар до нього можуть бути застосовані відповідні санкції, наприклад, примусове стягнення боргу, відшкодування збитків, сплата неустойки, розірвання договору, зупинення продавцем передання товару до його повної оплати покупцем.

В положеннях інституту купівлі-продажу особливо помітна лібералізація підходу законодавця до істотних умов договору. Поряд із положенням ч. 1 ст. 638 ЦК («договір є укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору»), аналогічним правилом ч. 2 ст. 180 ГК, поряд із визнанням істотними умовами господарських договорів ціни та строку дії договору (ч. 3 ст. 180 ГК), в Цивільному кодексі формулюються спеціальні правила, які допускають: 1) що в договорі купівлі-продажу не погоджується умова щодо кількості товару, а лише встановлюється порядок визначення цієї кількості (ч. 2 ст. 669 ЦК); 2) що в договорі купівлі-продажу не тільки не визначається асортимент товару, а і не встановлюється порядок його визначення (ч. 2 ст. 671 ЦК); 3) що в договорі купівлі-продажу не встановлюються умови щодо якості або комплектності товару (ч. 2 ст. 673, ч. 2 ст. 682 ЦК); 4) що в договорі купівлі-продажу не визначається ціна товару (ст. 691 ЦК). З урахуванням суперечливості наведених положень Цивільного та Господарського кодексів слід зробити такий висновок: договори купівлі-продажу (як господарські, так і цивільні взагалі) не можуть вважатись укладеними до моменту досягнення сторонами у формі, що вимагається законом, згоди з усіх істотних умов. Проте, у випадках, коли боржник почав виконання зобов'язання, а кредитор, хоч би і частково його прийняв, слід зробити висновок про те, що договір купівлі-продажу укладено, хоч би в тексті договору і не були визначені кількість, асортимент, якість і ціна товару. Відсутні умови мають бути поповнені у спосіб, що встановлений ч. 2 ст. 669, ч. 2 ст. 671, ч. 2 ст. 673, ч. 2 ст. 682, ст. 691 ЦК.

3. Сторони договору купівлі-продажу. Сторонами договору купівлі-продажу виступають продавець і покупець. На відміну від деяких інших договорів, сторонами цього договору можуть бути усі категорії учасників цивільних правовідносин за наявності у них необхідного обсягу правоздатності та дієздатності. Проте, умови участі кожного з цих суб'єктів у договорі купівлі-продажу не завжди однакові, значною мірою вони залежать від виду договору купівлі-продажу, правового режиму товару та інших обставин.

Продавцем товару, відповідно до ст. 658 ЦК [19], може бути особа, яка має право продажу товару. Таке право крім випадків примусового продажу та інших випадків, встановлених законом, належить власникові товару. Поняття «примусовий продаж» в законодавстві не розкривається, окремими законами визначаються лише підстави для здійснення примусового продажу майна,

Наприклад, Законом України «Про заставу» [43] регулюються відносини щодо продажу заставленого майна з метою задоволення вимог кредиторів.

Крім примусового продажу товарів, законодавчі акти встановлюють інші можливі випадки його відчуження за відсутності на це волі власника. Так, встановлено особливий порядок продажу не витребуваних на транспорті вантажів і багажу, не витребуваних за договором побутового замовлення виготовлених підрядником речей. Разом з тим в окремих випадках відчуження товару не власником, а іншою особою, визнається можливим за наявності його волевиявлення. Зокрема, при укладенні договору купівлі-продажу повіреним на підставі виданої довіреності стороною у ньому виступає не власник, а повірений. Від імені держави, територіальних громад при укладенні договорів купівлі-продажу на підставі спеціальних законів можуть виступати фізичні та юридичні особи (зокрема, при продажу об'єктів державної і комунальної власності в процесі приватизації).

У разі продажу товару особою, яка не є його власником, покупець набуває право власності лише у випадку, якщо власник не має права вимагати його повернення. Наприклад, реалізація заставленого майна на публічних торгах позбавляє права заставодавця вимагати його повернення від набувача.

Якщо продавцем товару, за загальним правилом, визнається власник товару, то покупцем може бути будь-який суб'єкт права з достатнім обсягом правоздатності і дієздатності. Стосовно придбання окремих видів товарів законодавством можуть встановлюватися певні обмеження та спеціальні правила, наприклад, у разі купівлі-продажу вогнепальної спортивної та мисливської зброї, іменних цінних паперів тощо.

4. Форма договору купівлі-продажу. Форма договору купівлі-продажу регулюється загальними правилами, встановленими щодо форми правочинів. Договір купівлі-продажу може укладатися в усній чи письмовій формі (простій та нотаріальній), а також шляхом здійснення так званих конклюдентних дій. Ст. 657 ЦК [19] встановлено перелік предметів, відчуження яких за договором купівлі-продажу вимагає укладення договору у письмовій формі, та його нотаріальне посвідчення. Це стосується земельних ділянок та об'єктів, розташованих на земельній ділянці, переміщення яких є неможливим без їх знецінення та зміни призначення, наприклад, єдиний майновий комплекс підприємства, житловий будинок, квартира, споруда, нежитлове приміщення. Режим нерухомої речі, відповідно до ст. 181 ЦК, може бути поширено законом на повітряні та морські судна, космічні об'єкти, а також інші речі, права на які підлягають державній реєстрації.

Отже, для вирішення питання про форму того чи іншого різновиду договорів купівлі-продажу необхідно звертатися до аналізу спеціальних законодавчих та інших нормативно-правових актів. Якщо спеціальними правовими нормами не встановлена форма конкретного виду договору купівлі-продажу, то слід керуватися загальними правилами цивільного законодавства про форму правочинів.

§ 2. *Контрактація сільськогосподарської продукції*

1. Поняття договору. В умовах переходу до ринкової економіки реалізація сільськогосподарської продукції виробниками здійснюється на підставі договорів купівлі-продажу, що укладаються на товарних біржах, аукціонах через посередництво агробізнесових структур, а також шляхом укладення прямих договорів безпосередньо між виробниками цієї продукції та заготівельниками. Договір контрактації сільськогосподарської продукції — це правочин, за яким виробник сільськогосподарської продукції (виробник) зобов'язується виробити визначену продукцію і передати у власність заготівельникові (контрактанту), а заготівельник зобов'язується прийняти та оплатити цю продукцію. Таке визначення договору контрактації впливає із ч. 1 ст. 713 ЦК. Частина 2 ст. 272 ГК [20] доповнює це визначення вказівкою на обов'язок виробника передати продукцію в строки, в кількості та асортименті, передбачених договором. До зобов'язань щодо контрактації застосовуються загальні положення про договір купівлі-продажу і правила субінституту поставки, якщо інше не передбачено договором, законом або іншими нормативно-правовими актами (ч. 2 ст. 713 ЦК [19]).

Сторонами договору контрактації є виробник сільськогосподарської продукції та заготівельник (контрактант). Виробником продукції можуть бути суб'єкти підприємницької діяльності, видами діяльності яких є виробництво, переробка та реалізація сільськогосподарської продукції. До їх числа належать сільськогосподарські підприємства, кооперативи, агрофірми, промислові підприємства, що мають в своєму складі структурні підрозділи, які виробляють сільськогосподарську продукцію, дослідно-виробничі господарства сільськогосподарських навчальних закладів і науково-дослідних інститутів тощо.

Іншою стороною договору контрактації є заготівельник (контрактант), яким може бути суб'єкт підприємницької діяльності, що здійснює закупівлю сільськогосподарської продукції для подальшої переробки або продажу. Якщо продукція реалізується за державним контрактом, то замовниками продукції можуть бути міністерства, відомства, установи та організації, яким для реалізації цього завдання виділені кошти з державного бюджету. У свою чергу, заготівельник може визначати у договорі контрактації і третю особу (одержувач), на користь якої потрібно здійснити виконання договору.

Згідно ст. 272 ГК державна закупка сільськогосподарської продукції здійснюється за договорами контрактації, які укладаються на підставі державних замовлень. Зазначена підстава укладення договору контрактації у формі державного замовлення не виключає можливості укладення господарського договору контрактації сільськогосподарської продукції на розсуд і за бажанням виробника та заготівельника.

2. Зміст договору. Істотні умови договору контрактації сільськогосподарської продукції визначені в ст. 723 ЦК [19] та дещо конкретизуються в ст. 272 ГК [20], їх додержання є обов'язковим при укладенні договору. Частиною 4 ст. 180 ГК встановлено, що умови про предмет будь-якого господарського договору по-

винні визначати найменування (номенклатуру, асортимент) та кількість продукції, а також вимоги до її якості. Вимоги щодо виду, якості продукції, передбаченої договором, визначаються з посиланнями на державні стандарти та їх номери або технічні умови і гранично допустимий вміст у продукції шкідливих речовин (ч. 2 ст. 272 ГК). Проте, і до зобов'язань щодо контрактації підлягають застосуванню викладені вище положення Цивільного кодексу, що значно лібералізують підхід до істотних умов договорів.

Ціна на продукцію є однією з істотних умов будь-якого різновиду договору контрактації. Суб'єкти господарювання можуть використовувати у господарських відносинах вільні ціни, державні фіксовані ціни, а також регульовані ціни — граничні рівні цін або граничні відхилення від державних фіксованих цін, а також граничні рівні торговельних надбавок, постачальницьких винагород, а в окремих випадках — граничні нормативи рентабельності чи обов'язкове декларування зміни цін. Відповідно до ч. 3.2 ст. 3 Закону «Про державну підтримку сільського господарства України» [151] держава не здійснює цінове регулювання за межами організованого аграрного ринку, крім тимчасового адміністративного регулювання цін, яке здійснюється лише в окремих випадках, визначених названим Законом.

У договорі контрактації відповідно до ч. 4 ст. 274 ГК можуть бути передбачені санкції, спрямовані на захист прав сторін договору. Термін «санкції» тут розуміється так, як визначені господарські санкції у ч. 2 ст. 217 ГК (відшкодування збитків, штрафні та оперативно-господарські санкції). При цьому неприпустимі застереження в договорі щодо виключення або обмеження відповідальності виробника продукції (абзац четвертий ч. 3 ст. 216 ГК). Проте, це не виключає звільнення виробника від відповідальності, якщо договором встановлені певні обставини, які через їх надзвичайний характер є підставою для звільнення від відповідальності.

Співвідношення положень ст. 274 ГК про відповідальність сторін договору контрактації з загальними правилами про відповідальність за порушення зобов'язань слід визначати шляхом системного тлумачення положень цієї статті. В частинах 1—3 ст. 274 ГК встановлені спеціальні правила про санкції, що підлягають застосуванню у випадках порушення зобов'язання контрактації. Частиною 4 ст. 274 ГК встановлюється правило, що є загальним стосовно положень ч. 1—3 ст. 274 ГК та спеціальним стосовно загальних положень Цивільного і Господарського кодексів про відповідальність за порушення зобов'язань. Воно передбачає встановлення в договорі «інших санкцій» за невиконання чи неналежне виконання зобов'язань. Зазначення на «інші санкції» дає підстави для висновку про те, що до зобов'язань контрактації не застосовуються загальні правила про відшкодування збитків (ст. 623 ЦК; ст. 224, 225 ГК), про співвідношення збитків і неустойки (ст. 624 ЦК), про штрафні санкції за порушення господарських зобов'язань (ч. 2 ст. 231 ГК) тощо. Отже, інші санкції, ніж передбачені ст. 274 ГК або встановлені в договорі контрактації відповідно до цієї статті, до сторін зобов'язання, що впливає на підставі договору контрактації, застосовуватись не можуть, а застосовуються наступні санкції: 1) встановлені договором контрактації (ч. 4 ст. 274 ГК); 2) якщо інше не встановлено договором

контрактації, у разі, якщо продукція не була своєчасно підготовлена до здавання-приймання і якщо про це не було попереджено контрактанта, виробник відшкодовує заготівельникові збитки (ч. 3 ст. 274 ГК) незалежно від відповідальності, передбаченої відповідно до ч. 1 ст. 274 ГК; 3) за невиконання зобов'язання щодо приймання сільськогосподарської продукції безпосередньо у виробника, за відмову від приймання продукції, пред'явленої виробником в погоджені сторонами порядку і строки, контрактант сплачує штрафну неустойку в розмірі п'яти відсотків вартості неприйнятої продукції, враховуючи надбавки і знижки; 4) неустойка за нездачу сільськогосподарської продукції має встановлюватись договором. Так, на мою думку, має тлумачитись формулювання ч. 1 ст. 274 ГК «виробник сплачує контрактанту неустойку в розмірі, встановленому договором», якщо він не встановлений спеціальним законом.

§ 3. Поставка

1. Поняття договору поставки. Перехід до ринкових методів регулювання економічних відносин об'єктивно зумовлює необхідність законодавчого закріплення такої правової форми регулювання господарських відносин з ритмічного постачання продукції і товарів як договір поставки. Суб'єкти підприємницької діяльності виступають рівноправними партнерами, прагнучи, з одного боку, до чіткого і своєчасного забезпечення сировиною, комплектуючими виробами, устаткуванням та іншим ресурсами, а з іншого — до ритмічного і гарантованого збуту виготовленої продукції. У період переходу до ринкових відносин поставка товарів, як правило, здійснюється шляхом укладення між постачальниками і покупцями прямих договорів. Не обмежується участь в таких відносинах посередників, які забезпечують поставку необхідної сировини, матеріалів, напівфабрикатів тощо.

Договір поставки — це правочин, за яким продавець (постачальник), який здійснює підприємницьку діяльність, зобов'язується передати у встановлений строк (строки) товар у власність покупця для використання його у підприємницькій діяльності або в інших цілях, не пов'язаних з особистим, сімейним, домашнім або іншим подібним використанням, а покупець зобов'язується прийняти товар і сплатити за нього певну грошову суму.

На підставі договору поставки здійснюється передавання товарів. Такими товарами можуть бути речі, визначені родовими ознаками — продукція, вироби з найменуванням, зазначеним у стандартах, технічних умовах, документації до зразків (еталонів), прейскурантах чи товарознавчих документах. За договором поставки можуть передаватись продукція, вироби, визначені індивідуальними ознаками (ч. 1 ст. 266 ГК [20]). Договори поставки не можуть укладатись стосовно передавання цінних паперів, хоч в господарській практиці і стали вживати словосполучення «поставка цінних паперів» в розумінні «передавання цінних паперів».

Сторонами договору поставки є постачальник і покупець. Постачальниками і покупцями виступають, як правило, суб'єкти підприємницької діяльності, які спеціалізуються на виробництві або купівлі-продажу певних товарів. Це і знай-

шло відображення в ч. 1 ст. 712 ЦК [19], відповідно до якої постачальник має бути суб'єктом підприємницької діяльності. Але звідси неправильно було б робити висновок про те, що суб'єкти господарювання, які не є суб'єктами підприємництва, не можуть укладати як постачальники договори поставки. Це можливе уже в силу принципу диспозитивності, закріпленого в ч. 3 ст. 6 ЦК, який (принцип) надає особам право не тільки відступати в договорах від актів цивільного законодавства, а і в певних межах вибирати вид договору, який вони укладають. Крім того, ч. 3 ст. 265 ГК надає право укладати договори поставки всім суб'єктам господарювання, зазначеним у ч. 1, 2 ст. 55 ГК, тобто, не тільки комерційним, а й некомерційним підприємствам. Отже, постачальниками можуть бути казенні і комунальні некомерційні підприємства.

Покупцем за договором поставки відповідно до ч. 1 ст. 712 ЦК може бути будь-яка особа, за якою закон визнає цивільну правосуб'єктність. Проте зазначається, що за договором поставки товар може придбаватись для використання лише в цілях, не пов'язаних з особистим, сімейним, домашнім або іншим подібним використанням. Це формулювання виключає застосування правових норм субінституту поставки до правовідносин, в межах яких фізичні особи, що не є підприємцями, придбавають товари як споживачі для задоволення власних побутових потреб. Придбання товарів для власних побутових потреб практично виявляється у тому, що товари придбаваються не оптовими партіями, а вроздріб. Отже, обмеження ч. 1 ст. 712 ЦК цілей, для яких придбаваються товари за договором поставки, не виключає повністю укладення договорів поставки як покупцями фізичними особами, що не є підприємцями. Але це можливо тільки у край обмежених випадках, наприклад, фізична особа, що має значні грошові кошти, може укласти договір поставки з метою закупівлі оптової партії товарів для подальшого їх використання в благодійних цілях.

Вказівка суб'єктам господарювання здійснювати реалізацію товарів негосподарюючим суб'єктам за правилами про договори купівлі-продажу, яка (вказівка) впливає із ч. 6 ст. 265 ГК, має тлумачитись з урахуванням наступного: 1) із ч. 4 ст. 263, ч. 1 ст. 264 ГК впливає, що в цьому Кодексі купівля-продаж розуміється як правовий інститут, що функціонує паралельно з інститутами поставки, контрактизації тощо; 2) на зобов'язання, що виникають між суб'єктами господарювання, з одного боку, та юридичними особами, що не є суб'єктами господарювання, поширюються загальні норми про купівлю-продаж, сформульовані в ст. 655—697 ЦК, але прямо не поширюються норми субінституту поставки. Проте, в силу ч. 3 ст. 6 ЦК сторони можуть домовитись про те, що і в таких випадках їх відносини переважно регулюються нормами субінституту поставки, а в частині, яка ними не врегульована, — нормами, що сформульовані в ст. 655—697 ЦК; 3) викладене в попередньому пункті стосується і договорів про відчуження речей, що укладаються між юридичними особами, ні одна із яких не має статусу суб'єкта підприємницької діяльності.

2. Законодавство, що підлягає застосуванню до зобов'язань щодо поставки. На ці правовідносини поширюється чинність ст. 712 ЦК [20]. Положення ст. 655—697 ЦК поширюються на зобов'язання щодо поставки, якщо інше не передбачено законами, що формулюють спеціальні правила щодо

поставки, договором (важливо звернути увагу на те, що ч. 2 ст. 712 ЦК надає всім положенням ст. 688—697 ЦК диспозитивного значення, якщо йдеться про їх застосування до зобов'язань поставки) або якщо інше не впливає із характеру відносин сторін. Зокрема, переважному застосуванню до зобов'язань поставки підлягають положення ст. 364—371 ГК [19], Закону «Про поставки продукції для державних потреб» [65]. Таке впливає із ч. 3 ст. 712 ЦК, яка передбачає можливість встановлення законами особливостей регулювання та виконання договорів поставки, в тому числі договорів поставки для державних потреб.

Стаття 271 ГК в порядку встановлення особливостей регулювання укладення та виконання договорів поставки надає Кабінету Міністрів відповідно до вимог цього Кодексу та інших законів повноваження затверджувати Положення про поставки продукції виробничо-технічного призначення та поставки виробів народного споживання, а також Особливі умови поставки окремих видів товарів. Звідси слід зробити висновок про те, що в Україні в частині, що не суперечить актам цивільного законодавства України, зберігають чинність Положення про поставки продукції виробничо-технічного призначення [246] та Положення про поставки товарів народного споживання [247], що були затверджені постановою Ради Міністрів Союзу РСР від 25 липня 1988 № 888. Оскільки ці Положення зберігають чинність у відповідній частині, згідно п. 38 Положення про поставки продукції виробничо-технічного призначення і п. 31 Положення про поставки товарів народного споживання чинними є Інструкція про порядок приймання продукції виробничо-технічного призначення і товарів народного споживання за кількістю [248], що була затверджена постановою Державного арбітражу при Раді Міністрів Союзу РСР від 15 червня 1965 р. № П-6, та Інструкція про порядок приймання продукції виробничо-технічного призначення і товарів народного споживання за якістю [249], що була затверджена постановою Державного арбітражу при Раді Міністрів Союзу РСР від 25 червня 1966 р. № П-7. Чинність останньої Інструкції підтверджує ч. 1 ст. 269 ГК, відповідно до якої строки і порядок встановлення покупцем недоліків поставлених йому товарів, які не могли бути виявлені при звичайному їх прийманні, визначаються законодавством відповідно до цього Кодексу. Про чинність обох названих Інструкцій свідчить посилання у ч. 1 ст. 687 ЦК на те, що «перевірка додержання продавцем умов договору купівлі-продажу щодо кількості, асортименту, якості, комплектності, тари та (або) упаковки товару та інших умов здійснюється у випадках та в порядку, встановлених договором або актами цивільного законодавства».

3. Зміст договору поставки. З урахуванням ст. 628 і 638 ЦК [19] проблематика змісту договору поставки включає в себе наступні питання: 1) істотні умови договору, які мають бути погоджені сторонами; 2) інші умови договору, погоджені сторонами; 3) права та обов'язки сторін, яких набувають постачальник і покупець в результаті укладення договору поставки.

Із ст. 712 ЦК впливає, що істотними умовами договору поставки є умови про предмет договору (товар, що має бути поставлений) та про ціну. Стаття 265 ГК [20] доповнює істотні умови договору умовою про строк передання (поставки) товарів. Більш конкретно у п. 19 Положення про поставки продукції виробничо-технічного призначення [246] і п. 16 Положення про поставки товарів народного

споживання [247] вказується на те, що договором поставки мають встановлюватися умови про номенклатуру (розгорнений асортимент), кількість, якість продукції (товарів), про строки поставки і ціну. Сторони не позбавлені права погодити в договорі будь-які інші умови.

Якщо інше не передбачено законом, загальна кількість товарів, що підлягають поставці, їх часткове співвідношення (асортимент, номенклатура) за сортами, групами, підгрупами, видами, марками, типами, розмірами визначаються специфікацією, яка погоджується сторонами і є додатком до договору. В довгостроковому договорі поставки кількість товарів, що підлягають поставці, визначається на рік або на менший строк. В таких договорах має визначатись порядок погодження кількості товарів на наступні періоди до закінчення строку дії договору. За відсутності в договорі умови про порядок визначення кількості товарів на наступні періоди договір поставки вважається укладеним на один рік (ч. 3 ст. 267 ГК).

Частина 2 ст. 268 ГК приписує зазначати в договорі поставки номери і індекси стандартів, технічних умов або іншої документації про якість товарів. Якщо така документація не була опублікована у загальнодоступних виданнях, на постачальника покладається обов'язок на вимогу покупця додавати копії відповідних документів до договору. Але невиконання викладених вимог ч. 2 ст. 268 ГК не спричиняє визнання договору неукладеним. За відсутності посилань в договорі на технічну документацію товари за якістю повинні відповідати меті договору або звичайному рівню якості предмета договору, або загальним критеріям якості (ч. 3 ст. 268 ГК). Це погоджується з загальним правилом ч. 6 ст. 673 ЦК, яка також допускає, щоб якість товарів в договорі купівлі-продажу не була визначена.

Частина 1 ст. 267 ГК передбачає можливість укладення договорів поставки на строк більше одного року (такий договір визнається довгостроковим), на один рік або на інший строк, визначений договором. Це правило конкретизує щодо поставки ст. 631 ЦК, відповідно до якої сторони можуть здійснити свої права і виконати свої обов'язки впродовж строку договору, та ст. 180 ГК, відповідно до якої у договорі в будь-якому випадку має бути погоджений строк дії договору. Проте, в подальшому у ч. 1 ст. 267 ГК вимога щодо строку дії договору поставки лібералізується. На виняток із загального правила ч. 8 ст. 181 ГК (у разі недосягнення домовленості з усіх істотних умов господарського договору він вважається неукладеним), ч. 1 ст. 267 ГК допускає, щоб строк дії договору поставки не було встановлено. В таких випадках договір вважається укладеним на один рік.

В межах строку дії договору поставки визначаються строки поставки товарів, тобто, строки (періоди) передання товарів постачальником покупцеві. Відповідно до загального правила ч. 2 ст. 267 ГК строки поставки мають встановлюватися у договорі з урахуванням необхідності ритмічного та безперервного постачання товарів споживачам, якщо інше не передбачено законодавством. Проте, уже в ч. 4 тієї ж статті передбачається, що строком поставки продукції виробничо-технічного призначення є, як правило, квартал, а виробів народного споживання, як правило, — місяць, тобто, ритмічність постачання лише декларується.

Від строків поставки ч. 4 ст. 267 ГК відрізняє графіки поставки, які можуть встановлюватись строком на місяць, декаду, добу тощо. Але вказівка на можливість визначення графіків поставки із зазначенням місяця, декади не дає можливості відрізнити графіки поставки від строків поставки. В зв'язку з цим треба виходити із того, що графіки поставки, якщо вони встановлені, завжди конкретизують строки поставки, а пеня в розмірі 0,1 відсотка вартості товарів (робіт, послуг), поставка яких прострочена (абзац третій ч. 2 ст. 231 ГК), підлягає стягненню у випадках, передбачених цією статтею, за порушення строків, а не графіків поставки. За порушення графіків поставки відповідальність може встановлюватись договором.

4. Виконання договору поставки. Виконання договору поставки полягає в переданні товарів постачальником покупцеві. Договором поставки може встановлюватись будь-який спосіб передання товарів. Постачальник може здійснювати поставку товарів на склад покупця власним автомобільним транспортом або автомобільним транспортом загального користування. В таких випадках договором поставки має передбачатись графік поставки товарів — дні, а в разі необхідності — і години (хвилини) поставки. На постачальника може бути покладено обов'язок здійснювати відвантаження товарів залізничним, повітряним, морським, внутрішнім водним транспортом або через трубопроводи. Може передбачатись вибірка товарів покупцем (ч. 5 ст. 267 ГК [20]), за якої покупець отримує товар на складі постачальника та вивозить його власним автомобільним транспортом чи транспортом загального користування. Частина 6 ст. 267 ГК передбачає можливість встановлення договором умови про відвантаження товарів вантажовідправником (звичай ним є виробник), що не є постачальником, та про відвантаження товарів постачальником чи вантажовідправником (виробником) безпосередньо одержувачеві, що не є покупцем. При цьому покупець відповідно до умов договору може не брати участі в розрахунках (товари можуть оплачуватись одержувачем товарів безпосередньо на рахунок постачальника чи вантажовідправника).

У разі будь-якого порушення постачальником умов договору щодо якості товарів покупець має право відмовитися від прийняття товарів, що не відповідають зазначеним умовам, і від їх оплати. У разі, якщо покупець уже здійснив оплату, він має право вимагати повернення сплаченої суми. Якщо недоліки товарів можуть бути усунені на місці знаходження товарів, покупець має право замість відмови від прийняття та оплати товарів вимагати усунення недоліків постачальником. Він може також усунути недоліки своїми силами за рахунок постачальника. У разі виявлення недоліків в період гарантійного строку покупець за договором поставки не отримує прав, передбачених ст. 678 ЦК [19], але має право вимагати від постачальника (виробника) усунення дефектів виробів за його рахунок.

У всіх випадках, коли виявляється неналежна якість або некомплектність товарів, поставлених на підставі договору поставки (незалежно від наявності умов, передбачених ч. 2 ст. 231 ГК), в тому числі і при виявленні дефектів виробів в період гарантійного строку, з постачальника стягується штраф в розмірі двадцяти відсотків вартості неякісних (некомплектних) товарів. Договором може

бути передбачений більш високий розмір штрафу. Встановлення нижчого розміру штрафу не допускається. Проте, відповідні умови договорів є лише оспорюваними, а не нікчемними. Вони підлягають застосуванню аж до моменту визнання їх недійсними судом.

Положення ч. 8 ст. 267 ГК, що передбачає позовну давність тривалістю шість місяців з дня встановлення в належному порядку недоліків поставлених товарів, слід кваліфікувати як спеціальне правило, що конкретизує загальне правило п. 4 ч. 2 ст. 258 ЦК. Тому ч. 8 ст. 267 ГК підлягає переважному застосуванню перед п. 4 ч. 2 ст. 258 ЦК.

§ 4. Постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу

1. Поняття договору. Договір постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу — це правочин, за яким постачальник зобов'язується надавати споживачеві (абонентові) енергетичні та інші ресурси, передбачені договором, а споживач (абонент) зобов'язується оплачувати вартість одержаних ресурсів та дотримуватись передбаченого договором режиму їх використання. Незважаючи на певні технічні та правові відмінності у постачанні електричної і теплової енергії, газу, інших ресурсів, названі договори мають багато спільних рис, які дозволяють об'єднати їх в один вид договору постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу. Сторонами договору постачання енергетичними та іншими ресурсами є енергопостачальне або інше підприємство (постачальник) і споживач (абонент). Постачальником енергетичними ресурсами може бути суб'єкт підприємницької діяльності, який отримав ліцензію Національної комісії з питань регулювання електроенергетики України на здійснення діяльності з постачання електричної енергії за регульованими або нерегульованими тарифами. У системі постачання електричною енергією беруть участь і електропередавальні організації, які отримали ліцензію на право здійснення підприємницької діяльності з передачі електричної енергії місцевими (локальними) мережами, що перебувають у їхній власності або повному господарському віданні. Споживачами енергетичних або інших ресурсів за цим договором можуть бути як юридичні, так і фізичні особи. Договори на постачання енергетичними та іншими ресурсами, в яких сторонами виступають суб'єкти підприємництва, є господарськими договорами і відповідно регулюються правилами щодо здійснення господарсько-торгівельної діяльності. Господарськими є також договори, в яких покупцями є юридичні особи, що не є суб'єктами господарювання.

У зв'язку з цим із загального числа договорів постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу виокремлюють господарські договори. Якщо споживач (абонент) є суб'єктом господарювання (юридичною чи фізичною особою) або іншою юридичною особою, договір підпорядковується правовому режиму господарських договорів. Якщо ж споживач є фізичною особою, що не зареєстрована як суб'єкт підприємництва, договір не може бути

кваліфікований як господарський і на нього не може бути поширена чинність Господарського кодексу [20].

Предметом договору може бути електроенергія у вигляді електричного струму, тепла енергія у вигляді пару чи гарячої води, природний або штучний газ, нафта, вода та інші ресурси. Необхідно зазначити, що саме від предмета договору залежить перелік усіх інших істотних умов договору. Немає підстав поширювати чинність цього правового інституту на послуги зв'язку, кабельного телебачення тощо.

2. Особливості застосування положень Цивільного та Господарського кодексів до зобов'язань щодо постачання енергетичними та іншими ресурсами. Договір постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу є різновидом договору купівлі-продажу. Тому на такі договори поширюються загальні положення про купівлю-продаж (ст. 655—697 ЦК [19]) в частині, в якій вони не суперечать спеціальним нормам, що сформульовані в законах. На це прямо зазначається в ч. 2 ст. 714 ЦК. Тут же зазначається і на те, що застосування загальних положень Цивільного кодексу про купівлю-продаж до зобов'язань щодо постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу може виключатись суттю відносин сторін.

У ст. 275—277 ГК [20] формулюються більш розгорнені положення про постачання через приєднану мережу, ніж у ст. 714 ЦК, але вони стосуються тільки господарських договорів (незважаючи на те, що текст ст. 275—277 ГК може провокувати на протилежний висновок), і тільки постачання енергією (електричною енергією або тепловою енергією у вигляді пару, гарячої чи перегрітої води). До зобов'язань щодо постачання іншими ресурсами ці статті не застосовуються.

Відповідно до ч. 3 ст. 714 ЦК особливості укладення та виконання договору постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу можуть встановлюватись законом. Стосовно господарських договорів щодо користування енергією ч. 1 ст. 277 ГК передбачає затвердження Кабінетом Міністрів правил користування енергією відповідного виду, якими можуть бути передбачені також типові договору постачання окремих видів енергії. Але викладені вимоги Цивільного та Господарського кодексів на цей час виконані лише частково. Так, відносини з приводу постачання електричною енергією регулюються ст. 24—27 Закону «Про електроенергетику» [81]. Положення, що регулюють відносини щодо постачання електричною енергією фізичних осіб, включені до Закону «Про житлово-комунальні послуги» [150]. Але значна частина відносини щодо постачання електричною та іншими видами енергії регулюються на цей час підзаконними актами. Це не відповідає вимогам ч. 3 ст. 714 ЦК і ч. 1 ст. 277 ГК, але ця невідповідність не є підставою для висновку про те, що відповідні підзаконні акти втратили чинність. По-перше, стосовно постачання електричною енергією абзац сьомий ст. 12 Закону «Про електроенергетику» надає повноваження розроблення та затвердження правил користування електричною енергією Національній комісії регулювання електроенергетики України. Правила користування електричною енергією для населення затверджуються Кабінетом Міністрів (ч. 4 ст. 26 того ж Закону). Тому, безумовно, є чинними Правила користування електричною енергією для населення, затверджені

постановою Кабінету Міністрів від 26 липня 1999 р. № 1357 [191] (з наступними змінами та доповненнями), Правила користування електричною енергією [204], затвержені постановою Національної комісії регулювання електроенергетики України від 31 липня 1996 р. (за наступними змінами і доповненнями). Слід визнати чинними також «Методику обчислення розміру відшкодування збитків, завданих електропостачальнику внаслідок порушення споживачем Правил користування електричною енергією для населення» (затвержені постановою Національної комісії регулювання електроенергетики України від 22 листопада 1999 р. № 1416 [219]), та «Методику обчислення обсягів електричної енергії, недоврахованої внаслідок порушення споживачем-юридичною особою Правил користування електричною енергією» (затвержені постановою Національної комісії регулювання електроенергетики України від 5 грудня 2001 р. № 1197). Остання Методика в Міністерстві юстиції не реєструвалась. Але це не є підставою для заперечення її чинності, оскільки Указом Президента України «Питання Національної комісії регулювання електроенергетики України» [172] акти Національної комісії регулювання електроенергетики України, що стосуються регулювання ринку електроенергетики, не підлягають реєстрації в Міністерстві юстиції.

Відносини щодо користування тепловою енергією регулюються ст. 714 ЦК, ст. 275—277 ГК. Закон «Про електроенергетику» відповідно до його ст. 2 мав би регулювати відносини щодо постачання тепловою енергією, але формулює лише окремі положення щодо централізованого тепlopостачання споживачів, яке здійснюється теплоелектроцентралями і котельними, що входять до об'єднаної енергетичної системи України. Правила користування тепловою енергією, що були затвержені наказом Мінерога та Держбуду, втратили чинність у зв'язку з скасуванням їх державної реєстрації. Тому особливого значення як регулятор відносин щодо постачання теплової енергії набувають договори про постачання теплової енергії.

Положення ч. 2 ст. 275 ГК, що забороняє відпуск енергії без оформлення договору, поширюється тільки на господарські договори. Пункт 3 Правил користування електричною енергією для населення також приписує укладати договори про користування електричною енергією, але це положення є менш категоричним, ніж наведене правило ч. 2 ст. 275 ГК.

Тільки господарських зобов'язань стосується положення ч. 7 ст. 276 ГК, відповідно до якого оплата енергії, що відпускається, здійснюється, як правило у формі попередньої оплати. Інша форма оплати — шляхом планових платежів — може встановлюватись договором. Ці положення не є формально досить визначеними, щоб прямо застосовувати їх до зобов'язань щодо постачання енергією. Тому вони підлягають застосуванню при вирішенні переддоговірних спорів. Якщо договором передбачено інше, застосуванню підлягають відповідні умови договорів. У разі відсутності в договорі необхідних умов оплата енергії має здійснюватись відповідно до п. 7.6 «Правил користування електричною енергією», що диференціює терміни оплати в залежності від обсягу електричної енергії, заявленої на відповідний період. Термін оплати електричної енергії фізичними особами встановлений п. 20 Правил користування електричною

енергією для населення — не пізніше 10 числа місяця, наступного за тим місяцем, за який проводяться розрахунки.

До відносин щодо постачання води застосовуються ст. 714 ЦК, а також Закон «Про питну воду та питне водопостачання» [127]. Цей спеціальний Закон надає центральному органу виконавчої влади з питань житлово-комунального господарства повноваження встановлювати порядок надання споживачам послуг з питного водопостачання. Але не цей час такий порядок не затверджувався. Натомість зберігають чинність Правила надання населенню послуг з водо-, теплопостачання та водовідведення, що затверджені Кабінетом Міністрів України [185].

Глава 11

Деякі інші види правовідносин

§ 1. Лізинг

1. Поняття договору лізингу. Лізинг як особливий вид підприємницької діяльності став відомий світовому бізнесу порівняно недавно — наприкінці XIX — на початку XX століття. Як різновид підприємницької діяльності в Україні лізинг з'явився лише із започаткуванням ринкових відносин.

Протягом тривалого часу в українському законодавстві практично не було правових норм, які регулювали б лізингові відносини. Договір лізингу не входив до системи договорів Цивільного кодексу 1963 р. Першим законодавчим актом, який взагалі містив термін «лізинг», був Закон «Про банки і банківську діяльність» від 20 березня 2001 р., в якому зазначалося, що банки можуть виконувати, зокрема, таку банківську операцію, як придбання за власні кошти засобів виробництва для передачі їх в оренду (лізинг).

За останні десятиліття у міжнародному економічному житті договір лізингу набув широкого застосування і юридично визначився як самостійний інститут цивільного права, що одночасно поєднує в собі риси найму та надання послуг (має спільні ознаки з договором майнового найму, договором кредиту, інвестиційного договором та іншими договорами про надання фінансових послуг).

Згідно зі ст. 806 ЦК [19], договір лізингу — це правочин, за яким лізингодавець передає або зобов'язується передати лізингоодержувачеві у користування майно, що належить лізингодавцю на праві власності і було набуте ним без попередньої домовленості із лізингоодержувачем (прямий лізинг), або майно, спеціально придбане лізингодавцем у продавця (постачальника) відповідно до встановлених лізингоодержувачем специфікацій та умов (непрямий лізинг), на певний строк і за встановлену плату (лізингові платежі).

Якщо за Цивільним кодексом договір лізингу визначається як один із різновидів договору майнового найму, то ст. 292 ГК [20] лізинг визначається як вид господарської діяльності, спрямований на інвестування власних чи залучених фінансових коштів, який опосередковується договором лізингу.

Відповідно до ст. 292 ГК лізинг — це господарська діяльність, спрямована на інвестування власних чи залучених коштів, яка полягає у наданні за договором лізингу однією стороною (лізингодавцем) у виключне користування другій стороні (лізингоодержувачу) на визначений строк майна, що належить лізингодавцю або набувається ним у власність (господарське відання) за дорученням чи погодженням лізингоодержувача у відповідного постачальника (продавця) майна, за умови сплати лізингоодержувачем періодичних лізингових платежів.

Крім того, правова дефініція лізингу визначається також Законом «Про фінансовий лізинг» [149]. Згідно ст. 1 зазначеного Закону фінансовий лізинг — це вид цивільно-правових відносин, за якими лізингодавець зобов'язується набути у власність річ у продавця (постачальника) відповідно до встановлених лізинго-

одержувачем специфікацій та умов і передати її у користування лізингоодержувачу на визначений строк (не менше одного року) за встановлену плату (лізингові платежі).

Договір лізингу як один із різновидів договору майнового найму може бути як реальним, так і консенсуальним. За правовою традицією договір майнового найму завжди був консенсуальним, оскільки вважався укладеним з моменту досягнення сторонами згоди щодо усіх істотних умов договору. Передача майна наймачеві розглядалася як виконання договору, навіть у тому випадку, коли момент набрання договором чинності збігався з фактичною передачею майна. Новий ЦК України пішов іншим шляхом, дозволивши учасникам цивільних правовідносин укладати як консенсуальні, так і реальні договори найму, у тому числі договори лізингу (ст. 806 ЦК України).

Договір лізингу належить до категорії договорів про передачу майна у користування. Передача майна наймачеві за домовленістю сторін може супроводжуватись переходом до нього права власності на це майно. Останній отримує лише право користування майном. Ця ознака відрізняє договір лізингу від таких договорів, як купівля-продаж, міна, позика.

2. Зміст договору. Лізинг (від англійського *lease* — оренда) — вид господарської діяльності, спрямований на інвестування власних чи залучених фінансових коштів.

Відповідно до Господарського кодексу [20], залежно від особливостей здійснення лізингових операцій, лізинг може бути двох видів — фінансовий та оперативний. Фінансовий лізинг — це вид цивільно-правових відносин, що виникають із договору фінансового лізингу, за яким лізингодавець зобов'язується набути у власність річ у продавця (постачальника) відповідно до встановлених лізингоодержувачем специфікацій та умов і передати її у користування лізингоодержувачу на визначений строк не менше одного року за встановлену плату (лізингові платежі). Після закінчення строку договору фінансового лізингу, об'єкт лізингу, переданий лізингоодержувачеві згідно з договором, переходить у власність лізингоодержувача або викуповується ним за залишковою вартістю.

Оперативний лізинг — це господарська операція фізичної чи юридичної особи, що передбачає передачу орендарю права користування основними фондами на строк, що не перевищує строку їх повної амортизації, з обов'язковим поверненням таких основних фондів їх власнику після закінчення строку дії лізингового договору.

За формами здійснення лізинг може бути:

а) зворотний (поворотний) лізинг — це договір лізингу, який передбачає придбання лізингодавцем майна у власника і передачу цього майна йому в лізинг;

б) пайовий лізинг — це здійснення лізингу за участю суб'єктів лізингу на основі укладення багатостороннього договору та залучення одного або кількох кредиторів, які беруть участь у здійсненні лізингу, інвестуючи свої кошти. При цьому сума інвестованих кредиторами коштів не повинна перевищувати 80 відсотків вартості набутого для лізингу майна;

в) міжнародний лізинг — це договір лізингу, що здійснюється суб'єктами лізингу, які перебувають під юрисдикцією різних держав.

Істотними умовами договору лізингу закон визнає: предмет лізингу; строк, на який лізингоодержувачу надається право користуватися предметом лізингу; розмір лізингових платежів; інші умови щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди.

Предметом договору лізингу може бути неспоживане майно, з індивідуальними ознаками, яке віднесене відповідно до законодавства до основних фондів. Це може бути вироблена промисловими підприємствами продукція, наприклад, машини, устаткування, транспортні засоби, системи телекомунікацій тощо. Не можуть бути предметом договору лізингу земельні ділянки та інші природні об'єкти, єдині майнові комплекси підприємств та їх відокремлені структурні підрозділи (філії, цехи, дільниці).

Ремонт і технічне обслуговування предмета договору лізингу здійснюються продавцем (постачальником) на підставі договору між лізингоодержувачем та продавцем (постачальником).

Строк договору лізингу залежить від його виду і форми. Так, мінімальна тривалість строку договору визначається з урахуванням строку амортизації вартості об'єкта лізингу. За договором оперативного лізингу лізингоодержувач отримує в платне користування від лізингодавця об'єкт лізингу на строк, не менший строку, за який амортизується 90 відсотків вартості об'єкта лізингу, визначеної на день укладення договору.

За користування об'єктом лізингу лізингоодержувач вносить періодичні лізингові платежі у порядку, встановленому договором. Лізингові платежі можуть включати:

- суму, яка відшкодовує частину вартості предмета лізингу;
- платіж як винагороду лізингодавцю за отримане в лізинг майно;
- компенсацію відсотків за кредитом;
- інші витрати лізингодавця, що безпосередньо пов'язані з виконанням договору лізингу.

Розміри, спосіб, форма і строки внесення лізингових платежів та умови їх перегляду визначаються у договорі лізингу за домовленістю сторін.

3. Розбіжності правового регулювання договору лізингу за Цивільним кодексом та Господарським кодексом. Договір лізингу, відповідно до ст. 806 ЦК [19], є різновидом договору оренди, на що вказує сама норма цієї статті і розміщення її у відповідній главі. Основні відмінності, за якими відмежовують договір лізингу від інших видів орендних договорів, більшість правознавців вбачає в можливій наявності третьої сторони договору — постачальника майна, що надається в лізинг, та специфічному характері предмета договору, яким можуть бути лише основні фонди виробничого призначення.

Стаття 806 ЦК лізинг визнаний різновидом договору майнового найму (оренди). У ст. 292 ГК [20] лізинг — це господарська діяльність, спрямована на інвестування власних чи залучених фінансових коштів, яка полягає в наданні за договором лізингу лізингодавцем у користування майно лізингоодержувачеві. Якщо лізинг визначений як підприємницька діяльність, то види лізингу (фінансовий і оперативний), а також його форми (зворотний, пайовий, міжнародний) визначаються як договори лізингу. Зрозуміло, що коли загальне

поняття «лізинг» визначається як підприємницька діяльність, то його види не можуть визначатися як договори лізингу, оскільки лізинг, визначений як підприємницька діяльність, не є договором, а лише опосередковується ним.

Тим самим неточність визначення правових дефініцій створює внутрішню його суперечливість. Розбіжності між визначенням тих самих понять у Господарському і Цивільному кодексах викликають труднощі у практиці застосування відповідних та потребують узгодження.

4. Застосування у судовій практиці. В юридичній літературі існують різні концепції щодо правової природи договору лізингу. Відповідно до положень Цивільного кодексу [19], договір лізингу визнається різновидом майнового найму, але оскільки ним опосередковується підприємницька діяльність з передачі майна у користування, він близький до договору оренди. Цивільний кодекс містить норми про договір лізингу у § 6 глави 38, зазначивши тим самим, що договір лізингу є різновидом договору майнового найму (оренди). Відтак до договору лізингу мають застосовуватися загальні положення про майновий найм (оренду) з урахуванням особливостей цивільного законодавства про лізинг.

В лізинговій операції можуть брати участь різні суб'єкти: постачальник лізингового майна, перевізник цього майна, кредитори, страховики тощо. Договір лізингу укладається у письмовій формі між лізингодавцем і лізингоодержувачем. Між лізингодавцем і постачальником майна укладається окремий договір на поставку предмета лізингу на користь третьої особи (лізингоодержувача). Отже, до відносин лізингу мають застосовуватися також загальні положення про купівлю-продаж та положення про договір поставки, якщо інше не передбачено законом.

Цивільно-правова норма, яка регулює лізингові відносини, має відсильний характер, оскільки визначає що особливості окремих видів і форм лізингу встановлюються законом (ст. 806 ЦК). Уже після набрання чинності Цивільним та Господарським [20] кодексами був прийнятий у новій редакції Закон «Про фінансовий лізинг» [149].

§ 2. Правове регулювання інноваційної діяльності

1. Загальна характеристика правового регулювання інноваційної діяльності. Правове регулювання інноваційної діяльності в Україні здійснюється нормами законодавства України у сфері інноваційної діяльності і базується на Конституції України і складається із законів «Про інвестиційну діяльність» [130], «Про наукову і науково-технічну діяльність» [86], «Про наукову і науково-технічну експертизу» [59], «Про спеціальний режим інвестиційної та інноваційної діяльності технологічних парків» [98], «Про спеціальну економічну зону «Яворів» [89], а також Закону «Про інноваційну діяльність» [130] (далі — Закон) та інших законодавчих актів, що регулюють суспільні відносини у цій сфері.

Відповідно до положень Закону «Про інноваційну діяльність» він визначає правові, економічні та організаційні засади державного регулювання інноваційної діяльності в Україні, встановлює форми стимулювання державою іннова-

ційних процесів і спрямований на підтримку розвитку економіки України інноваційним шляхом. Згідно із цим Законом державну підтримку одержують суб'єкти господарювання всіх форм власності, що реалізують в Україні інноваційні проекти, і підприємства всіх форм власності, які мають статус інноваційних.

За змістом статті 1 Закону інновації — це новостворені (застосовані) і (або) вдосконалені конкурентоспроможні технології, продукція або послуги, а також організаційно-технічні рішення виробничого, адміністративного, комерційного або іншого характеру, що істотно поліпшують структуру та якість виробництва і (або) соціальної сфери. Інноваційна діяльність — діяльність, що спрямована на використання і комерціалізацію результатів наукових досліджень та розробок і зумовлює випуск на ринок нових конкурентоспроможних товарів і послуг. Інноваційний продукт — результат науково-дослідної і (або) дослідно-конструкторської розробки, що відповідає вимогам, встановленим Законом. Під інноваційної продукцією розуміються нові конкурентоздатні товари чи послуги, що відповідають вимогам, встановленим Законом. Інноваційний проект — комплект документів, що визначає процедуру і комплекс усіх необхідних заходів (у тому числі інвестиційних) щодо створення і реалізації інноваційного продукту і (або) інноваційної продукції.

Законом визначають і інші поняття, зокрема під пріоритетним інноваційним проектом розуміється інноваційний проект, що належить до одного з пріоритетних напрямів інноваційної діяльності, затверджених Верховною Радою України. Інноваційне підприємство (інноваційний центр, технопарк, технополіс, інноваційний бізнес-інкубатор тощо) — підприємство (об'єднання підприємств), що розробляє, виробляє і реалізує інноваційні продукти і (або) продукцію чи послуги, обсяг яких у грошовому вимірі перевищує 70 відсотків його загального обсягу продукції і (або) послуг. Крім того, інноваційна інфраструктура — сукупність підприємств, організацій, установ, їх об'єднань, асоціацій будь-якої форми власності, що надають послуги із забезпечення інноваційної діяльності (фінансові, консалтингові, маркетингові, інформаційно-комунікативні, юридичні, освітні тощо).

Відповідно до ст. 3 Закону головна мета державної інноваційної політики — створення соціально-економічних, організаційних і правових умов для ефективного відтворення, розвитку й використання науково-технічного потенціалу країни, забезпечення впровадження сучасних екологічно чистих, безпечних, енерго- та ресурсозберігаючих технологій, виробництва та реалізації нових видів конкурентоспроможної продукції. Інноваційна діяльність в Україні ґрунтується на таких принципах: орієнтація на інноваційний шлях розвитку економіки України; визначення державних пріоритетів інноваційного розвитку; формування нормативно-правової бази у сфері інноваційної діяльності; створення умов для збереження, розвитку і використання вітчизняного науково-технічного та інноваційного потенціалу; забезпечення взаємодії науки, освіти, виробництва, фінансово-кредитної сфери у розвитку інноваційної діяльності; ефективне використання ринкових механізмів для сприяння інноваційній діяльності, підтримка підприємництва у науково-виробничій сфері; здійснення

заходів на підтримку міжнародної науково-технологічної кооперації, трансферу технологій, захисту вітчизняної продукції на внутрішньому ринку та її просування на зовнішній ринок тощо.

За змістом ст. 4 Закону об'єктами інноваційної діяльності є: інноваційні програми і проекти; нові знання та інтелектуальні продукти; виробниче обладнання та процеси; інфраструктура виробництва і підприємництва; організаційно-технічні рішення виробничого, адміністративного, комерційного або іншого характеру, що істотно поліпшують структуру і якість виробництва і (або) соціальної сфери; сировинні ресурси, засоби їх видобування і переробки; товарна продукція; механізми формування споживчого ринку і збуту товарної продукції.

Згідно із ст. 5 суб'єктами інноваційної діяльності можуть бути фізичні і (або) юридичні особи України, фізичні і (або) юридичні особи іноземних держав, особи без громадянства, об'єднання цих осіб, які провадять в Україні інноваційну діяльність і (або) залучають майнові та інтелектуальні цінності, вкладають власні чи запозичені кошти в реалізацію в Україні інноваційних проектів.

Зазначимо, що державне регулювання інноваційної діяльності здійснюється такими способами: визначення і підтримки пріоритетних напрямів інноваційної діяльності державного, галузевого, регіонального і місцевого рівнів; формування і реалізації державних, галузевих, регіональних і місцевих інноваційних програм; створення нормативно-правової бази та економічних механізмів для підтримки і стимулювання інноваційної діяльності; захисту прав та інтересів суб'єктів інноваційної діяльності; фінансової підтримки виконання інноваційних проектів; стимулювання комерційних банків та інших фінансово-кредитних установ, що кредитують виконання інноваційних проектів; встановлення пільгового оподаткування суб'єктів інноваційної діяльності, а також підтримки функціонування і розвитку сучасної інноваційної інфраструктури. Відповідні повноваження у сфері інноваційної діяльності мають Верховна Рада України, Кабінет Міністрів України, Верховна Рада Автономної Республіки Крим та органи місцевого самоврядування, як це визначено ст. 7, 8 та 9 Закону.

2. Інноваційний проект. Як передбачено ст. 13 Закону [130] державна реєстрація інноваційних проектів здійснюється у порядку, визначеному Кабінетом Міністрів України. Таку реєстрацію інноваційних проектів здійснює, за поданням суб'єктів інноваційної діяльності, спеціально уповноважений центральний орган виконавчої влади у сфері інноваційної діяльності. Цей орган веде Державний реєстр інноваційних проектів.

Необхідна умова занесення проекту до Державного реєстру інноваційних проектів є його кваліфікування. Для кваліфікування інноваційних проектів спеціально уповноважений центральний орган виконавчої влади у сфері інноваційної діяльності визначає окремий підрозділ, який може мати регіональні відділення в Автономній Республіці Крим, областях, містах Києві і Севастополі.

Проекти, що визнані за результатами експертизи інноваційними, заносяться спеціально уповноваженим центральним органом виконавчої влади у сфері інноваційної діяльності до Державного реєстру інноваційних проектів. Інноваційні проекти з пріоритетних напрямів інноваційної діяльності, затверджених

Верховною Радою України, визнаються Установою пріоритетними інноваційними проєктами. Після публікування у засобах масової інформації відомостей про занесення інноваційного проєкту до Державного реєстру інноваційних проєктів спеціально уповноважений центральний орган виконавчої влади у сфері інноваційної діяльності видає суб'єкту інноваційної діяльності свідоцтво про державну реєстрацію інноваційного проєкту, форма якого затверджується Кабінетом Міністрів України. Необхідно звернути увагу на те, що державна реєстрація інноваційного проєкту не передбачає будь-яких зобов'язань щодо бюджетного кредитування його виконання чи іншої державної фінансової підтримки.

Для правового регулювання інноваційної діяльності важливим є те, що відповідно до ст. 13 Закону неправомірні кваліфікація і державна реєстрація проєкту як інноваційного тягнуть за собою відповідальність згідно із законом.

Інноваційний продукт є результатом виконання інноваційного проєкту і науково-дослідною і (або) дослідно-конструкторською розробкою нової технології (в тому числі — інформаційної) чи продукції з виготовленням експериментального зразка чи дослідної партії і повинен відповідати вимогам, передбаченим у ст. 14 Закону.

3. Інноваційна продукція і інноваційне підприємство. Нормами Закону [130] також встановлено, що інноваційною може бути визнана продукція, яка відповідає таким вимогам: а) вона є результатом виконання інноваційного проєкту; б) така продукція виробляється (буде вироблена) в Україні вперше, або якщо не вперше, то порівняно з іншою аналогічною продукцією, представленою на ринку, є конкурентоспроможною і має суттєво вищі техніко-економічні показники. Крім того, інноваційною продукцією може бути визнано інноваційний продукт, якщо він не призначений для тиражування.

За змістом ст. 16 Закону інноваційне підприємство — це підприємство або об'єднання підприємств будь-якої форми власності, якщо більше ніж 70% обсягу його продукції (у грошовому вимірі) за звітний податковий період є інноваційні продукти і (або) інноваційна продукція. Таке підприємство може функціонувати у вигляді інноваційного центру, бізнес-інкубатора, технополісу, технопарку тощо. Зазначимо, що статус інноваційного підприємства дає йому право на пільги, визначені частинами четвертою і п'ятою ст. 21 цього Закону. Оподаткування інноваційного підприємства при реалізації ним інноваційних проєктів здійснюється на тих самих умовах, що і всіх інших суб'єктів інноваційної діяльності.

Для здійснення фінансової підтримки інноваційної діяльності суб'єктів господарювання різних форм власності відповідно до її видів та джерел Кабінет Міністрів України за поданням спеціально уповноваженого центрального органу виконавчої влади у сфері інноваційної діяльності або відповідний орган місцевого самоврядування створює спеціалізовані відповідно державні та комунальні небанківські інноваційні фінансово-кредитні установи. Кошти таких установ формуються за рахунок коштів Державного бюджету України чи коштів відповідного місцевого бюджету, іноземних інвестицій юридичних та фізичних осіб, добровільних внесків юридичних та фізичних осіб, від власної чи спільної фінансово-господарської діяльності та інших джерел, не заборонених законодавством України.

4. Відбір інноваційних проєктів. Державна чи комунальна інноваційна фінансово-кредитна установа організовує на конкурсних засадах відбір інноваційних проєктів для їх фінансової підтримки. Конкурсні відбори інноваційних проєктів здійснюються на засадах прозорості, відкритості, гласності. Фінансова підтримка державною чи комунальною інноваційною фінансово-кредитною установою інноваційних проєктів шляхом надання кредитів чи передавання майна у лізинг здійснюється за умови наявності гарантій повернення коштів у вигляді застави майна, договору страхування, банківської гарантії, договору поруки тощо.

Особливості оподаткування та митного регулювання інноваційної діяльності передбачені відповідними статтями Закону. Разом з тим, дію статей 21 і 22 Закону [130], які відповідно встановлюють особливості оподаткування в інноваційній діяльності та митного регулювання такої діяльності, на 2004 рік зупинено згідно із Законом «Про Державний бюджет України на 2004 рік» [148].

Крім того, пріоритетні напрямки інноваційної діяльності визначені спеціальним законодавчим актом, яким є Закон «Про пріоритетні напрямки інноваційної діяльності» [131]. Цей Закон визначає правові, економічні та організаційні засади формування та реалізації пріоритетних напрямів інноваційної діяльності в Україні, а метою цього Закону є створення правової бази для концентрації ресурсів держави на провідних напрямках науково-технологічного оновлення виробництва та сфери послуг у країні, забезпечення внутрішнього ринку конкурентною наукоємною продукцією та виходу з нею на світовий ринок. Визначені цим Законом пріоритетні напрями інноваційної діяльності в Україні зобов'язують органи виконавчої влади України всіх рівнів створювати режим найбільшого сприяння виконанню робіт, спрямованих на реалізацію відповідних пріоритетних напрямів, та концентрації на них фінансово-економічних та інтелектуальних ресурсів.

Глава 12

Адміністративно-господарські санкції

§ 1. Загальні положення про адміністративно-господарські санкції

1. Поняття та загальна характеристика адміністративно-господарських санкцій. Поняття адміністративно-господарських санкцій вперше введено в нормативний обіг Господарським кодексом [20]. Зокрема, воно вживається у ст. 217, а також у главі 27 (ст. 238—250) Господарського кодексу. Такі санкції можуть бути застосовані за порушення встановлених законодавчими актами правил здійснення господарської діяльності до суб'єктів господарювання уповноваженими органами державної влади або органами місцевого самоврядування. Відповідно до ст. 238 Господарського кодексу такі санкції є заходами організаційно-правового або майнового характеру, спрямовані на припинення правопорушення суб'єкта господарювання та ліквідацію його наслідків. На відміну від відшкодування шкоди, штрафних та оперативно-господарських санкцій адміністративно-господарські санкції застосовуються не контрагентами за договором, а органами державної влади та органами місцевого самоврядування. Вони є заходами не тільки майнового (на відміну від штрафних санкцій), але й організаційно-правового характеру. Положення Господарського кодексу щодо правової природи адміністративно-господарських санкцій є суперечливими. Відповідно до ч. 1 ст. 216 ГК (господарська-правова відповідальність полягає в застосуванні до правопорушників господарських санкцій), ч. 2 ст. 217 ГК (господарськими санкціями є відшкодування збитків, штрафні санкції та оперативно-господарські санкції), ч. 3 ст. 217 ГК (крім зазначених у ч. 2 ст. 217 ГК господарських санкцій до суб'єктів господарювання можуть застосовуватись адміністративно-господарські санкції) господарські санкції не охоплюються поняттям господарсько-правової відповідальності. Але ст. 223 ГК, у якій йдеться, зокрема, про строки застосування до суб'єктів господарювання адміністративно-господарських санкцій, має заголовок «Строки реалізації господарсько-правової відповідальності», тобто, тут поняттям господарсько-правової відповідальності охоплюються і адміністративно-господарські санкції. І все ж адміністративно-господарські санкції слід вважати такими, що виходять за межі поняття господарсько-правової відповідальності, оскільки при визначенні цього поняття ч. 1 ст. 216 ГК слід вважати такою, що формулює спеціальне правило.

Підставою застосування адміністративно-господарських санкцій є виключно правопорушення, якого припустився суб'єкт господарювання. Вина такого суб'єкта не є умовою застосування подібних санкцій, оскільки ч. 2 ст. 218 ГК, що опосередковано закріплює принцип вини при застосуванні господарсько-правової відповідальності, не поширюється на адміністративно-господарські санкції. З приводу цього можлива дискусія про доцільність внесення змін до Господарського кодексу та інших законів. Але до внесення таких змін відсутність

вини суб'єкта господарювання не може бути підставою для звільнення його від застосування адміністративно-господарських санкцій.

Порушення, що є підставою застосування адміністративно-господарських санкцій, можуть бути здійснені в будь-яких правовідносинах: у зобов'язаннях, що кваліфікуються як господарські; у цивільно-правових зобов'язаннях з участю суб'єктів господарювання, які (зобов'язання) не кваліфікуються як господарські; в інших, в тому числі публічно-правових, відносинах.

Застосування адміністративно-господарських санкцій не охоплюється поняттям адміністративної відповідальності. Тому неприйнятними є будь-які спроби поширити на відносини з приводу застосування таких санкцій чинність Кодексу України про адміністративні правопорушення.

2. Види адміністративно-господарських санкцій. Це поняття охоплює собою широке коло явищ. В ст. 239 ГК [20] називаються наступні види адміністративно-господарських санкцій: 1) вилучення прибутку; 2) адміністративно-господарський штраф; 3) стягнення зборів (обов'язкових платежів); 4) зупинення операцій за рахунками суб'єктів господарювання; 5) застосування антидемпінгових заходів; 6) припинення експортно-імпортних операцій; 7) застосування індивідуального режиму ліцензування; 8) зупинення дії ліцензії (патенту) на здійснення суб'єктом господарювання певних видів господарської діяльності; 9) анулювання ліцензії (патенту) на здійснення суб'єктом господарювання окремих видів господарської діяльності; 10) обмеження або зупинення діяльності суб'єкта господарювання; 11) скасування державної реєстрації та ліквідація суб'єктів господарювання. Крім того, зазначеною статтею передбачається, що вказаний перелік не є вичерпним, оскільки допускається застосування і інших адміністративно-господарських санкцій, які встановлені Господарським кодексом та іншими законодавчими актами (кодексами та законами). Зокрема, до адміністративно-господарських санкцій мають бути віднесені заходи впливу, встановлені ст. 73 Закону «Про банки та банківську діяльність» [109], ст. 40 Закону «Про фінансові послуги та державне регулювання ринку фінансових послуг» [120] тощо.

Стосовно положення абзацу тринадцятого ст. 239 ГК, відповідно до якого адміністративно-господарські санкції можуть встановлюватись лише законами, слід мати на увазі, що численні спеціальні закони, які були прийняті до введення в дію Господарського кодексу та які передбачають можливість встановлення адміністративно-господарських санкцій підзаконними актами, зберегли чинність і після введення в дію Господарського кодексу. Так, відповідно до п. 4 частини першої ст. 73 Закону «Про банки і банківську діяльність» Національний банк України має право застосовувати до банків штрафи відповідно до положень, затверджених Правлінням Національного банку. Ця стаття обмежує лише розмір таких штрафів одним відсотком суми зареєстрованого статутного капіталу. Ст. 16 Декрету Кабінету Міністрів «Про систему валютного регулювання і валютного контролю» [155] надає Національному банку України право встановлювати штрафи за цілу низку порушень валютного законодавства. Є й інші положення спеціальних законів, які допускають встановлення санкцій, що отримали тепер назву адміністративно-господарських, підзаконними актами. Слід визнати

чинність за указами Президента України, що були видані до 28 червня 1999 р., та набули чинність відповідно до п. 14 Перехідних положень Конституції України. Зокрема, Указом Президента України «Про врегулювання порядку одержання резидентами кредитів, позик в іноземній валюті від нерезидентів та застосування штрафних санкцій за порушення валютного законодавства» [167] встановлено штраф за одержання резидентами кредитів в іноземній валюті від нерезидентів без реєстрації відповідного договору. Указом Президента України «Про застосування штрафних санкцій за порушення норм з регулювання обігу готівки» [171] встановлені штрафи за порушення у цій сфері.

3. Органи, що застосовують адміністративно-господарські санкції.

Відповідно до ч. 1 ст. 238 ГК [20] адміністративно-господарські санкції до суб'єктів господарювання застосовуються уповноваженими органами державної влади або органами місцевого самоврядування. Під органами державної влади тут розуміються не тільки органи виконавчої влади, а і суди. Застосування адміністративно-господарських санкцій у судовому порядку передбачається ст. 2 Постанови Верховної Ради «Про механізм відповідальності юридичних осіб, на зберіганні яких знаходяться матеріальні ресурси державного резерву, за самовільне їх відчуження (використання, реалізацію)», частиною другою ст. 16 Закону «Про карантин рослин» [132] (за порушення карантинних вимог щодо ввезення з карантинних зон або ввезення із-за кордону підкарантинних матеріалів), ст. 35 Закону «Про пожежну безпеку» (за порушення вимог пожежної безпеки, невиконання приписів посадових осіб державного пожежного нагляду) тощо. В переважній же більшості законів, що передбачають застосування адміністративно-господарських санкцій, повноваження приймати рішення про застосування таких санкцій надається відповідним органам виконавчої влади. Визначення таких органів при розгляді відповідних справ у судах пов'язане підчас із значними труднощами в зв'язку з численністю правових норм, що встановлюють такі повноваження, численними відсиланнями до спеціальних норм та суперечністю між ними. Так, частина четверта ст. 17 Закону «Про державне регулювання виробництва і обігу спирту етилового, коньячного і плодового, алкогольних напоїв та тютюнових виробів» [64] надає право приймати рішення про застосування фінансових санкцій, передбачених цим Законом, органу, який видав відповідну ліцензію, та іншим органам виконавчої влади у межах їх компетенції. Пунктом 1 ст. 8 Закону «Про державну податкову службу в Україні» [54] на Державну податкову адміністрацію України покладається функція застосування фінансових санкцій за порушення законодавства про виробництва та обіг спирту етилового, коньячного, плодового, алкогольних напоїв і тютюнових виробів. Таку ж функцію покладено на державні податкові адміністрації в Автономній Республіці Крим, областях, містах Києві і Севастополі і державні податкові інспекції в містах з районним поділом (ст. 9 того ж Закону). Але механізм застосування фінансових санкцій за названі порушення виявився недостатньо чітким, тому Указом Президента України «Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 24 квітня 2003 року «Про реалізацію заходів щодо врегулювання обігу спирту, алкогольних напоїв і тютюнових виробів в Україні» [173] Кабінету Міністрів було доручено визначити механізм

застосування фінансових санкцій за порушення у сфері виробництва та обігу спирту, алкогольних напоїв та тютюнових виробів. На виконання цього Указу Кабінет Міністрів затвердив Порядок застосування фінансових санкцій, передбачених статтею 17 Закону «Про державне регулювання виробництва і обігу спирту етилового, коньячного і плодового, алкогольних напоїв та тютюнових виробів» [197]. Пункт 9 Порядку надає право застосування фінансових санкцій керівникам (за їх відсутності — заступникам) органу, який видав відповідну ліцензію, органів Міністерства внутрішніх справ, Міністерства охорони здоров'я, Державної податкової адміністрації, Держкомстату, Держспоживстандарту у межах їх компетенції, визначеної законодавством. Державні податкові інспекції в районах не названі тут як органи, що мають повноваження застосовувати фінансові санкції за порушення, передбачені ст. 17 Закону «Про державне регулювання виробництва і обігу спирта етилового, коньячного і плодового, алкогольних напоїв та тютюнових виробів». Незважаючи на це, державні податкові інспекції і після введення в дію названого Порядку зберегли право застосування фінансових санкцій за діяльність в сфері виробництва та обігу спирту, алкогольних напоїв та тютюнових виробів без наявності ліцензії. Цей висновок зроблено на підставі п. 4 ст. 10 Закону «Про державну податкову службу в Україні», що покладає на податкові інспекції в районах функцію здійснення контролю за наявністю ліцензій, п. 1 ст. 11 того ж Закону, що дає право державним податковим інспекціям в районах право перевіряти наявність ліцензій, та п. 7 тієї ж статті, що дає право державним податковим інспекціям в районах право застосовувати фінансові санкції. Як свідчить викладене, встановлення повноважних державних органів, що мають право застосовувати фінансові санкції, потребує достатньо глибокого аналізу законодавства. Тому в практиці часто зустрічаються випадки, коли державні органи, що не мають належних повноважень, незаконно застосовують до суб'єктів підприємницької діяльності адміністративно-господарські санкції. Непоодинокі і випадки прийняття судами неправильних рішень у зв'язку з помилками при визначенні наявності у відповідних державних органів повноваження на застосування фінансових санкцій. Усунення таких негативних явищ потребує як значного підвищення рівня формальної визначеності законодавчих актів, що встановлюють повноваження державних органів, так і підвищення професійного рівня посадових осіб, дисципліни в державному апараті, удосконалення здійснення правосуддя.

4. Строки застосування адміністративно-фінансових санкцій.

Стаття 250 ГК [20] стосовно всіх адміністративно-господарських санкцій встановлює строки, впродовж яких вони можуть застосовуватись. Граничний строк застосування таких санкцій не може перевищувати шести місяців з дня виявлення порушення і одного року з дня порушення суб'єктом господарської діяльності правил здійснення господарської діяльності. При цьому передбачається можливість встановлення законом інших строків. Стосовно порушень податкового законодавства спеціальні строки застосування штрафних санкцій (штрафів) не встановлено. Але ст. 15 Закону «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами і державними цільовими фондами» [110]

формулює низку правових конструкцій, що охоплюються терміном «строки давності». За винятками, які встановлені названою статтею та які не передбачають застосування строку давності (п. 15.1.2 ч. 15.1 ст. 15 згаданого Закону), податкове зобов'язання, в тому числі і штраф, може бути самостійно визначене податковим органом не пізніше закінчення 1095 дня, наступного за останнім днем граничного строку подання податкової декларації, а у разі, коли податкова декларація подана пізніше — впродовж 1095 дня після подання декларації. Якщо платник податків відмовився самостійно погасити нараховане податковим органом податкове зобов'язання, податковий борг, що виник у зв'язку з цим, може бути стягнутий впродовж наступних 1095 днів після узгодження податкового зобов'язання (днем узгодження при цьому буде вважатись день отримання платником податків податкового повідомлення, яким визначене податкове зобов'язання, або день отримання рішення за результатами апеляційного узгодження податкового зобов'язання).

В більшості випадків численні спеціальні закони, що встановлюють адміністративно-господарські санкції, не передбачають обмеження строків їх застосування. Тому у всіх таких випадках застосуванню підлягають строки, передбачені ст. 250 ГК. Зокрема, ці строки мають застосовуватись у разі застосування адміністративно-господарських санкцій за порушення правових норм, що регулюють порядок обігу готівкових грошових коштів, застосування реєстраторів розрахункових операцій, декларування валютних цінностей або майна, що знаходяться за кордоном, здійснення валютних операцій. Разом з тим, слід враховувати, що при здійсненні суб'єктами господарювання порушень, які тривають, порушення повинні вважатись такими, що здійснюються кожного дня протягом всього періоду триваючого порушення. Тому пеня за порушення строків розрахунків в іноземній валюті, передбачена Законом «Про порядок здійснення розрахунків в іноземній валюті» [56], може бути стягнута тільки за останні шість місяців до дня складання акту, яким зафіксовано виявлене порушення. За попередній період триваючого порушення пеня не може бути стягнута в зв'язку з пропуском шестимісячного строку, встановленого ст. 250 ГК. Якщо порушення і надалі триватиме, можливе стягнення пені і за цей період з дотриманням граничних строків, встановлених ст. 250 ГК.

Строки застосування адміністративно-господарських санкцій Господарським кодексом встановлені вперше стосовно багатьох видів правопорушень. Якщо правопорушення здійснене до 1 січня 2004 р., строки, встановлені ст. 250 ГК, відповідно до абзацу першого п. 5 Прикінцевих положень Господарського кодексу не підлягають застосуванню. Але абзац другий того ж пункту передбачає застосування положень Господарського кодексу, які пом'якшують відповідальність за порушення правил здійснення господарської діяльності, до випадків здійснення правопорушень до набрання чинності Господарським кодексом. Встановлення строків, впродовж яких можливе застосування до суб'єктів господарювання адміністративно-господарських санкцій, слід кваліфікувати як пом'якшення відповідальності, оскільки раніше такі строки зазвичай не були встановлені. Отже, строки застосування адміністративно-господарських санкцій, передбачені ст. 250 ГК, застосовуються і у випадках, коли порушення правил

здійснення господарської діяльності були допущені до введення в дію Господарського кодексу.

§ 2. Безоплатне вилучення прибутку (доходу)

1. Підстави вилучення прибутку (доходу) та застосування суміжних санкцій. Відповідно до ст. 240 ГК [20] прибуток (доход), одержаний суб'єктом господарювання внаслідок порушення встановлених законодавством правил здійснення господарської діяльності, а також суми прихованого (заниженого) прибутку (доходу) чи суми податку, несплаченого за прихований об'єкт оподаткування, підлягають вилученню в доход відповідного бюджету в порядку, встановленому законом. Крім того, даною статтею передбачено, що із суб'єкта господарювання стягується у випадках і порядку, визначених законом, штраф, але не більш як у подвійному розмірі вилученої суми, а у разі повторного порушення протягом року після застосування цієї санкції — у потрійному розмірі вилученої суми. Перелік порушень, за які до суб'єкта господарювання застосовуються санкції, передбачені цією статтею, а також порядок їх застосування визначаються законами.

2. Особливості застосування ст. 240 ГК. При застосуванні викладених правил слід враховувати як невисокий рівень юридичної техніки, що властивий ст. 240 ГК [20], так і невідповідність деяких положень цієї статті спеціальним законам. По-перше, ніякого загального переліку порушень, за які до суб'єктів господарювання застосовуються адміністративно-господарські санкції, передбачені ст. 240 ГК, не існувало і не існує. Численні закони встановлюють окремі порушення, щодо яких можуть застосовуватись адміністративно-господарські санкції у вигляді безоплатного вилучення прибутку (доходу). Деякі із них встановлюють декілька близьких за змістом порушень. Вони і є підставою для застосування адміністративно-господарських санкцій, про які йдеться. По-друге, положення ст. 240 ГК, що передбачають вилучення в доход відповідного бюджету сум прихованого (заниженого — звернемо в дужках увагу на те, що «прихований» і «занижений» об'єкти оподаткування — це антоніми. логічно вилучати до бюджетів «прихований» об'єкт оподаткування. Вилучення заниженого об'єкта оподаткування — це юридичний нонсенс, що свідчить про невисокий рівень правотворчої техніки, що не може не враховуватись при тлумаченні та застосуванні нормативно-правових актів) прибутку (доходу), сум податку за прихований об'єкт оподаткування, а також штрафів за заниження обсягу об'єкта оподаткування за заниження сум податку, застосуванню не підлягають, оскільки в таких випадках підлягає застосуванню спеціальний закон. Таким є ст. 17 Закону «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами і державними цільовими фондами» [110]. Частина 1 ст. 17 цього Закону встановлює, що штрафні санкції за порушення податкового законодавства (приховання чи заниження об'єкта оподаткування, безумовно, є порушенням податкового законодавства) накладаються на платників податків у розмірах, визначених цією статтею, крім штрафних санкцій за порушення валютного законодавства, що

встановлюються окремим законодавством. При цьому штрафна санкція (штраф) визначається як «плата у фіксованій сумі або у вигляді відсотків від суми податкового зобов'язання (без урахування пені та штрафних санкцій), яка справляється з платника податків у зв'язку з порушенням ним правил оподаткування, визначених відповідними законами» (п. 1.5 ст. 1 названого Закону).

Отже, ст. 240 ГК підлягає застосуванню лише в частині вилучення в доход відповідних бюджетів прибутку (доходу).

3. Стаття 240 ГК як положення непрямої дії. Ця стаття не передбачає прямо порушень, які є підставою для вилучення прибутку (доходу) в доход відповідного бюджету, а лише передбачає можливість встановлення спеціальними законами таких порушень. Крім того, передбачається (ч. 1, 2 ст. 240 ГК [20]) встановлення законом порядку застосування таких адміністративно-господарських санкцій. Нарешті, слід звернути увагу і на те, що ст. 240 ГК не передбачає застосування штрафу в подвійному і потрійному розмірі вилученої в доход бюджету суми, а лише встановлює верхню межу такого штрафу, розмір якого має встановлюватись законом.

4. Щодо окремих законів, які передбачають вилучення до бюджетів прибутку (доходу). Законами може встановлюватись можливість вилучення до бюджетів прибутку, доходу (виручки від реалізації товарів, робіт, послуг) чи їх частини. Але слід враховувати, що на цей час вилучення прибутку (доходу) чи його частини в спеціальних законах позначається, за загальним правилом, як штраф. Є, однак, і винятки. Так, ст. 19 Закону «Про природні монополії» [103] передбачає вилучення до Державного бюджету України прибутку, одержаного суб'єктами природних монополій у результаті порушення цього Закону у судовому порядку.

§ 3. Адміністративно-господарський штраф

1. Поняття адміністративно-господарського штрафу. Стаття 241 ГК [20] визначає адміністративно-господарський штраф як грошову суму, що сплачується суб'єктом господарювання до відповідного бюджету у разі порушення ним встановлених правил здійснення господарської діяльності. Перелік порушень, за які з суб'єкта господарювання стягується штраф, розмір і порядок його стягнення визначаються законодавчими актами, що регулюють податкові та інші відносини, в яких допущено правопорушення. Крім того, така адміністративно-господарська санкція може застосовуватися у визначених законом випадках поряд з іншими адміністративно-господарськими санкціями, передбаченими ст. 239 ГК.

2. Особливості застосування статті 241 ГК. Ця стаття правових норм прямої дії не формулює. Визначення поняття адміністративно-господарського штрафу може бути застосоване при тлумаченні відповідних положень спеціальних законів. Але до податкових правовідносин не може застосовуватись і визначення поняття адміністративно-господарського штрафу, оскільки в цій сфері застосовується поняття штрафної санкції (штрафу), яке визначене в п. 1.5

Закону «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами і державними цільовими фондами» [110].

3. Адміністративно-господарські штрафи, встановлені спеціальними законами. На цей час є чинними численні положення спеціальних законів, які встановлюють адміністративно-господарські штрафи. До них належать наступні закони: 1) «Про застосування реєстраторів розрахункових операцій у сфері торгівлі, громадського харчування та послуг» [107]; 2) «Про відповідальність підприємств, установ та організацій за порушення законодавства про ветеринарну медицину»; 3) «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами» [110]; 4) «Про державну податкову службу в Україні» [54]; 5) «Про відповідальність підприємств, їх об'єднань, установ та організацій за правопорушення у сфері містобудування» [57]; 6) «Про зайнятість населення» [26]; 7) «Про державне регулювання виробництва і обігу спирту етилового, коньячного і плодового, алкогольних напоїв та тютюнових виробів» [64]; 8) «Про охорону культурної спадщини» [108]; 9) «Про природні монополії» [103]; 10) «Про державне регулювання ринку цінних паперів» [71]; 11) «Про електроенергетику» [81]; 12) «Про захист від недобросовісної конкуренції» [69]; 13) «Про ціни і ціноутворення» [22]; 14) «Про державне регулювання виробництва і реалізації цукру» [94]; 15) «Про патентування деяких видів підприємницької діяльності» [67]; 16) «Про рекламу» [143]; 17) «Про захист прав споживачів» [51]; 18) «Про приватизацію невеликих державних підприємств (малу приватизацію)» [68]; 19) «Про приватизацію державного майна» [75]; 20) «Про Єдиний митний тариф» [36]; 21) «Про державний матеріальний резерв» [73]; 22) «Про авторське право і суміжні права» [119]; 23) «Про охорону прав на топографії інтегральних мікросхем» [82]; 24) «Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення» [55]; 25) «Про державне регулювання видобутку, виробництва і використання дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння та контроль за операціями з ними» [83]; 26) «Про банки і банківську діяльність» [109]; 27) «Про Національний банк України» [93].

Адміністративно-господарські санкції встановлені також Декретами Кабінету Міністрів «Про систему валютного регулювання і валютного контролю» [155], «Про державний нагляд за додержанням стандартів, норм і правил та відповідальність за їх порушення» [157]. Застосуванню підлягають також укази Президента України, що були прийняті відповідно до п. 4 Перехідних положень Конституції України та передбачають сплату адміністративно-господарських штрафів. Це такі укази, як «Про застосування фінансових санкцій за порушення норм з регулювання обігу готівки» [171], «Про врегулювання порядку одержання резидентами кредитів, позик в іноземній валюті від нерезидентів та застосування штрафних санкцій за порушення валютного законодавства» [167]. Підлягають застосуванню адміністративно-господарські штрафи, що встановлені актами Кабінету Міністрів України, Національного банку України, центральних органів виконавчої влади в силу повноваження, наданого таким органам спеціальним законом. Йдеться, зокрема, про штрафи, встановлені Положенням про застосування Національним банком України до банків та інших фінансово-кредитних установ заходів впливу за порушення банківського законодавства [229],

Положенням про порядок встановлення розмірів та накладення штрафів на підприємства, установи і організації, які здійснюють діяльність у сфері використання ядерної енергії, у разі порушення ними норм, правил та стандартів безпеки або умов дозволів на ведення робіт [179], Положенням про валютний контроль [220] тощо.

В інших випадках адміністративно-господарські санкції встановлені підзаконними актами за відсутності у державного органу належного повноваження, що виключає їх застосування. Так, відповідно до п. 5 Порядку заповнення податкової накладної [207] за видачу фіктивної накладної сплачується штраф у розмірі подвійної суми отриманого податку на додану вартість, але не менше тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Ця адміністративно-господарська санкція встановлена за відсутності належного повноваження, а тому не може застосовуватись.

§ 4. Стягнення зборів (обов'язкових платежів)

1. Поняття стягнення зборів (обов'язкових платежів). Відповідно до ст. 242 ГК [20], якщо суб'єктом господарювання порушено встановлені правила обліку або звітності щодо сплати зборів (обов'язкових платежів) або допущена їх несплата чи неповна сплата, сума, яку належить сплатити, стягується до відповідного бюджету. Крім того, з суб'єкта господарювання у визначених законом випадках може бути стягнуто штраф у розмірі до 50 відсотків належної до сплати суми збору (обов'язкового платежу).

2. Особливості застосування ст. 242 ГК. Зміст ст. 242 ГК [20] свідчить про те, що ця стаття підлягає застосуванню до податкових відносин. Відповідно до частини третьої ст. 1 Закону «Про систему оподаткування» [74] ставки, механізм стягнення податків і зборів (обов'язкових платежів) не можуть встановлюватись іншими законами України, крім законів про оподаткування. Звідси не можна робити такий висновок, що не підлягають застосуванню неподаткові закони, що встановлюють, зокрема, механізм стягнення податків і зборів. Що стосується ж відповідальності за порушення податкових законів, то її платники податків несуть згідно з законами України, тобто, не обов'язково — податковими. Отже, Закон «Про систему оподаткування» не перешкоджає, в принципі, встановленню в Господарському кодексі положень, що стосуються механізму стягнення з суб'єктів господарювання зборів (обов'язкових платежів) та розміру адміністративно-господарських штрафів. Цьому перешкоджає наявність спеціальних правил про механізм стягнення податків, зборів (обов'язкових платежів) в Законі «Про порядок погашення платниками податків зобов'язань перед бюджетами і державними цільовими фондами» [110], яким встановлюється механізм стягнення до бюджетів та державних цільових фондів своєчасно не сплачених податків і зборів (обов'язкових платежів) та розміри штрафних санкцій (штрафів) за несплату податків і зборів (обов'язкових платежів).

Для правозастосування має значення також і та обставина, що в ст. 242 ГК йдеться тільки про стягнення зборів (обов'язкових платежів) і про відповідаль-

ність суб'єктів господарювання за їх несплату. Закон «Про систему оподаткування» вживає терміни «податки», «збори (обов'язкові платежі)». При цьому не встановлюється чіткого розмежування та не передбачається особливостей правового режиму для податків, з одного боку, та зборів (обов'язкових платежів), — з іншого. Але ж в актах податкового законодавства окремо про збори (обов'язкові платежі) мова ведеться тільки тоді, коли маються на увазі лише окремі види зборів (обов'язкових платежів).

§ 5. Зупинення операцій за рахунками суб'єкта господарювання

1. Підстави зупинення операцій за рахунками суб'єктів господарювання. Відповідно до ст. 243 ГК [20] у разі відмови органів управління або посадових осіб суб'єкта господарювання у проведенні документальної перевірки чи у допуску працівників податкових органів для обстеження приміщень, що використовуються для здійснення господарської діяльності, ненадання податковим та іншим органам чи їх посадовим особам встановленої законом звітності, розрахунків, декларацій чи інших документів, пов'язаних з обчисленням та сплатою податків, зборів (обов'язкових платежів), операції цього суб'єкта за його рахунками в установах банку зупиняються. Порядок і строки зупинення операцій суб'єктів господарювання за їх рахунками визначаються законом.

2. Нормативна основа зупинення операцій за рахунками суб'єкта господарювання. Слід враховувати, що із ст. 11 Закону «Про державну податкову службу в Україні» [54] виключено п. 5, який передбачав зупинення операцій за рахунками суб'єкта господарювання та встановлював підстави зупинення. Втратив чинність також Указ Президента України «Про заходи щодо підвищення відповідальності за розрахунки з бюджетами та державними цільовими фондами», що передбачав таку адміністративно-господарську санкцію, як зупинення операцій за рахунками суб'єктів господарювання. Але це не означає, що не існує закону, про який йдеться у ч. 2 ст. 243 ГК [20] та який визначав би порядок і строки зупинення операцій суб'єктів господарювання за їх рахунками. Зупинення операцій за рахунками суб'єкта господарювання охоплюється більш широким поняттям адміністративного арешту активів, яке введено в нормативний обіг ст. 9 Закону «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами і державними цільовими фондами» [110].

Зміст арешту активів полягає у забороні вчиняти платником податків будь-які дії щодо своїх активів, які підлягають такому арешту, крім дій з їх охорони, зберігання та підтримання у належному функціональному та якісному стані. Арешт може бути накладеним на будь-які активи юридичної особи, а для фізичної особи — на будь-які її активи, крім тих, що не підлягають арешту згідно із законодавством. Щодо рахунків суб'єкта господарювання в банках арешт активів означає зупинення активних операцій за рахунками такого платника податків, крім операцій з погашення податкових зобов'язань та податкового боргу, сплати боргу за виконавчими документами або за задоволеними претен-

зіями у порядку досудового врегулювання спорів, якщо такі виконавчі документи або претензії набули юридичної сили до моменту виникнення права податкової застави.

3. Підстави зупинення операцій за рахунками суб'єкта господарювання визначаються п. 9.1.2 ч. 9.1 ст. 9 Закону «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами і державними цільовими фондами» [110]. Такими є: 1) порушення платником податків порядку відчуження об'єктів, що знаходяться у податковій заставі; 2) визнання платника податків, який отримав податкове повідомлення або має податковий борг, неплатоспроможним за зобов'язаннями, іншими ніж податкові, крім випадків, коли стосовно такого платника податків запроваджено мораторій на задоволення вимог кредиторів у зв'язку з порушенням щодо нього провадження у справі про банкрутство; 3) відмова платника податків від проведення документальної перевірки за наявності законних підстав для її проведення або від допуску посадових осіб податкового органу до обстеження приміщень, що використовуються для одержання доходів або пов'язані з отриманням інших об'єктів оподаткування, до електронних контрольно-касових апаратів, комп'ютерних систем, що застосовуються для розрахунків за готівку або з використанням карток платіжних систем, вагокасових комплексів, систем та засобів штрихового кодування; 4) відсутність свідоцтва про державну реєстрацію суб'єктів підприємницької діяльності, спеціальних дозволів (ліцензій) на здійснення підприємницької діяльності, торгових патентів, сертифікатів відповідності електронних контрольно-касових апаратів, комп'ютерних систем; 5) відсутність реєстрації особи як платника податків в органі державної податкової служби, якщо така реєстрація є обов'язковою відповідно до закону, або коли платник податків, що отримав податкове повідомлення або має податковий борг, здійснює дії з переведення активів за межі України, їх приховування або передачі іншим особам.

На зупинення операцій за рахунками суб'єкта господарювання поширюється поділ адміністративного арешту активів на повний та умовний. Повним арештом активів визнається виключна заборона платнику податків на реалізацію прав розпорядження або користування його активами. Умовним арештом активів визнається обмеження платника податків щодо реалізації прав власності на такі активи, яке полягає в обов'язковому попередньому отриманні дозволу керівника відповідного податкового органу на здійснення будь-якої операції платника податків з такими активами. Зазначений дозвіл може бути наданий керівником податкового органу, якщо за висновком податкового керуючого здійснення окремої операції платником податків не призведе до збільшення його податкового боргу або до зменшення ймовірності його погашення.

4. Порядок та строки зупинення операцій за рахунками суб'єкта господарювання. Право зупинення операцій за рахунками надається органам державної податкової служби. За поданням відповідного органу податкової міліції керівник податкового органу (його заступник) приймає рішення про адміністративний арешт активів суб'єкта господарювання. Це рішення надсилається банку з вимогою про зупинення операцій за рахунками. Арешт може бути

накладено на активи строком до 96 годин від години підписання відповідного рішення керівником податкового органу (його заступником). Керівник відповідного податкового органу (його заступник) має право звернутися до суду з поданням про продовження строку арешту активів платника податків за наявності достатніх підстав вважати, що звільнення активів з-під адміністративного арешту може загрожувати їх зникненням або знищенням, а суд повинен прийняти відповідне рішення протягом 48 годин від моменту отримання зазначеного звернення.

Строки арешту активів встановлюються рішенням суду.

§ 6. Застосування антидемпінгових заходів

1. Підстави застосування антидемпінгових заходів. Згідно із ст. 243 ГК [20] у разі здійснення окремими учасниками господарських відносин зовнішньоекономічної діяльності, пов'язаної з одержанням незаконної переваги на ринку України (здійснення демпінгового імпорту, субсидованого імпорту, а також інших дій, які визначаються законом як недобросовісна конкуренція, що завдало шкоди економіці України або спричинило загрозу виникнення такої шкоди, до цих учасників відносин можуть бути застосовані антидемпінгові, компенсаційні або спеціальні заходи відповідно до закону. Порядок визначення розміру шкоди (загрози шкоди) економіці України та застосування заходів, зазначених у цій статті, встановлюється Кабінетом Міністрів України відповідно до закону.

Зазначена стаття передбачає застосування не тільки антидемпінгових, але й компенсаційних і спеціальних заходів за дії, що визнані недобросовісною конкуренцією при здійсненні зовнішньоекономічної діяльності. За результатами антидемпінгового, антисубсидійного або спеціального розслідування відповідно до законів України приймається рішення про застосування антидемпінгових, компенсаційних або спеціальних заходів.

2. Види антидемпінгових заходів. Згідно із Законом «Про захист національного виробника від демпінгового імпорту» [87] під антидемпінговими заходами розуміються попередні або остаточні заходи, що застосовуються за результатами антидемпінгового розслідування. Антидемпінгове мито — це особливий вид мита, що справляється в разі ввезення в Україну товару, який є об'єктом застосування антидемпінгових заходів. Товар вважається об'єктом демпінгу, якщо в Україні його експортна ціна є нижчою від порівняльної ціни на подібний товар у країні експорту в звичайних торговельних операціях.

Відповідно до названого Закону субсидований імпорт — це ввезення на митну територію країни імпорту товару, що користується пільгами від субсидії, яка надається для виробництва, переробки, транспортування або експорту такого товару. Під компенсаційними заходами в цьому Законі розуміються попередні або остаточні заходи, що застосовуються відповідно до закону під час або за результатами антисубсидійного розслідування. Компенсаційне мито — це особливий вид мита, яке справляється у разі ввезення на територію України товару, що є об'єктом застосування компенсаційних заходів.

Називаним Законом з метою введення механізмів захисту інтересів національного товаровиробника регулюються засади та порядок порушення і провадження спеціальних розслідувань фактів зростання імпорту в Україну, що завдає шкоди або погрожує завданням шкоди національному товаровиробнику, за результатами яких можуть бути застосовані спеціальні заходи.

§ 7. Адміністративно-господарські санкції за порушення у сфері зовнішньоекономічної діяльності

1. Припинення експортно-імпортних операцій як вид адміністративно-господарських санкцій передбачається ст. 244 ГК [20]. Згідно із ст. 37 Закону «Про зовнішньоекономічну діяльність» [28] за порушення цього Закону або пов'язаних з ним законів до суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності можуть застосовуватися відповідні санкції. Так, зокрема, відповідно до Положення про порядок застосування до суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності України та іноземних суб'єктів господарської діяльності спеціальних санкцій, передбачених ст. 37 Закону «Про зовнішньоекономічну діяльність» [221], тимчасове зупинення зовнішньоекономічної діяльності щодо українських та іноземних суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності передбачає позбавлення права займатися всіма видами зовнішньоекономічної діяльності, передбаченими ст. 4 названого Закону, за відповідними винятками

2. Індивідуальний режим ліцензування. Індивідуальний режим ліцензування зовнішньоекономічної діяльності українських та іноземних суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності передбачає здійснення Мінекономіки України індивідуального ліцензування кожної окремої зовнішньоекономічної операції певного виду зовнішньоекономічної діяльності. З метою контролю за зовнішньоекономічною діяльністю суб'єктів такої діяльності Мінекономіки України вправі оформлювати разові (індивідуальні) ліцензії, яка є підставою для здійснення зовнішньоекономічних операцій суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності. Порядок застосування індивідуального режиму ліцензування визначається п. 2.1; 2.2 Положення про порядок застосування до суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності України та іноземних суб'єктів господарської діяльності спеціальних санкцій, передбачених ст. 37 Закону «Про зовнішньоекономічну діяльність» [221].

§ 8. Обмеження та зупинення діяльності суб'єктів господарювання

1. Підстави для обмеження та зупинення діяльності суб'єктів господарювання. Частина 1 ст. 246 ГК [20] формулює правило, що забороняє здійснення будь-якої господарської діяльності, що загрожує життю і здоров'ю людей або становить підвищену небезпеку для довкілля. Це правило є загальним, а тому підлягає застосуванню лише у випадках, коли воно не суперечить положенням спеціальних законів. Спеціальні закони допускають, наприклад,

господарську діяльність у сфері ядерної енергетики, підвищена небезпека якої для людей і довкілля є очевидною і підтверджується національним досвідом.

2. Порядок обмеження та зупинення діяльності суб'єктів господарювання. На цей час є чинною Постанова Верховної Ради, якою затверджено Порядок обмеження, тимчасової заборони (зупинки) чи припинення діяльності підприємств, установ, організацій і об'єктів у разі порушення ними законодавства про охорону навколишнього середовища [162]. Цим Порядком передбачається, що відповідні рішення приймають у межах компетенції Кабінет Міністрів, Верховна Рада Автономної Республіки Крим, місцеві органи виконавчої влади, Міністерство охорони навколишнього природного середовища України та органи на місцях, органи державного санітарно-епідеміологічного нагляду, інші спеціально уповноважені державні органи та органи місцевого самоврядування в межах свої компетенції.

Зберігає чинність Положення про порядок тимчасового припинення діяльності підприємств сфери торгівлі, громадського харчування і послуг, які систематично реалізують недоброякісні товари, порушують правила торгівлі та надання послуг, умови зберігання і транспортування товарів, що затверджене постановою Верховної Ради.

§ 9. Зупинення дії та анулювання ліцензії

1. Загальні положення. Господарський кодекс [20] не регламентує відносин з приводу зупинення ліцензії, але застосування цієї адміністративно-господарської санкції передбачено іншими законодавчими та підзаконними актами. Така адміністративно-господарська санкція передбачена законами «Про аудиторську діяльність» [45] (неналежне виконання обов'язків аудитора тягне за собою зупинення відповідної ліцензії на строк до одного року), «Про електроенергетику» [81], а також «Порядком застосування санкцій за порушення законодавства про електроенергетику» [194].

2. Анулювання ліцензії (патенту) на здійснення суб'єктом господарювання окремих видів господарської діяльності. Зазначена адміністративно-господарська санкція передбачена Законом «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» [106]. Під нею розуміється позбавлення ліцензіата органом ліцензування права на провадження певного виду господарської діяльності за наявності однієї із таких підстав: 1) акт про повторне порушення ліцензіатом ліцензійних умов; 2) рішення про скасування державної реєстрації суб'єкта; 3) акт про виявлення недостовірних відомостей у документах, поданих суб'єктом господарювання для одержання ліцензії; 4) акт про встановлення факту передачі ліцензії або її копій іншій юридичній особі або фізичній особі для провадження господарської діяльності; 5) акт про встановлення факту неподання в установленний строк повідомлення про зміну даних, зазначених у документах, що додавалися до заяви про видачу ліцензії; 6) акт про невиконання розпорядження про усунення порушень ліцензійних умов;

7) неможливість ліцензіата забезпечити виконання ліцензійних умов, установлених для певного виду господарської діяльності.

§ 10. Скасування державної реєстрації та ліквідація суб'єкта господарювання

1. Підстава скасування державної реєстрації. Частина 1 ст. 59 ГК [20] передбачає можливість ліквідації юридичної особи за рішенням суду у випадках, встановлених цим Кодексом. Стаття 247 ГК встановлює таку адміністративно-господарську санкцію як скасування державної реєстрації та ліквідація суб'єкта господарювання. Підставою для прийняття судом рішення про скасування державної реєстрації та ліквідацію суб'єкта господарювання є здійснення ним діяльності, що суперечить закону чи установчим документам. Така ж підстава передбачена абзацем третім ч. 2 ст. 38 Закону «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців» [133].

Немає підстав відносити до адміністративно-господарських санкцій визнання судом недійсною державної реєстрації юридичної особи через допущені при її створенні порушення, які не можна усунути, як це передбачено п. 2 ч. 1 ст. 110 ЦК [19] та абзацем другим ч. 2 ст. 38 Закону «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців». Підкреслимо, що в такому випадку судом має прийматись рішення саме про визнання недійсною державної реєстрації суб'єкта господарювання та його ліквідацію.

Не належить до категорії адміністративно-господарських санкцій прийняття судом рішення про ліквідацію юридичної особи з підстав, встановлених ч. 2 ст. 38 Закону «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців» (крім тих, про які йшлося вище). Це такі підстави, як невідповідність мінімального розміру статутного капіталу юридичної особи вимогам закону, ненадання протягом року органам державної податкової служби податкових декларацій, документів фінансової звітності відповідно до закону, наявність в Єдиному державному реєстрі юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців запису про відсутність юридичної особи за вказаним її місцезнаходженням.

Відповідно до названого Закону в таких випадках має прийматись рішення про ліквідацію (припинення шляхом ліквідації) юридичної особи (суб'єкта господарювання). Отже, і у позовній заяві має ставитись як раз така вимога (про скасування державної реєстрації вимога не може ставитись, оскільки пред'явлення такої вимоги є можливим лише у випадках, передбачених ст. 247 ГК).

2. Органи, що мають право звертатись до суду з заявою про скасування державної реєстрації та про ліквідацію суб'єкта господарювання. Відповідно до ч. 2 ст. 110 ЦК [19] вимога про ліквідацію юридичної особи (а отже, — і про скасування державної реєстрації) може бути пред'явлена органам, що здійснює державну реєстрацію. Та обставина, що ст. 6 Закону «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців» [133], що визначає компетенцію державного реєстратора, не вказує на його право

звертатись з такими позовами, не виключає наявності у нього такого права, оскільки воно надається органів державної реєстрації ч. 2 ст. 110 ЦК.

Відповідно до п. 17 ст. 11 Закону «Про державну податкову службу в Україні» [54] повноваження звертатися до суду з позовною заявою про скасування державної реєстрації та ліквідацію суб'єкта господарювання з підстав, що передбачені ст. 247 ГК, надане органам державної податкової служби. Проте, вони не можуть звертатися з такими позовами у випадках невідповідності мінімального розміру статутного капіталу вимогам закону, ненадання податкових декларацій та фінансової звітності, наявності в Єдиному державному реєстрі юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців запису про відсутність суб'єкта господарювання за вказаним місцезнаходженням, оскільки в таких випадках законом не передбачається пред'явлення вимоги про скасування державної реєстрації, а органи державної податкової служби мають повноваження тільки на пред'явлення такої вимоги, а одночасне пред'явлення вимоги про ліквідацію суб'єкта господарювання лише впливає із права на пред'явлення позову про скасування державної реєстрації суб'єкта господарювання. Окреме пред'явлення органом державної податкової служби вимоги про ліквідацію суб'єкта господарювання законом не передбачене.

Глава 13

Прикінцеві та перехідні положення

1. Співвідношення Цивільного і Господарського кодексів із раніше чинними актами цивільного законодавства. Складовою частиною будь-якого значного за обсягом законодавчого акта є його прикінцеві та перехідні положення. Нові законодавчі акти, як правило, приймаються і мають на меті регулювати правовідносини, що виникли після введення їх в дію, якщо їм не надано зворотної сили. Тому для практиків завжди буде цікавим, як має співвідноситись новий законодавчий акт з раніше чинними актами та чи передбачаються в ньому особливості його застосування до правовідносин, що виникли до введення його в дію.

З 1 січня 2004 р. набрали чинності Цивільний [19] та Господарський кодекси [20]. Для повноцінного застосування зазначених кодексів має дуже важливе значення те, як окреслено в перехідних та прикінцевих положеннях цих нормативних актів межі їх застосування. На наш погляд, елемент очікуваності і сподівань та реальне сприйняття не завжди збігатимуться.

Очікувалось, що у зазначених актах буде визначено місце кожного законодавчого акту, викладено розуміння і особливості співвідношення Цивільного і Господарського кодексів, а стосовно інших законодавчих актів, що діяли до введення цих кодексів буде визначена їх доля.

Не можна сказати, що законодавець цього не намагався вирішити. Так, у п. 2 Прикінцевих та перехідних положень Цивільного кодексу вказується на визнання такими, що втратили чинність з 1 січня 2004 р., Цивільного кодексу Української РСР від 18 липня 1963 р., Закону Української РСР «Про затвердження Цивільного кодексу Української РСР» та окремих статей Указу Президії Верховної Ради Української РСР від 9 грудня 1963 р. «Про порядок введення в дію Цивільного і Цивільно процесуального кодексів Української РСР»

Проте такий короткий перелік не дає повної картини щодо дії законодавчих актів, які не визнані такими, що втратили чинність, і викликає невпевненість у правозастосовчій діяльності, що створює труднощі у захисті прав громадян та інших суб'єктів цивільного права, оскільки без аналізу правових норм чинного законодавства у кожному конкретному випадку та їх тлумачення неможливо прийняти обґрунтоване, законне і справедливе рішення.

Пункт 3 Прикінцевих та перехідних положень, де визначається завдання Кабінету Міністрів України підготувати та подати на розгляд Верховної Ради України до 1 квітня 2003 р. законодавчі акти, є певним виходом із складної ситуації, що склалася, однак, наскільки він став ефективним, ми бачимо уже сьогодні. Таке законодавче вирішення практично роз'єднало цілісний законодавчий акт, яким раніше був Цивільний кодекс і викликало невпевненість у правозастосовчій діяльності щодо дії законодавчих актів, які регулюють подібні правовідносини. Закладено незручності у користуванні цим законодавчим актом, оскільки повного переліку інших законодавчих актів, що втратили чинність, не наводиться.

Зважаючи на те, що процес кодифікації постійно вдосконалюється і цивільне законодавство, можливо, буде ідеальним, але пізніше, бажано було б, щоб законодавець використав наприклад, таку формулу, як у законах, прийнятих після прийняття Цивільного і Господарського кодексів, у яких містяться застереження про те, що закони і інші нормативно-правові акти, прийняті до набрання чинності відповідним законом, діють у частині, що не суперечить новому закону (п. 2 розділу VI «Прикінцеві положення» Закону України «Про іпотеку» [137]; п. 2 розділу IX «Прикінцеві і перехідні положення» Закону України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень» [147]; ч. 2 ст. 19 Закону України «Про фінансовий лізинг» [149] тощо).

Не можна сказати щось більш позитивне і про стиль формулювання Прикінцевих положень Господарського кодексу, оскільки за такою ж формулою визнано такими, що втратили чинність з 1 січня 2004 р. лише Закон «Про підприємництво» (крім ст. 4), та Закон «Про підприємства в Україні».

Тому численні закони, що формулюють спеціальні правові норми, зберегли чинність і після введення в дію Цивільного та Господарського кодексів. Зокрема, зберегли чинність положення Закону «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг», що допускають надання грошових коштів у позику з метою отримання прибутку лише фінансовими установами. У зв'язку з цим положення ст. 536 ЦК про проценти за користування чужими коштами, ст. 558 ЦК про платність послуг поручителя, ст. 737 ЦК про можливість передання грошових коштів під виплату ренти, ст. 1077 ЦК, що дає право на здійснення діяльності щодо набуття прав грошових вимог з метою отримання прибутку, підлягають застосуванню у частині, що не суперечить названому закону.

Після прийняття Цивільного та Господарського кодексів Верховна Рада прийняла низку законів, якими встановлюється, що раніше прийняті закони (це стосується також Цивільного і Господарського кодексів) підлягають застосуванню у частині, в якій вони не суперечать новим законам. Такі положення включені до законів «Про іпотеку» (п. 2 розділу VI «Прикінцеві положення»), «Про фермерське господарство» (ч. 4 ст. 38), «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень» (п. 2 розділу IX «Прикінцеві та перехідні положення»), «Про фінансовий лізинг» (ч. 2 ст. 19) тощо. Положення цих законів підлягають переважному застосуванню перед нормами, сформульованими, зокрема, в Цивільному та Господарському кодексах.

Незважаючи на викладене, після набрання чинності Цивільним та Господарським кодексами, які у великій мірі інакше регулюють цивільні відносини, ніж вони раніше регулювалися Цивільним кодексом УРСР і іншими актами цивільного законодавства, одним з важливих завдань при розгляді цивільних справ є забезпечення чіткого розмежування у кожній справі відносин, до яких застосовуються норми цих кодексів, від відносин, врегульованих актами цивільного законодавства, що були прийняті раніше. Ці питання мають визначитися виходячи із Прикінцевих та перехідних положень Цивільного кодексу та Прикінцевих положень Господарського кодексу.

Загальним правилом є те, що Цивільний кодекс України застосовується до цивільних відносин, що виникли після набрання чинності цим Кодексом, тобто після 31 грудня 2003 р. Щодо цивільних відносин, що виникли до 1 січня 2004 р., з якого Цивільний кодекс набрав чинності, його положення застосовуються до тих прав і обов'язків, що виникли або продовжують існувати після набрання ним чинності. При цьому мається на увазі, що факт виникнення прав і обов'язків та їх наявності на 1 січня 2004 р. визначається відповідно до норм чинного на той час цивільного законодавства (п. 4 Прикінцевих та перехідних положень Кодексу).

2. Питання спадкового права. Важливим є п. 5 «Прикінцевих та перехідних положень» Цивільного кодексу [19], де зазначається, що правила книги шостої Цивільного кодексу про спадкове право застосовуються також до спадщини, яка відкрилась до 1 січня 2004 р. і до 31 грудня 2003 р. не була прийнята ніким із спадкоємців у порядку, передбаченому чинним на той час законодавством, в тому числі, коли спадщина не перейшла до держави. За змістом цієї норми не виключається можливість встановлення судом факту прийняття спадщини до 1 січня 2004 р., а в тих випадках, коли до 1 січня 2004 р. строк на прийняття спадщини був пропущений з поважних причин, суд за позовом спадкоємця може визначити йому додатковий строк на прийняття спадщини згідно з ст. 1272 ЦК.

У зазначеному пункті йде мова про нові правовідносини, які виникли після 1 січня 2004 р. на підставі ст. 1277 ЦК про відумерле майно. Проте ця стаття може застосовуватись також до спадщини, від дня відкриття якої до набрання чинності Цивільним кодексом сплило не менше одного року. Маються на увазі випадки, коли спадщина відкрилась до 1 січня 2003 р., але не була прийнята за відсутності спадкоємців за заповітом і законом, або в зв'язку з усуненням спадкоємців від права на спадкування чи неприйняттям ними спадщини, відмови від неї, а також у разі, коли спадщина не перейшла до держави.

Зміст п. 5 Прикінцевих і перехідних положень є новим і породжує запитання про те, як сьогодні практично вирішувати правовий конфлікт, що впливає із ст. 1277 ЦК, оскільки ця норма є спеціальною нормою, яка надає зазначеній статті зворотньої сили. Крім того, питання переходу спадщини до спадкоємців в тому числі і до держави за Цивільним процесуальним кодексом вирішувались як в позовному так і в окремому провадженні.

Вирішення заяви про відумерлість майна в чинному Цивільному процесуальному кодексі [7] не передбачене, тому у суду виникають труднощі у визначенні виду провадження, в якому має вирішуватись це питання.

За новим Цивільним процесуальним кодексом [21] ця категорія справ віднесена до окремого провадження. Вирішуючи конфлікт до введення в дію Цивільного процесуального кодексу, суди можуть розглядати такі справи в окремому провадженні, а в разі виникнення спору про право — в порядку позовного провадження.

3. Позовна давність. Загальна позовна давність передбачає можливість пред'явлення позовів на протязі трьох років з моменту порушення права або охоронюваного інтересу. Це правило повторює відповідне положення Цивільного кодексу Української РСР. Але правила Цивільного кодексу 2003 р. [19] про

спеціальну позовну давність значною мірою є новими. У зв'язку з цим виникає питання про застосування положень Цивільного кодексу 2003 р. до правовідносин, в межах яких у особи виникло право на захист до введення в дію цього Кодексу. До цивільних відносин, що виникли до 1 січня 2004 р., відповідно до п. 6 Прикінцевих та перехідних положень Цивільного кодексу застосовуються правила Цивільного кодексу 2003 р. про позовну давність за умови, що до 1 січня 2004 р. не сплив строк на пред'явлення позову, встановлений як Цивільним кодексом Української РСР, так і іншими актами законодавства, що діяли раніше та втратили чинність у відповідній частині в зв'язку з введенням дію Цивільного кодексу 2003 р. В разі відсутності зазначених умов слід виходити із законодавства, яке було чинним на час виникнення правовідносин.

До позовів про визнання заперечуваного правочину недійсним і про застосування наслідків недійсності нікчемного правочину, право на пред'явлення якого виникло до 1 січня 2004 р., застосовується позовна давність, встановлена для відповідних позовів законодавством, що діяло раніше.

При цьому слід враховувати процесуальні за своєю галузевою належністю правила Цивільного кодексу про те, що суд може застосовувати наслідки недійсності нікчемного правочину з власної ініціативи (ч. 5 ст. 216) та що заява про захист цивільного права або інтересу має бути прийнята судом до розгляду незалежно від спливу строку давності (ч. 2 ст. 267). Тому відповідно до ст. 3 ЦПК застосування цих правил судом при розгляді цивільної справи не пов'язано з часом виникнення права на позов.

Важливим є новий інститут набувальної давності, на який зазначається в п. 8 Прикінцевих та перехідних положень Цивільного кодексу. Дія встановленого ст. 344 ЦК правила про виникнення права власності за набувальною давністю на чуже майно, яким особа добросовісно заволоділа і продовжує відкрито і безперервно володіти, поширюється на випадки такого володіння до 1 січня 2004 р. лише в тому разі, коли володіння почалося за три роки до цієї дати. За змістом зазначеної ст. 344 є підстави вважати, що фактично йдеться про термін не менш як три роки, тобто з 1 січня 2001 року або пізніше.

Цікаво, що Земельним кодексом [17], що набрав чинності з 1 січня 2002 р. також введено поняття (набувальна давність) набуття права на земельну ділянку за давністю користування. Проте, у Земельному кодексі нічого не сказано про зворотню дію цієї норми і нічого не згадується про це у перехідних чи прикінцевих положеннях цього Кодексу. Тому можна зробити висновок, що ці правовідносини із введенням Земельного кодексу діяли на майбутнє, тобто з 1 січня 2002 р. Із введенням в дію Цивільного кодексу та, зокрема, п. 8 Перехідних та прикінцевих положень виникає питання, з якого часу необхідно обраховувати термін користування земельною ділянкою для того, щоб отримати її з підстав, передбачених ст. 119 Земельного кодексу з 1 січня 2002 р., з 1 січня 2001 р. чи на протязі п'ятнадцяти років до 1 січня 2002 р. Видається, що найбільш правильним буде такий підхід, коли буде враховано вимоги Цивільного кодексу і термін буде обраховуватись з 1 січня 2001 р., оскільки термін протягом 15 років до 1 січня 2002 р. є сумнівним. Адже у попередніх Земельних кодексах діяла норма про заборону використання земельної ділянки без відведення її в натурі на місцевості

землепорядними органами. Крім того діяла норма про самовільне захоплення земельної ділянки. І самовільне захоплення земельної ділянки не породжувало право власності чи право користування такою земельною ділянкою.

4. Договірні правовідносини. Зміст пунктів 9 та 10 Прикінцевих та перехідних положень Цивільного кодексу [19] стосується застосування цього Кодексу до договірних відносин. До договорів, що були укладені до 1 січня 2004 р. і продовжують діяти після набрання чинності Цивільним кодексом 2003 р., мають застосовуватися правила Кодексу щодо підстав, порядку і наслідків зміни або розірвання договорів окремих видів, незалежно від дати їх укладення. Оскільки про питання недійсності договорів нічого не зазначено, то слід розуміти, що тут мають застосовуватися правила Кодексу, що діяв на момент укладення такого договору.

Відповідальність за договорами, що укладені до 1 січня 2004 р., на підставі Цивільного кодексу 2003 р. наступає лише за умови, що відповідні порушення допущено після набрання чинності цим Кодексом і договором не була встановлена інша відповідальність.

Пунктом 5 Прикінцевих положень Господарського кодексу [20] встановлюється, що правила цього Кодексу про відповідальність за порушення порядку здійснення господарської діяльності, а також за порушення господарських зобов'язань застосовується у разі, якщо ці порушення були вчинені після набрання чинності цим Кодексом, тобто після 1 січня 2004 р., крім випадків, коли за порушення господарських зобов'язань була встановлена інша відповідальність договором, укладеним до 1 січня 2004 р. Положення Господарського кодексу України, щодо відповідальності за порушення, вчинені до набрання чинності цим Кодексом, тобто до 1 січня 2004 р., застосовуються якщо вони пом'якшують відповідальність за зазначені порушення.

5. Право власності та питання виконання раніше прийнятих судових рішень у деяких категоріях справ. Цивільним кодексом [19] (ст. 346) визначено підстави за наявності яких припиняється право власності. Ці вимоги відповідно до п. 11 Прикінцевих та перехідних положень Цивільного кодексу стосуються всіх відповідних справ, що знаходяться на розгляді у судах, незалежно від часу їх порушення і виникнення даних цивільних відносин.

Передбачено, що судові провадження у справах про припинення права власності на підставах, що не встановлені Цивільним кодексом або іншим законом, підлягають припиненню, а ухвалені, але не виконані судові рішення у зазначених справах не підлягають виконанню. Оскільки за Законом «Про виконавче провадження» [91] виконання судових рішень здійснюється органами Державної виконавчої служби, то питання про недопустимість примусового виконання згаданих рішень вирішується постановами державного виконавця про відмову у відкритті виконавчого провадження або про його закриття на підставі п. 11 Прикінцевих та перехідних положень Цивільного кодексу. Чинне цивільне процесуальне законодавство України не передбачає розгляду судом заяв про поворот рішення у справах, провадження в яких закінчено.

Отже, реальне сприйняття нових законодавчих актів дійсно не співпадає з тими сподіваннями, які ми мали до ознайомлення з ними. Доводиться конста-

тувати, що достатньої чіткості у змісті Цивільного і Господарського кодексів немає. Тому у кожному конкретному випадку судам слід проводити аналіз численних норм, виявляти, які саме із них підлягають застосуванню при вирішенні конкретних спорів щодо цивільних прав.

6. Збереження сили умовами договорів оренди при погіршення актами законодавства становища орендаря. Стосовно договорів найму (оренди), які кваліфікуються як господарські, встановлюється, що їх умови зберігають свою силу на весь строк дії договору, в тому числі у разі встановлення законодавством після укладення договору правил, що погіршують становище орендаря. Аналогічне правило встановлене ч. 3 ст. 10 Закону «Про оренду державного і комунального майна» стосовно договорів оренди державного і комунального майна. При застосуванні цих правил слід враховувати, що ч. 1 ст. 628 ЦК до змісту договору включає не тільки умови (пункти), визначені сторонами на свій розсуд, а і умови, що є обов'язковими для сторін відповідно до актів цивільного законодавства. Отже, в силу факту укладення договору найму (оренди) положення нормативно-правових актів, що поширюються на зобов'язання, які виникли на підставі договору найму (оренди), набувають характеру умов договору і зберігають чинність на весь строк дії договору. При цьому слід враховувати, що цей строк подовжується у разі продовження договору на новий строк (ч. 4 ст. 284 ГК; ч. 3 ст. 17 Закону «Про оренду державного і комунального майна»).

Проект
постанови Пленуму Верховного Суду України
*«Про застосування Цивільного та Господарського кодексів
при здійсненні правосуддя»*

Прийняття та введення в дію нового Цивільного і Господарського кодексів не тільки значно збільшило обсяг законодавчих актів, які регулюють цивільні відносини, а і ускладнило правозастосування, зокрема створило проблему вирішення колізій між названими двома Кодексами. В зв'язку з цим при здійсненні правосуддя необхідно враховувати наступне.

1. Чинність Цивільного кодексу поширюється на всі майнові та немайнові відносини з участю фізичних і юридичних осіб, держави, Автономної Республіки Крим, територіальних громад, іноземних держав, інших суб'єктів публічного права, якщо таким відносинам властиві ознаки рівності, вільного волевиявлення і майнової самостійності (ст. 1 ЦК), в тому числі на господарські відносини, що мають такі ознаки. Одночасно на такі господарські відносини поширюється чинність Господарського кодексу. За наявності суперечності між цими Кодексами перевагу при правозастосуванні слід надавати положенням Цивільного кодексу як основного акта цивільного законодавства (ч. 1 ст. 4 ЦК). З урахуванням цього переважному застосуванню, в тому числі і до майново-господарських зобов'язань, підлягають, зокрема: а) положення п. 1 ч. 2 ст. 22 ЦК про можливість стягнення у вигляді збитків не тільки здійснених витрат, а і витрат, які особа мусить зробити у майбутньому внаслідок порушення її права (ст. 225 ГК не передбачає стягнення таких майбутніх витрат); б) положення ч. 1 ст. 549 та ч. 1 ст. 551 ЦК про визнання предметом неустойки майна (ст. 230 ГК передбачає тільки грошову форму штрафних санкцій); в) визначення непереборної сили в ст. 263 ЦК як обставин, яким притаманна одна із ознак — надзвичайність або невідворотність (ст. 218 ГК визнає непереборною силою лише обставини, що мають обидві названі причини одночасно); г) положення ст. 264 ЦК, яким передбачається обов'язок боржника сплатити неустойку в повному розмірі, незалежно від відшкодування збитків (ч. 1 ст. 232 ГК, як загальне правило, передбачає відшкодування збитків в частині, не покритій штрафними санкціями); д) положення ст. 925 ЦК, що встановлюють строк для відповіді на претензію, пред'явлену до перевізника, та строк позовної давності за такими вимогами (ст. 315 ГК встановлює такі строки іншої тривалості) тощо.

2. Разом з тим, ч. 2 ст. 9 ЦК передбачає можливість встановлення законом особливостей регулювання майнових відносин у сфері господарювання. В силу цього положення Господарського кодексу, які розвивають та конкретизують положення Цивільного кодексу, підлягають переважному застосуванню як правила спеціальні, хоч би вони і суперечили більш загальним правилам

Цивільного кодексу. Такими є наступні положення Господарського кодексу: а) ч. 7 ст. 80 ГК, яка дозволяє бути учасниками повних товариств та учасниками з повною відповідальністю командитних товариств лише особам, які зареєстровані як суб'єкти підприємницької діяльності; б) статті 55, 73—78, 113 ГК, із яких випливає можливість створення та визнання цивільної правосуб'єктності державних, комунальних та приватних підприємств; в) статті 136, 137 Господарського кодексу, які визнають за державними і комунальними підприємствами право господарського відання і право оперативного управління майном та визначають їх зміст; г) частина 5 ст. 225 ГК, що передбачає можливість завчасного визначення в договорі розміру збитків, що підлягають відшкодуванню у разі порушення господарського зобов'язання; д) частина 5 ст. 226 ГК, що передбачає можливість пред'явлення до боржника вимоги щодо відібрання речей, які визначені родовими ознаками та підлягають переданню відповідно до зобов'язання; е) стаття 208 ГК, яка передбачає стягнення на користь держави отриманого на виконання правочину, що завідомо суперечить інтересам держави і суспільства тощо.

3. При визначенні спеціальних норм, що підлягають переважному застосуванню перед нормами загальними, перш за все слід враховувати зміст відповідних норм, а не включення їх до нормативно-правового акту, що в цілому може визнаватись як спеціальний. Це стосується співвідношення як норм, що сформульовані в Цивільному та Господарському кодексах, так і норм, що включені до інших актів законодавства. Зокрема, норма ч. 1 ст. 120 Земельного кодексу включена до змісту законодавчого акту, що в цілому є спеціальним. Проте, ця норма за своїм змістом є загальною. Вона передбачає лише можливість переходу до набувача будівлі чи споруди права власності на земельну ділянку або її частину. Тому переважному застосуванню перед ч. 1 ст. 120 ЗК підлягає ч. 1 ст. 377 ЦК, яка передбачає, що в таких випадках до набувача переходить право власності на земельну ділянку. Інше може бути встановлене лише договором відповідно до ч. 3 ст. 6 ЦК, що надає сторонам договорів права відступати від актів цивільного законодавства.

4. Посилання в абзацах першому та другому ч. 1 ст. 4 ГК на те, що майнові та особисті немайнові відносини, які регулюються Цивільним кодексом, не є предметом регулювання Господарського кодексу, означає, що є значний масив майнових та немайнових відносин, які регулюються Цивільним кодексом і не можуть регулюватись Господарським кодексом України. Це положення не виключає одночасного поширення на майнові відносини, що є господарськими, правових норм, сформульованих у Цивільному кодексі, а також правил Господарського кодексу, які встановлюють певні особливості регулювання цих же відносин.

5. Прикінцеві та перехідні положення Цивільного кодексу, Прикінцеві положення Господарського кодексу не встановлюють правила, що акти законодавства, прийняті до введення в дію цих Кодексів, втрачають чинність в частині, в якій вони суперечать цим Кодексам. Тому численні закони, що формулюють спеціальні правові норми, зберегли чинність і після введення в дію Цивільного та Господарського кодексів. Зокрема, зберегли чинність положення

Закону «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг», що допускають надання грошових позик з метою отримання прибутку лише фінансовими установами. У зв'язку з цим положення ст. 536 ЦК про проценти за користування чужими коштами, ст. 558 ЦК про платність послуг поручителя, ст. 737 ЦК про можливість передання грошових коштів під виплату ренти, ст. 1077 ЦК, що дає право на здійснення діяльності щодо набуття прав грошових вимог з метою отримання прибутку, підлягають застосуванню у частині, що не суперечить названому закону.

6. Після прийняття Цивільного та Господарського кодексів Верховна Рада ухвалила низку законів, якими встановлюється, що раніше прийняті закони (це стосується також Цивільного і Господарського кодексів) підлягають застосуванню у частині, в якій вони не суперечать новим законам. Такі положення включені до законів «Про іпотеку» (п. 2 розділу VI «Прикінцеві положення»), «Про фермерське господарство» (ч. 4 ст. 38), «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень» (п. 2 розділу IX «Прикінцеві та перехідні положення»), «Про фінансовий лізинг» (ч. 2 ст. 19) тощо. Положення цих законів підлягають переважному застосуванню перед нормами, сформульованими, зокрема, в Цивільному та Господарському кодексах.

7. Відповідно до ст. 2 ГК цей Кодекс поширюється на відносини в сфері господарювання з участю не тільки суб'єктів господарювання, а і інших осіб, зокрема споживачів. Але це не є підставою для поширення дії Господарського кодексу на майнові відносини між суб'єктами господарювання, з одного боку, та фізичними особами, що не є суб'єктами господарювання, — з другого. Суб'єктами майново-господарських зобов'язань можуть бути тільки суб'єкти господарювання та негосподарюючі суб'єкти-юридичні особи, а також органи державної влади, органи місцевого самоврядування, наділені господарською компетенцією (ч. 2, 3 ст. 175 ГК). Не є підставою для поширення Господарського кодексу на відносини з участю громадян, що не є суб'єктами підприємницької діяльності, з одного боку, та суб'єктів господарювання, — з другого, і інші положення Господарського кодексу, що формулюють загальні правила щодо господарської діяльності. Так, у ст. 67 ГК вказується на господарські відносини підприємств з громадянами. Але ця стаття не може тлумачитись так, що вона взагалі визнає такі відносини господарськими, що належать до предмета цього Кодексу. Частина 2 ст. 230 ГК визнає суб'єктами права застосування фінансових санкцій учасників відносин у сфері господарювання, названих у ст. 2 цього Кодексу. Але це не означає, що фізична особа, права якої порушені суб'єктом господарювання, може обґрунтувати свої вимоги застосуванням на положення Господарського кодексу, оскільки в таких випадках застосуванню підлягають відповідні норми, сформульовані в Цивільному кодексі.

8. Чинність Господарського кодексу поширюється тільки на відносини, якщо хоча б однією стороною в них виступає суб'єкт господарювання. Суб'єктами господарювання є юридичні особи, створені відповідно до Цивільного кодексу України, державні, комунальні та інші підприємства, створені відповідно до Господарського кодексу, а також інші юридичні особи, які здійснюють господарську діяльність та зареєстровані у встановленому порядку (п. 1 ч. 2 ст. 55 ГК).

Такими визнаються також фізичні особи, що зареєстровані як підприємці. Суб'єктами господарювання не можуть бути органи державної влади та органи місцевого самоврядування, оскільки відповідно до ч. 4 ст. 43 ГК їм заборонено здійснювати як комерційну господарську діяльність, тобто підприємництво, так і некомерційну господарську діяльність (ч. 3 ст. 52 ЦК). Іншою стороною відносин, що регулюються Господарським кодексом, можуть бути суб'єкти господарювання або юридичні особи, хоч би останні і не були суб'єктами господарювання.

9. Відповідно до ч. 4 ст. 3 ГК господарсько-виробничі відносини є одним із основних видів відносин, що регулюються Господарським кодексом. Господарсько-виробничими є майнові відносини, які регулюються Цивільним кодексом з урахуванням особливостей, встановлених Господарським кодексом. Вони виникають при безпосередньому здійсненні господарської діяльності (ч. 5 ст. 3 ГК). Посилання на «безпосереднє» здійснення господарської діяльності не є підставою для звуження кола майнових відносин, на які поширюється чинність Господарського кодексу. Безпосереднє здійснення господарської діяльності полягає не тільки у виготовленні та реалізації продукції, виконанні робіт чи наданні послуг, а і в тому, що в межах господарських зобов'язань суб'єкт господарювання здійснює матеріально-технічне забезпечення господарської діяльності, створює організаційні, фінансові та інші умови господарювання в межах господарських зобов'язань.

10. Чинність Господарського кодексу поширюється також на організаційно-господарські відносини (ст. 186 ГК). В силу організаційно-господарських зобов'язань здійснюються організаційно-управлінські дії (ч. 1 ст. 176 ГК). Тому відповідно до ст. 176 ГК майнові права та обов'язки до змісту організаційно-господарських зобов'язань не включаються. Отже, правовідносини між засновниками суб'єкта господарювання та цим суб'єктом відповідно до ст. 175, 176 ГК поділяються на майнову частину, що складає майново-господарські відносини, і організаційну частину, що складає організаційно-господарські зобов'язання.

11. Оскільки Господарський кодекс в частині, в якій він регулює майнові відносини, засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні та майновій самостійності їх учасників, є актом цивільного законодавства, положення про право сторін відступити в договорі від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд поширюється і на господарські договори. Разом з тим, сторони господарських договорів не вправі відступити від положень актів законодавства у випадках, передбачених абзацем другим ч. 3 ст. 6 ГК, а також якщо це забороняється спеціальними положеннями Господарського кодексу. Зокрема, ч. 4 ст. 179 ЦК забороняє відступати від змісту належне затверджених типових договорів, але дозволяє конкретизувати умови таких договорів, та встановлює певні обмеження права сторін господарських договорів відступати від умов примірнього договору.

12. Положення Господарського кодексу про внутрішньогосподарські відносини, що складаються між структурними підрозділами суб'єкта господарювання, та відносини суб'єкта господарювання з його структурними підрозділами (ч. 7 ст. 3; ч. 7 ст. 225 ГК) не знайшли в законодавстві такого розвитку, який би давав можливість для висновку про те, що відповідні суб'єкти можуть захищати свої

права, які входять до змісту таких правовідносин. Тому в суді можуть захищатись тільки трудові права працівників, які випливають із актів суб'єктів господарювання, що регулюють такі відносини.

13. Відповідно до ст. 8 ЦК застосування закону (права) за аналогією можливе також стосовно цивільних правовідносин, на які поширюється чинність Господарського кодексу. Посилання в ст. 8 ЦК на можливість застосування за аналогією актів цивільного законодавства, не виключає застосування за аналогією до цивільних правовідносин актів інших галузей законодавства, оскільки ніяких обмежень щодо цього не встановлювало цивільне процесуальне законодавство. З урахуванням цього до правовідносин щодо відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю, можуть застосовуватись положення Закону «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування від нещасного випадку на виробництві і професійного захворювання, які спричинили втрату працездатності» про порядок обчислення середньої заробітної плати потерпілого, порядок визначення розміру відшкодування шкоди на кожну особу, перебувала знаходилась на утриманні померлого чи мала право на таке утримання. При обчисленні середньої заробітної плати застосовується також «Порядок обчислення середньої заробітної плати (доходу) для розрахунку виплат за загальнообов'язковим державним соціальним страхуванням».

14. При застосуванні положень актів цивільного законодавства щодо організаційно-правових форм юридичних осіб приватного права слід виходити із того, що юридичні особи можуть створюватись у формі товариств, установ та в інших формах, встановлених законом (ч. 1 ст. 83 ЦК). Оскільки тут прямо передбачена можливість створення юридичних осіб в інших формах, юридичні особи можуть створюватись і в організаційно-правових формах, передбачених Господарським кодексом, — в формах закритих акціонерних товариств (ч. 1, 3 ст. 81 ГК), приватних підприємств (ст. 113 ГК). Можливим є створення фермерського господарства, причому до приведення законів України, інших нормативно-правових актів (в тому числі і Цивільного та Господарського кодексів) у відповідність з Законом «Про фермерське господарство» вони застосовуються лише в частині, в якій вони не суперечать цьому Закону (ч. 4 ст. 38 Закону «Про фермерське господарство»). Споживчі товариства, їх спілки (об'єднання) можуть бути засновниками підприємницьких і непідприємницьких товариств, як це впливає із ч. 2 ст. 83 ЦК. Із ч. 2 ст. 83 ЦК впливає і право об'єднань громадян, релігійних організацій бути засновниками товариств. Але положення ст. 113 ГК про можливість створення однієї або декількома фізичними особами приватного підприємства, ч. 8 ст. 111, ч. 2 ст. 83 ГК про можливість створення споживчими товариствами та їх спілками, об'єднаннями громадян, зокрема, релігійними організаціями унітарних підприємств, що можуть наділятися правом господарського відання або оперативного управління (ч. 5 ст. 112 ГК) не повинні застосовуватись як такі, що суперечать ч. 3 ст. 81 ЦК («цим Кодексом встановлюються порядок створення, організаційно-правові форми, правовий статус юридичних осіб приватного права»).

15. Відповідно до ч. 3 ст. 81 ЦК порядок утворення та правовий статус юридичних осіб публічного права встановлюється Конституцією України, та

законом. Державна реєстрація юридичних осіб публічного права здійснюється відповідно до загальних правил Закону «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців». Організаційно-правові форми юридичних осіб, що є суб'єктами господарювання, визначається ст. 73—78 ГК. Такими є державні унітарні підприємства (комерційні і казенні), комунальні комерційні і некомерційні підприємства.

16. Відповідно до ч. 1 ст. 16 ЦК захисту підлягає не тільки цивільне право, а й інтерес. Це стосується всіх суб'єктів, в тому числі і держави. У зв'язку з цим можливе пред'явлення органом державної податкової служби на підставі п. 11 ст. 10 Закону «Про державну податкову службу в Україні» позову про визнання недійсним, зокрема, договорів, якщо це може мати певні наслідки для оподаткування.

При оцінці судами позовних вимог як таких, що ґрунтуються чи не ґрунтуються на законі, слід враховувати, що в новітніх актах законодавства встановлюється, що суд може захистити цивільне право або інтерес матеріально-правовими способами, передбаченими законом (ч. 3 ст. 20 ГК; ч. 3 ст. 152 ЗК; ст. 4 ЦПК 2004 р.) або законом і договором (ст. 16 ЦК; ст. 18 СК). Лише стосовно особистих немайнових прав встановлено, що вони можуть захищатись не тільки способами, передбаченими Цивільним кодексом, а також іншими способами, що відповідають змісту порушеного права, характеру його порушення та наслідків, які спричинило порушення. Разом з тим слід враховувати, що суперечила б практиці застосування Європейським Судом з прав людини пункту 1 ст. 6 Конвенції про захист прав та основних свобод людини відмова у позові тільки з тієї підстави, що спосіб захисту права, про який просить позивач, не передбачений законом або договором, якщо він відповідає змісту порушеного права, характеру порушення та наслідкам порушення.

Стаття 13 ЦК покладає на особу обов'язок при здійсненні своїх прав утримуватися від дій, які могли б завдати шкоди довкіллю або культурній спадщині, додержуватися моральних засад суспільства, а також забороняє зловживання правом в інших формах. Порушення цих вимог може бути підставою для відмови у захисті права або інтересу відповідно до ч. 3 ст. 16 ЦК. При застосуванні цих правил необхідно враховувати наступне: 1) особі не може бути відмовлено у захисті права, якщо шкода, що завдана чи завдається нею довкіллю, не виходить за межі встановлених граничних допустимих нормативів забруднення навколишнього середовища; 2) при завданні шкоди культурній спадщині або зловживанні правом суд також має встановити, чи не порушувала управнена особа більш конкретні правові приписи. За відсутності таких порушень відмова у захисті права можлива за умови, що шкода, яка завдана чи завдається культурній спадщині і інтересам іншої особи в результаті реалізації права є неспіврозмірною з вигодою, яку отримала управнена особа внаслідок реалізації права; 3) порушення управненою особою моральних норм може бути підставою відмови у захисті права лише тоді, коли цією особою порушено моральні норми, які належать до категорії засад, тобто моральні норми, що складають основи суспільної моралі.

17. Визнання підприємства як єдиного майнового комплексу видом нерухомого майна (ч. 3 ст. 191 ЦК; ч. 3 ст. 66 ГК) не виключає статусу підприємства як юридичної особи. Зокрема, ч. 2 ст. 167 і ч. 2 ст. 169 ЦК передбачають створення юридичних осіб в організаційно-правових формах державного і комунального підприємства. Термін «підприємство» у Господарському кодексі використовується стосовно юридичних осіб (ст. 63) як корпоративних, так і унітарних, що здійснюють комерційну або некомерційну господарську діяльність.

18. Встановлення правила про загальну правоздатність юридичних осіб приватного права, що може обмежуватись лише судом та у відповідних випадках поєднується з обов'язком отримання ліцензії (ст. 91 ЦК), не виключає чинності ч. 5 ст. 79 ГК, відповідно до якої право господарських товариств здійснювати будь-яку підприємницьку діяльність може обмежуватись законом. Одне із таких обмежень встановлюється ч. 3 ст. 43 ГК, згідно якої передбачається встановлення законом переліку видів діяльності, підприємництво в яких забороняється. Зберігає чинність і ст. 4 Закону «Про підприємництво», якою визначаються види підприємницької діяльності, що здійснюються лише державними підприємствами.

19. В Цивільному кодексі розмежовуються правові конструкції здійснення дієздатності юридичної особи (ст. 92 ЦК) та управління нею (ст. 97, 101 тощо ЦК). У зв'язку з цим ст. 89 ГК не можна тлумачити в такий спосіб, що всі посадові особи, перелічені у ч. 2 цієї статті, мають повноваження виступати від імені господарського товариства у цивільно (господарсько)-правових відносинах. Таке повноваження надається тільки органам юридичної особи (ч. 1 ст. 92 ЦК), які відповідно до установчих документів або до закону мають право діяти від її імені (ч. 3 ст. 92 ЦК). Обмеження повноважень органів юридичної особи діяти від її імені у цивільно-правових відносинах з третіми особами не має юридичної сили, крім випадків, коли особа доведе, що третя особа знала чи за всіма обставинами не могла не знати про такі обмеження (ч. 3 ст. 92 ЦК). Зазвичай третя особа має визнаватись такою, що знала про такі обмеження, якщо вони встановлені безпосередньо законом або якщо відомості про такі обмеження внесені до Єдиного державного реєстру юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців, як це передбачено абзацем одинадцятим ч. 2 ст. 17 Закону «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців». Згадані обмеження можуть встановлюватись, зокрема, шляхом включення до установчих документів чи закону положення про те, що керівник колегіального виконавчого органу юридичної особи має право укладати договори від імені юридичної особи тільки після прийняття рішення колегіальним виконавчим органом, що укладення певних договорів можливе тільки після прийняття рішення зборами учасників юридичної особи, що певні договори підлягають затвердженню вищим органом юридичної особи (зокрема, загальними зборами учасників).

20. Відповідно до ч. 3 ст. 81 ЦК цим Кодексом встановлюється порядок створення, організаційно-правові форми та правовий статус юридичних осіб приватного права. Порядок створення та правовий статус юридичних осіб публічного права встановлюється Конституцією і законом. Тому відповідні положення Цивільного кодексу можуть застосовуватись до унітарних державних

і комерційних підприємств і бюджетних установ, які можуть засновуватись державою, Автономною Республікою Крим та територіальними громадами (ст. 167—169 ЦК) і які є суб'єктами публічного права, лише за аналогією. До унітарних державних і комерційних підприємств не можуть застосовуватись положення ст. 96 ЦК, що розмежовує відповідальність юридичної особи та її учасників (засновників). Стосовно державних комерційних підприємств чинними є ч. 5 ст. 73 ГК, відповідно до якої таке підприємство не несе відповідальності за зобов'язаннями власника і органу влади, до сфери управління якого воно входить, і ч. 5 ст. 74 ГК, яка виключає відповідальність держави та органу, до сфери управління якого входить державне комерційне підприємство, за зобов'язаннями такого підприємства (крім випадків, встановлених законами). Ч. 5 ст. 73 ГК прямо поширюється і на казенні підприємства. Ч. 5 ст. 74 не може застосовуватись до казенних підприємств. Навпаки, в разі недостатності у казенного підприємства коштів, що перебувають у його розпорядженні, держава в особі органу, до сфери управління якого входить казенне підприємство, несе повну субсидіарну відповідальність за зобов'язаннями такого підприємства (ч. 7 ст. 77 ГК).

Комунальне унітарне підприємство (комерційне чи некомерційне) не несе відповідальності за зобов'язаннями власника та органу місцевого самоврядування, до сфери управління якого воно входить (ч. 6 ст. 78 ГК). До відносин між власником (органом місцевого самоврядування, до сфери якого входить комунальне унітарне підприємство) і таким підприємством в силу ч. 9 ст. 78 ГК слід застосовувати ч. 5 ст. 74 ГК. Це означає, що територіальна громада та орган, до сфери управління якого входить комунальне унітарне підприємство, не можуть нести відповідальності за зобов'язаннями такого підприємства.

Відповідальність підприємства за зобов'язаннями учасника (засновника) в контексті ст. 96 ЦК, ст. 73, 74, 78 ГК слід тлумачити як субсидіарне покладення цивільно-правового обов'язку одного суб'єкта на іншого, а не як можливість звернення стягнення на майно однієї особи (підприємства) на виконання судового рішення, прийнятого стосовно іншого суб'єкта, без прийняття судового рішення стосовно останнього як субсидіарно зобов'язаної особи.

21. Цивільний і Господарський кодекси формулюють розгорнені положення, що стосуються виробничих кооперативів (ст. 163—166 ЦК; ст. 93—110 ГК). Крім того, на кооперативи поширюється чинність Закону «Про кооперацію», а стосовно сільськогосподарських кооперативів діє Закон «Про сільськогосподарську кооперацію». Між названими кодексами та законами існують численні колізії, які мають вирішуватись з урахуванням наступного:

1) в силу ч. 5 ст. 163 ЦК особливості створення і діяльності сільськогосподарських кооперативів можуть встановлюватись законом. Тому переважному застосуванню до сільськогосподарських кооперативів перед Цивільним, Господарським кодексами і Законом «Про кооперацію» підлягають правила Закону «Про сільськогосподарську кооперацію»;

2) членами виробничих кооперативів можуть бути громадяни. Інші особи можуть бути членами кооперативів, якщо це передбачено сататутом кооперативу або законом (ч. 1 ст. 163 ЦК). Частина перша ст. 10 Закону «Про кооперацію»

передбачає участь у діяльності кооперативу на засадах членства іноземців, осіб без громадянства, юридичних осіб України і іноземних держав. Але і з урахуванням цього юридичні особи мають право бути членами кооперативів тільки за умови, що це передбачено статутом. Положення ч. 1 ст. 95, абзацу третього ч. 1 ст. 96, ч. 1 ст. 98, абзацу третього ч. 4 ст. 98 ГК про обов'язкову трудову участь члена кооперативу в діяльності останнього застосовуються лише у випадках, якщо таке передбачено статутом виробничого кооперативу. Такий підхід, всупереч загальному правилу наведених статей про обов'язкову трудову участь членів кооперативу у діяльності останнього, проявляється, зокрема, у ст. 388 ГК передбачає створення суб'єктами господарювання (фізичними і юридичними особами) кооперативних банків. Із абзацу четвертого ст. 1, абзацу третього ч. 1 ст. 3, абзацу третього ч. 1 ст. 10 Закону «Про сільськогосподарську кооперацію» випливає, що трудова участь члена сільськогосподарського кооперативу (крім обслуговуючого) в його діяльності є обов'язковою. Але в силу принципу диспозитивності (ч. 3 ст. 6 ЦК) статутом сільськогосподарського кооперативу може бути передбачена участь у діяльності кооперативу на правах членства юридичних осіб, а також фізичних осіб, що не беруть трудової участі в діяльності кооперативу;

3) Цивільний кодекс і Закон «Про кооперацію» не визначають порядку встановлення розміру пайових внесків членів кооперативу. Відповідно до ч. 5 ст. 100 ГК; ч. 4 ст. 21 Закону «Про сільськогосподарську кооперацію» розмір пайових внесків до кооперативу встановлюється в рівних частинах та/або пропорційно очікуваній участі члена кооперативу в його господарській діяльності. Статутом може бути встановлений один із названих або будь-який інший порядок визначення розміру пайового внеску;

4) Господарський кодекс, закони «Про кооперацію» та «Про сільськогосподарську кооперацію» не встановлюють порядку внесення членами кооперативів паїв. Тому до виробничих кооперативів, якщо інше не встановлено статутом, застосовується правило ч. 2 ст. 165 ЦК, згідно з яким член кооперативу до дня державної реєстрації кооперативу зобов'язаний внести не менше десяти відсотків пайового внеску, а частину, що залишилася, — протягом року з дня його державної реєстрації;

5) Господарський кодекс, закони «Про кооперацію» та «Про сільськогосподарську кооперацію» не встановлюють загального принципу розподілу доходу кооперативу. Такий принцип встановлено ч. 4 ст. 165 ЦК, відповідно до якої дохід кооперативу розподіляється між його членами відповідно до їхньої трудової участі, якщо інший порядок не встановлений статутом кооперативу. Інший порядок може бути встановлений також спеціальним законом, від якого в статуті кооперативу також допустимо відступити, якщо в такому законі не формулюється заборона на такі відступи;

6) Цивільний кодекс не передбачає створення в кооперативах неподільного фонду. Його створення передбачається ч. 3 ст. 2 Закону «Про сільськогосподарську кооперацію», а відповідно до ч. 4 ст. 100 ГК та ч. 3 ст. 20 Закону «Про кооперацію» його створення є обов'язковим. Особливість правового режиму майна неподільного фонду полягає в можливому обмеженні його розподілу при

виході (виключенні) із кооперативу в порядку, встановленому статутом. Але положення ч. 7 ст. 29 Закону «Про кооперацію», відповідно до якого майно неподільного фонду не підлягає розподілу між його членами і передається за рішенням ліквідаційної комісії іншій кооперативній організації, не підлягає застосуванню як таке, що вочевидь суперечить принципам справедливості і розумності (п. 6 ст. 3 ЦК);

7) відповідно до ч. 5 ст. 107 ГК, частин 1, 3 ст. 26 Закону «Про кооперацію» і ч. 1, 2 ст. 24 Закону «Про сільськогосподарську кооперацію» виробничі кооперативи здійснюють на користь своїх членів кооперативні виплати та виплати на паї. Розмір кооперативних виплат визначається пропорційно (ч. 1 ст. 26 Закону «Про кооперацію») або з урахуванням (ч. 5 ст. 107 ГК; ч. 1 ст. 26 Закону «Про сільськогосподарську кооперацію») трудової або іншої участі в діяльності кооперативу. Нарахування і виплата частини доходу кооперативу на паї, що передбачено ч. 5 ст. 107 ГК, ч. 3 ст. 26 Закону «Про кооперацію» і ч. 2 ст. 24 Закону «Про сільськогосподарську кооперацію», здійснюється пропорційно розмірам паїв;

8) вищим органом будь-якого кооперативу є загальні збори його членів (ч. 2 ст. 101 ГК, ч. 1 ст. 15 Закону «Про кооперацію», ч. 2 ст. 13 Закону «Про сільськогосподарську кооперацію»). Відповідно до частини восьмої ст. 15 Закону «Про кооперацію» у разі, коли з організаційних причин проведення загальних зборів є неможливим, статутом кооперативу може бути передбачено скликання зборів уповноважених кооперативу, які в таких випадках мають визнаватись вищим органом управління кооперативу;

9) загальні збори членів кооперативу мають проводитись щорічно після закінчення фінансового року. Вони можуть скликатись також позачергово за рішенням правління (голови) кооперативу чи з ініціативи не менш як третини членів кооперативу, якщо інше не передбачено статутом кооперативу (ч. 3 ст. 102 ГК). Такі ж правила встановлені ч. 2 ст. 14 Закону «Про сільськогосподарську кооперацію» без зазначення на можливість встановлення статутом іншого, що не перешкоджає такому встановленню. До всіх кооперативів належить застосовувати також правила про підстави скликання позачергових загальних зборів членів кооперативів, встановлені частиною шостою ст. 15 Закону «Про кооперацію» (на вимогу ревізійної комісії, спостережної ради, органу управління кооперативного об'єднання, членом якого є даний кооператив);

10) порядок скликання позачергових загальних зборів членів кооперативів встановлюється ч. 7 ст. 15 Закону «Про кооперацію». Вони мають бути скликані правлінням (головою) кооперативу впродовж 20 днів з дня надходження такої вимоги. У разі невиконання такої вимоги у зазначений строк особи, що мають право вимагати скликання позачергових загальних зборів, можуть самі скликати збори протягом наступних 20 днів;

11) про проведення загальних зборів членів кооперативу (чергових і позачергових) члени кооперативу мають бути повідомлені за 10 днів (ч. 5 ст. 15 Закону «Про кооперацію»);

12) відповідно до ч. 10 Закону «Про кооперацію» кожний член кооперативу чи уповноважений кооперативу має на загальних зборах членів кооперативу один

голос, і це право не може бути передано іншій особі, якщо інше не передбачено статутом кооперативу;

13) загальні збори вправі вирішувати питання, внесені до порядку денного, за умови присутності більше половини його членів (ч. 4 ст. 102 ГК; ч. 10 ст. 5 Закону «Про кооперацію»; ч. 3 ст. 14 Закону «Про сільськогосподарську кооперацію»), а збори уповноважених — за наявності двох третин уповноважених (ч. 9 ст. 15 Закону «Про кооперацію»);

14) положення ч. 4 ст. 102 ГК про те, що рішення загальними зборами кооперативу з питань, зазначених у ч. 1 цієї статті, приймаються більшістю голосів загальної кількості членів кооперативу, застосуванню не підлягає, оскільки порядок прийняття зборами рішень визначений ч. 11 ст. 15 Закону «Про кооперацію». За загальним правилом рішення приймаються більшістю голосів членів (уповноважених) кооперативу (у встановлених випадках — 75 відсотками голосів членів (уповноважених) кооперативу), присутніх на зборах;

15) кількість членів правління кооперативу, за наявності яких на засіданні правління має право приймати рішення, встановлюється статутом. Також статутом має визначатись порядок прийняття правлінням рішень. Але стосовно виробничих кооперативів встановлено, що рішення правління приймається більшістю голосів членів правління за наявності на засіданні не менш двох третин членів правління кооперативу (ч. 6 ст. 103 ГК). Таке ж правило встановлено ч. 5 ст. 15 Закону «Про сільськогосподарську кооперацію». При цьому не встановлюється, яка більшість необхідна для прийняття рішення (від кількості членів правління, визначеної статутом, від фактичної їх кількості на день засідання, від кількості присутніх на засіданні чи порівняно з кількістю голосів, що були подані проти прийняття відповідного рішення). Тому це питання має вирішуватись статутом. Якщо воно статутом не вирішене, за аналогією застосовується правило ч. 11 ст. 15 Закону «Про кооперацію», що передбачає визначення більшості від загального числа присутніх на зборах (за наявності кворуму);

16) субсидіарна відповідальність членів кооперативу за зобов'язаннями кооперативу є можливою, якщо це встановлено статутом відповідно до ч. 2 ст. 163 ЦК, а також ч. 2 ст. 27 Закону «Про кооперацію», формулювання якої «члени кооперативу відповідають за зобов'язаннями кооперативу в межах внесеного ними паю» слід тлумачити як звільнення від такої відповідальності. Встановленню такої відповідальності статутом сільськогосподарського кооперативу не перешкоджає ст. 23 Закону «Про сільськогосподарську кооперацію» в силу ч. 3 ст. 6 ЦК, що дозволяє в правочинах відступати від актів цивільного законодавства. Частина 1 ст. 108 ГК, що встановлює мінімальний розмір відповідальності членів кооперативу своїм майном за зобов'язаннями кооперативу, застосуванню не підлягає, оскільки суперечить наведеним спеціальним правилам Цивільного кодексу і спеціальних законів.

22. Цивільний кодекс не встановлює будь-яких особливих правил щодо осіб, які можуть бути учасниками повного товариства та повними учасниками командитного товариства. Відповідно до ч. 7 ст. 80 ГК такими можуть бути лише особи, зареєстровані як суб'єкти підприємництва. Це правило підлягає

застосуванню при визначенні кола осіб, що мають право засновувати повні командитні товариства та бути учасниками повних товариств або повними учасниками командитних товариств.

23. Цивільний кодекс (ст. 215) формулює детальні та достатньо визначені положення про підстави недійсності правочинів та про види недійсних правочинів (нікчемні та оспорювані). Положення ст. 207 ГК з цього ж питання, хоч і стосуються лише господарських договорів, але є більш загальними. Виходячи із принципіального положення про Цивільний кодекс як основний акт цивільного законодавства, при вирішенні питання про підстави недійсності (нікчемності, оспорюваності) правочинів у сфері дії Господарського кодексу слід застосовувати відповідні положення Цивільного кодексу. Підстави нікчемності умов договорів, встановлені ч. 2 ст. 207 ГК, не повинні застосовуватись, оскільки визнання нікчемності умов типових договорів є взагалі некоректним (як таке, що передбачає застосування до типового договору, що є нормативно-правовим актом, правової конструкції нікчемності, яка може стосуватись тільки правочинів). Що стосується положення ст. 207 ГК про нікчемність умов договорів приєднання, то у випадках порушення його умовами інтересів сторони, що приєдналася, застосуванню підлягають правила ч. 2 ст. 634 ЦК, що передбачають в таких випадках зміну або розірвання договору.

Разом з тим слід враховувати, що Цивільний кодекс не виключає пред'явлення та розгляд по суті позову про визнання недійсним правочину, що визнається законом нікчемним. В таких випадках суд має вирішити спір про можливість застосування до конкретного правочину відповідного положення закону, що безпосередньо визнає такі правочини недійсними, та вирішити спір по суті. Повернення позову без розгляду або припинення провадження у справі за таких умов було б відмовою у правосудді і суперечило б ч. 2 ст. 124 Конституції України і п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав і основних свобод людини.

24. Відповідно до ч. 1 ст. 215 і ч. 1 ст. 203 ЦК підставою недійсності правочину є суперечність його змісту актам цивільного законодавства. Під змістом правочину тут розуміється зміст волевиявлення учасників правочину в цілому, тобто як волевиявлення щодо змісту цивільних правовідносин, що мають виникнути на підставі правочину, так і волевиявлення стосовно того, з ким ці правовідносини мають бути встановлені. Тому правочин може бути визнаний недійсним, зокрема, у разі, коли ним порушено право третьої особи, яка відповідно до закону отримала право на укладення договору стосовно того ж предмета за результатами конкурсу, аукціону тощо (в зв'язку з тим, що волевиявлення стосовно учасника правочину суперечить акту цивільного законодавства).

25. Підставою недійсності правочину може бути його суперечність актами цивільного законодавства (ч. 1 ст. 215; ч. 1 ст. 203 ЦК). При застосуванні цього положення слід враховувати, що абсолютна більшість законів та інших нормативно-правових актів формулюють норми, що належать до декількох галузей законодавства. В багатьох випадках в одних і тих же положеннях актів законодавства формулюються норми двох і навіть трьох галузей права. Тому численні публічно-правові заборони та обмеження, які стосуються умов, за яких можливе вчинення правочину, мають тлумачитись так, що вони мають і

цивільно-правовий зміст, а їх порушення є підставою для висновку про те, що зміст правочину суперечить акту цивільного законодавства.

26. Наслідки недійсності правочинів встановлюються ст. 216, 217 та іншими Цивільного кодексу. Враховуючи, що в Цивільному та Господарському кодексах, в інших законах терміни «зобов'язання», «договори», «правочини» часто використовуються як тотожні, положення ст. 207, 208 ГК про недійсність зобов'язань та наслідки їх недійсності з урахуванням термінології, що використовується у Цивільному кодексі, мають тлумачитись як такі, що стосуються недійсності правочинів. Тому відповідно до ч. 1 ст. 208 ГК правочини, що є підставою господарських зобов'язань, можуть бути визнані недійсними у разі вчинення їх з метою, яка завідомо суперечить інтересам держави і суспільства, з застосуванням наслідків, передбачених цією частиною. За межами дії Господарського кодексу наслідки, передбачені ч. 1 ст. 208 ГК, застосовуватись не можуть, хоч би однією із сторін правочину був суб'єкт господарювання. Покладення п. 11 ст. 10 Закону «Про державну податкову службу в Україні» на державні податкові інспекції в районах, містах без районного поділу, районах в містах, міжрайонні та об'єднані державні податкові інспекції функції подання позовів про визнання правочинів недійсними та стягнення в доход держави коштів, отриманих за такими правочинами, встановлює повноваження цих органів і не може тлумачитись так, що тим самим встановлюється підстава стягнення коштів в доход держави.

27. При визначенні дня, з якого виникає право на пред'явлення позову до перевізника, слід застосовувати (в тому числі до господарських зобов'язань перевезення) ч. 2 ст. 925 ЦК, відповідно до якої право на пред'явлення позову до перевізника виникає з дня отримання відповіді на претензію, в якій перевізник повідомляє про повну або часткову відмову в задоволенні претензії, або з дня спливу одного місяця після пред'явлення претензії (якщо відповідь на претензію не отримана). Частина 3 ст. 315 ГК, що інакше визначає день виникнення права на пред'явлення позову, застосуванню не підлягає. Якщо претензія до перевізника не пред'являлась, початок перебігу позовної давності слід визначати відповідно до загального правила ч. 1 ст. 261 ЦК.

До вимог, що впливають із договорів перевезення вантажу, пошти, застосовується позовна давність в один рік (ч. 3 ст. 925 ЦК).

Положення ст. 925 ЦК і ст. 315 ГК застосовуються і до довгострокових договорів (с. 914 ЦК), а за термінологією ч. 3 ст. 307 ГК — до навігаційних, спеціальних, річних договорів.

Стаття 925 ЦК, інші положення Цивільного кодексу щодо позовної давності, ст. 315 ГК не застосовуються до перевезення вантажів морським транспортом, оскільки до таких відносин застосовуються ст. 383—393 Кодексу торговельного мореплавства.

28. Встановлення Цивільним кодексом розгорнутих правил, що стосуються позовної давності, не виключає застосування до господарських зобов'язань ч. 8 ст. 269, статей 322, 324 ГК, які передбачають спеціальну позовну давність для вимог, що впливають із поставки товарів неналежної якості, з неналежної якості робіт за договором підяду на капітальне будівництво або за договором підяду

на проведення проектних і досліджувальних робіт, та спеціальних правил щодо початку перебігу позовної давності.

29. Визначення в Цивільному кодексі суб'єктів права власності та змісту цього права, а також визнання деяких інших речових прав (ст. 395—417 ЦК) не виключає права господарського відання та оперативного управління, що надається юридичним особам публічного права — державним та комунальним підприємствам, бюджетним установам, а також бюджетним установам, що засновані Автономною Республікою Крим (ст. 168 ЦК). Відповідно до ч. 3 ст. 73 ГК майно державного унітарного підприємства перебуває у державній власності і закріплюється за таким підприємством на праві господарського відання чи праві оперативного управління. Такі ж правила встановлюються стосовно комунальних підприємств, що перебувають у власності Автономної Республіки Крим (можливість існування таких підприємств впливає із ч. 3 ст. 38 Конституції Автономної Республіки Крим). Право господарського відання та право оперативного управління мають визнаватись іншими речовими правами.

30. Майно державного або комунального комерційного підприємства закріплюється за ним на праві господарського відання (ч. 2 ст. 74, ч. 3 ст. 78 ГК). Правовий режим майна таких підприємств визначається ч. 2—7 ст. 75 ГК (на комунальні комерційні підприємства ці положення поширюються в силу ч. 9 ст. 78 ГК). До державних і комунальних комерційних підприємств за аналогією належить застосовувати ч. 3 ст. 77 ГК, відповідно до якої орган, до сфери управління якого входить казенне підприємство, має право вилучити у казенного підприємства майно, яке не використовується або використовується не за призначенням, та розпорядитися ним у межах своїх повноважень. Отже, за загальним правилом, орган, до сфери управління якого входить державне чи комунальне підприємство, не має права вилучити майно, що закріплене за державним підприємством. Повноваження держави (територіальної громади) щодо майна заснованих ними державних або комунальних унітарних підприємств обмежується наведеним правом органів, до сфери управління яких входять такі підприємства, та повноваженнями, що встановлені ст. 2 Декрету Кабінету Міністрів України «Про управління майном, що є у державній власності». Зокрема, звідси впливає неможливість вилучення майна у державного або комунального унітарного підприємства в процесі виконавчого провадження на виконання рішення суду про стягнення коштів із засновника (держави або територіальної громади).

Слід також враховувати, що на державні і комунальні підприємства поширюється чинність ч. 2 ст. 147 ГК, відповідно до якої вилучення державою у суб'єкта господарювання його майна допускається не інакше, як у випадках, на підставах і в порядку, передбачених законом. Щодо захисту права господарського відання застосовуються положення, встановлені для захисту права власності. Суб'єкт підприємництва, який здійснює господарську діяльність на основі права господарського відання, має право на захист своїх майнових прав також від власника (ч. 3 ст. 136 ГК).

31. Правовий режим майна юридичних осіб публічного права, що є бюджетними установами, Цивільним кодексом не визначається. Не визначається

він і Господарським кодексом. Він визначається ст. 39 Закону «Про власність». Таке майно є власністю держави, Автономної Республіки Крим чи відповідної територіальної громади, а бюджетній установі таке майно належить на праві оперативного управління. Бюджетна установа має право володіння та користування майном, але право розпоряджання здійснює тільки стосовно майна, про яке йдеться у ч. 2 ст. 39 названого Закону.

32. Стаття 627 ЦК визнає сторони вільними в укладенні договорів, але при прийнятті рішення про укладення договору сторони повинні враховувати вимоги актів цивільного законодавства. Зокрема, ч. 2 ст. 648 ЦК передбачає можливість встановлення особливостей укладення договорів на підставі правових актів органів державної влади, органів влади Автономної Республіки Крим, органів місцевого самоврядування, які (особливості) можуть полягати у встановленні обов'язку укладати цивільно-правові договори. Обов'язковим для підприємців є укладення публічних договорів за наявності можливості надання споживачеві відповідних товарів, робіт, послуг (ч. 4 ст. 633 ЦК). Але публічні договори визначаються лише як такі, які укладаються у сфері роздрібної торгівлі, перевезення, зв'язку, медичного, готельного і банківського обслуговування тощо та за якими підприємець «взяв» на себе зобов'язання укладати договори з кожним, хто звернувся (ч. 1 ст. 633 ЦК). Більш чітко коло публічних договорів з участю фізичних осіб-споживачів визначене ч. 1 ст. 19 Закону «Про захист прав споживачів» («за всіма громадянами в однаковій мірі визнається право на задоволення їх потреб у сфері торговельного і інших видів обслуговування»). Законом можуть встановлюватись інші підстави, що породжують обов'язок особи укласти договір. Так, ч. 3 ст. 20 Закону «Про житлово-комунальні послуги» покладає на споживачів обов'язок укласти договір про надання житлово-комунальних послуг, підготовлений виконавцем на основі типового договору.

Публічні господарські договори мають визначатись на підставі ч. 1 ст. 178 ГК, але і тут міститься посилання на закон чи установчі документи, що покладають на суб'єкта господарювання обов'язок здійснювати виконання робіт, надання послуг або продаж товарів кожному, хто до нього звертається на законних підставах. Зокрема, в силу ч. 6 ст. 179 ГК обов'язок укладати договори з усіма споживачами їхньої продукції (послуг) покладається на суб'єктів господарювання, які забезпечують споживачів (суб'єктів господарювання і негосподарюючих суб'єктів-юридичних осіб) електроенергією, зв'язком, послугами транспорту. На морські торговельні порти покладається обов'язок забезпечувати навантаження, розвантаження і обслуговування суден в порядку черговості їх приходу в порт (ч. 1 ст. 176 КТМ).

Обов'язок укладати договори може впливати із державного замовлення, яке встановлюється відповідно до Законів «Про поставки продукції для державних потреб», «Про державне оборонне замовлення», «Про державний матеріальний резерв».

Зазначення в ч. 3 ст. 179 ГК на те, що обов'язок укласти договір може бути встановлений шляхом прямої вказівки на це в законі, не виключає того, щоб такий обов'язок впливав із закону. Так, ч. 2 ст. 13 Закону «Про захист економічної конкуренції» визнає зловживанням монопольним положенням частково або

повну відмову від придбання чи реалізації товару за відсутності альтернативних джерел їх реалізації чи придбання. Звідси випливає, що відмова у відповідних випадках від укладення договору має визнаватись порушенням закону.

33. Відмова від укладення цивільно-правового договору за наявності обов'язку його укладення надає відповідному суб'єкту право звернутись до суду з позовом про спонукання до укладення договору. Зміст позовних вимог при цьому має відповідати характеру порушення, а їх обсяг визначається позивачем на свій розсуд. Це можуть бути вимоги про визнання відмови укласти договір незаконною, про спонукання іншої сторони до укладення договору, про спонукання до укладення договору та про визнання договору укладеним в редакції, наданій позивачем як додаток до позовної заяви (останнє передбачено частиною третьою ст. 83 Господарського процесуального кодексу).

34. Порядок укладення цивільно-правових договорів встановлюється статтями 641–646, 649 ЦК. Ці положення поширюються і на відносини, що виникають при укладенні господарських договорів. Разом з тим до цих відносин застосовуються й положення ст. 181 ГК. Зокрема, ч. 3 ст. 181 ГК встановлює строк для відповіді на пропозицію укласти договір. Складення та надіслання сторони, що є ініціатором укладення договору, протоколу розбіжностей не суперечить положенням Цивільного кодексу, а є лише конкретизацією положення ст. 646 ЦК щодо відповіді про згоду укласти договір на інших умовах як нової пропозиції укласти договір. До укладення господарських договорів застосовується правило про строк для передання переддоговірного спору на вирішення суду (ч. 5 ст. 181 ГК), якщо це допускається в силу закону або договору, а також положення про наслідки пропуску цього строку (ч. 7, 8 ст. 181 ГК). Що стосується можливості передання переддоговірного спору на вирішення суду, то вона може встановлюватись за згодою сторін або законом, як це передбачено ч. 2 ст. 649 ЦК. Стосовно господарських договорів випадки, коли в силу закону можливе передання переддоговірного спору на вирішення суду, встановлені ч. 7 ст. 181 ГК. Як право сторони договору, що укладається, передати переддоговірний спір на вирішення суду без згоди іншої сторони не може тлумачитись положення ч. 5 ст. 231 ГК, згідно якої у разі недосягнення згоди між сторонами щодо встановлення та розміру штрафних санкцій за порушення зобов'язання спір може бути вирішений у судовому порядку за заявою заінтересованої сторони.

В силу принципу диспозитивності (ч. 3 ст. 6 ЦК) сторони попереднього господарського договору вправі встановити інший строк для укладення основного господарського договору, ніж строк, встановлений ч. 1 ст. 182 ГК. Але, якщо сторони попереднього господарського договору цей строк не встановили, застосуванню підлягає річний строк, що встановлений цією частиною. Позов про спонукання до укладення основного господарського договору може бути пред'явлений впродовж строку, встановленого попереднім договором (якщо цей строк попереднім господарським договором не встановлено, такий позов може бути пред'явлено впродовж одного року). Цей строк є обмежувальним, який не поновнюється, а тому позов, пред'явлений після спливу зазначеного строку, не може бути задоволений.

35. При укладенні господарських договорів на основі примірних і типових договорів має виконуватись категорична вимога ч. 3 ст. 184 ГК укладати такі договори не інакше як шляхом викладення договору у вигляді єдиного документа, оформленого згідно з вимогами ст. 181 ГК та відповідно до правил, встановлених нормативно-правовими актами щодо застосування примірного або типового договору. Але порушення цих вимог за наявності належного волевиявлення сторін не тягне нікчемності відповідних договорів або їх окремих умов, а є лише підставою для визнання їх недійсними судом, як це передбачено ч. 1,3 ст. 215 та ч. 1 ст. 203 ЦК.

36. Частина 1 ст. 638 ЦК і ч. 2 ст. 180 ЦК однаково визначають істотні умови договорів та визнають договори укладеними, якщо між сторонами у передбачених законом порядку і формі досягнуто згоди щодо всіх істотних умов. Це не виключає поширення на господарські договори ч. 3 ст. 640 ЦК, відповідно до якої у разі встановлення законом обов'язковості нотаріального посвідчення та державної реєстрації договорів договір визнається укладеним з моменту нотаріального посвідчення та/або державної реєстрації договору. Поширюється на господарські договори і ч. 2 ст. 640 ЦК, яка визнає договір укладеним з моменту передавання відповідного майна або вчинення певної дії, якщо відповідно до акта цивільного законодавства для укладення договору необхідні також передавання майна або вчинення певної дії.

Пряме зазначення у ч. 3 ст. 180 ГК на те, що при укладенні господарського договору сторони зобов'язані в будь-якому разі погодити предмет, ціну та строк договору, та відсутність такого положення у Цивільному кодексі не може означати різного підходу до розуміння цими кодексами істотних умов договорів. Предмет є необхідною умовою для будь-якого виду договорів. Ціна має визнаватись необхідною умовою всіх оплатних договорів. Але відсутність в тексті договору умов, які визнаються істотними, може бути підставою для визнання договору умов неукладеним (правочину — таким, що не вчинений) лише до того моменту, коли сторони ще не почали виконувати договір. Якщо ж хоч би одна сторона почала виконувати договір, а інша сторона хоч би частково прийняла виконання, кожна із сторін має право доводити, що договір укладено. Стосовно таких випадків Цивільний кодекс формулює численні правила про те, як же поповнити відсутні умови договору (ч. 4 ст. 632, ч. 2 ст. 671, ч. 2 ст. 673, ч. 2 ст. 749, ч. 1 ст. 762, ч. 3 ст. 843 ЦК тощо).

Не може бути підставою визнання договору неукладеним відсутність умови про строк дії договору, якщо його одна сторона зобов'язання хоч би частково виконала, а інша сторона виконання у цій частині прийняла. Відповідно до ч. 1 ст. 631 ЦК сторони можуть здійснити свої права та виконати свої обов'язки, що виникли на підставі договору, впродовж строку договору. Таке ж правило впливає і з ч. 7 ст. 180 ГК. Але переважно перед цими загальними положеннями ст. 631 ЦК та ст. 180 ГК застосовуються ч. 3 ст. 612 ЦК і ч. 2 ст. 220 ГК, які у випадках невиконання боржником зобов'язання в строк, встановлений договором або законом, надають кредиторів право відмовитися від прийняття виконання лише у випадках, коли внаслідок прострочення боржником виконання зобов'язання втратило інтерес для кредитора.

37. Цивільний і Господарський кодекси не виключають пред'явлення в суді вимоги про визнання правочину невичиненим, а договору — неукладеним, таким, що не відбувся (ч. 8 ст. 181 ГК). Тому такі позови мають розглядатись, а справи — вирішуватись по суті. Припинення провадження в таких справах в зв'язку з відсутністю предмета спору не має правової підстави, оскільки сторона може вимагати захисту її права, яке не тільки порушене, а і оспорується чи не визнається.

38. Положення ст. 620 ЦК про правові наслідки невиконання обов'язку передати річ, визначену індивідуальними ознаками, стосовно господарських зобов'язань доповнюється ч. 5 ст. 226 ГК, відповідно до якої управнена сторона має право вимагати відібрання у боржника речей, які визначені індивідуальними чи родовими ознаками та які підлягають переданню відповідно до зобов'язання. Проте у зобов'язаннях щодо рухомих речей, які мають ознаки обтяження, права кредиторів, що випливають із ч. 5 ст. 226 ГК, можуть бути забезпечені перед третіми особами за умови виконання вимоги ст. 7 Закону «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень» про обов'язковість реєстрації обтяжень.

39. Зміна або розірвання договору допускається, за загальним правилом, за згодою сторін. В інших випадках, передбачених договором або законом, зміна або розірвання договору здійснюється за рішенням суду або в односторонньому порядку (ст. 651 ГК). З цим в основному узгоджується положення ч. 1 ст. 188 ГК. Угода про зміну або розірвання договорів укладається в порядку, встановленому для укладення договорів (ст. 641-646 ЦК). При цьому стосовно господарських договорів строк для відповіді на пропозицію про розірвання або зміну договору встановлений тривалістю двадцять днів (ч. 3 ст. 188 ГК). Після спливу цього строку ініціатор зміни або розірвання договору може звернутись з позовом про зміну або розірвання договору до суду.

40. Досягнення згоди про зміну або розірвання договору відповідно до ч. 1 ст. 651 ЦК та ст. 188 ГК не звільняє сторони від обов'язку дотримуватись вимог закону щодо форми угоди про зміну або розірвання договору. Зміна або розірвання договору вчиняється в такій самій формі, в якій відповідно до закону був укладений договір, що змінюється або розривається (ст. 654 ЦК). У відповідних випадках угода про зміну або розірвання договору має бути посвідчена нотаріально. Вона підлягає також державній реєстрації, якщо договір, що змінюється або розривається, відповідно до закону був належним чином зареєстрований. Викладені правила про форму зміни або розірвання договору поширюються і на зміну або розірвання договору шляхом вчинення одностороннього правочину. Положення про те, що форма правочину, який вчиняється з метою зміни або розірвання договору, може передбачатись договором або звичаями ділового обороту (ст. 654 ЦК), застосовується лише в частині, що не суперечить спеціальним правилам ст. 205 ЦК та інших положень законів, тобто в межах права сторін на свій розсуд визначати форму правочину.

41. Як зміна договору має тлумачитись продовження його дії на новий строк за домовленістю сторін. Така домовленість (відповідний правочин) має вчинятись з додержанням вимог щодо форми, встановлених ст. 654 ЦК, та щодо

реєстрації, якщо договір, дія якого продовжується, підлягає державній реєстрації відповідно до ст. 210, 640 ЦК. Але дотримання цих правил щодо форми та державної реєстрації договору не є обов'язковими, якщо продовження дії договору законом або договором пов'язується не з діями сторін чи однієї зі сторін, що містять в собі волевиявлення, а з їх бездіяльністю. Така умова може бути передбачена договором. Вона встановлена також ст. 764 ЦК та ст. 17 Закону «Про оренду державного і комунального майна».

42. Загальне правило ч. 2 ст. 651 ЦК надає право стороні вимагати зміни або розірвання договору у разі істотного порушення договору іншою стороною. При цьому допускається можливість встановлення договором або законом інших підстав зміни або розірвання договору. Тут же визначається істотне порушення. Істотне порушення договору є підставою зміни або розірвання договору незалежно від наявності вини сторони, що припустилася порушення, якщо інше не встановлено законом. Договором істотне порушення договору визначатись не може. Це не перешкоджає встановленню договором умови про те, що підставою зміни або розірвання договору є обставини, що не передбачені законом, в тому числі і порушення договору другою стороною, яке не є істотним.

Загальне правило ч. 2 ст. 651 ЦК співіснує разом із спеціальними положеннями, що надають стороні право вимагати зміни або розірвання договору. Ці спеціальні положення мають тлумачитись як такі, що не виключають застосування до відповідного договору ч. 2 ст. 651 ЦК.

В окремих випадках сторона на свій розсуд (не в зв'язку з будь-якими обставинами) вправі вимагати розірвання договору. Таке право надається особі, яка стала власником речі, переданої у користування на підставі договору позички, який укладено без визначення строку (ч. 3 ст. 834 ЦК), а також набувачеві за договором довічного утримання (п. 2 ч. 1 ст. 755 ЦК).

Наведені положення застосовуються до господарських договорів, якщо сторонами відповідних договорів можуть бути суб'єкти господарювання.

43. Згідно ч. 3 ст. 651 ЦК договір може бути розірваний або змінений у разі односторонньої відмови від договору в повному обсязі або частково. Загального положення, яке б формулювало підставу, що породжує таке право сторони договору, не встановлено. Натомість, право сторони на односторонню відмову від договору передбачається стосовно окремих видів договорів. Таке право може встановлюватись також договором. Відмова від виконання зобов'язання, відмова від прийняття виконання зобов'язання відповідно до ст. 236 ГК також в кінцевому рахунку тягне розірвання чи зміну договору. Відмова від виконання зобов'язання або від прийняття виконання, що здійснюється відповідно до ст. 235 і 236 ГК є видами відповідальності (ч. 2 ст. 217 ГК), але застосовується незалежно від вини (ч. 3 ст. 235 ГК). В решті випадків право на односторонню відмову від договору в повному обсязі або частково в зв'язку з порушенням договору іншою стороною також не залежить від вини сторони, яка припустилася порушення договору, якщо спеціальним положенням закону передбачено інше. Право сторони на односторонню відмову від договору в зв'язку з порушенням договору іншою стороною передбачено ч. 1 ст. 665; ч. 2 ст. 666; ч. 4 ст. 692; ч. 1 ст. 678; ст. 686; ч. 2 ст. 695; ч. 1 ст. 848; ч. 3 ст. 879; ч. 2 ст. 922; ч. 2 ст. 782; ч. 2 ст. 1110 ЦК. Відмова від

договору здійснюється шляхом заяви про це, що має бути зроблена на адресу іншої сторони. Низка положень Цивільного кодексу надає стороні право на розірвання договору шляхом односторонньої відмови від нього не в зв'язку з будь-якими обставинами, а на свій розсуд (ч. 3 ст. 702; ч. 2 ст. 722, ч. 2 ст. 724, ч. 1 ст. 790, ч. 1 ст. 834, ч. 1 ст. 825, ч. 4 ст. 849, ч. 2 ст. 867, ст. 935, ст. 953, ч. 1,2 ст. 1008, ст. 1025, 1026 ЦК тощо).

У відповідних випадках наведені положення поширюються на господарські договори. Їх застосування до господарських договорів не перешкоджає односторонній відмові від виконання зобов'язання та відмові від прийняття виконання, що веде до часткового або повного припинення договору. Такі дії сторони договору визнаються оперативного-господарськими санкціями, що можуть застосовуватись лише у випадках, передбачених договором (ч. 2 ст. 235 ГК).

44. Відповідно до ст. 524 ЦК грошове зобов'язання має бути виражене в валюті України. Разом з тим сторони можуть визначити грошовий еквівалент зобов'язання в іноземній валюті. Стосовно сфери дії Господарського кодексу можливість вираження грошового зобов'язання в іноземній валюті обмежується випадками, коли суб'єкти господарювання вправі проводити розрахунки між собою в іноземній валюті (ч. 2 ст. 198 ГК). Однак вираження грошового зобов'язання між суб'єктами господарювання в іноземній валюті не може бути підставою для стягнення в доход держави отриманого на виконання такого зобов'язання на підставі ч. 1 ст. 208 ГК, а лише дає право на оспорювання відповідних умов договору.

45. Стаття 536 ЦК покладає на боржника обов'язок сплачувати проценти за користування чужими коштами (готівковими і безготівковими). Відповідно до ст. 536 ЦК, 1046, 1048, 1054, 1057 ЦК користування чужими коштами має місце при отриманні авансу чи попередньої оплати товарів, робіт, послуг (до виконання зустрічного зобов'язання), при переданні товарів, виконанні робіт, наданні послуг з умовою про розстрочення (відстрочення) оплати, тобто при всіх формах комерційного кредиту, а також при отриманні грошових коштів на умовах позики.

Відповідно до ч. 1 ст. 536 ЦК лише договором між фізичними особами може бути встановлено, що за користування чужими коштами боржник не сплачує процентів. Проте, дійсні можливості встановлення іншого договором, що впливають із ст. 1057, 1054, 1048 ЦК, є більш широкими. Частина 2 ст. 1057 ЦК приписує до комерційного кредиту, що охоплює собою і попередню оплату, і продаж товарів, виконання робіт, надання послуг на умовах відстрочення (розстрочення) оплати, застосовувати статті 1054—1056 ЦК. Згідно з ч. 2 ст. 1054 ЦК до кредитних відносин застосовуються статті 1046—1053 ЦК. Частина 1 ст. 1048 ЦК надає позикодавцеві право на отримання процентів, якщо інше не встановлено договором або законом. В силу цього спеціального правила будь-яким договором може бути передбачено, що плата (проценти) за користування чужими коштами не встановлюється. Виняток із цього правила встановлено для банків (ч. 8 ст. 49 Закону «Про банки і банківську діяльність»). Інші фінансові установи також не можуть надавати безпроцентні кредити в силу визначення фінансового кредиту як такого, що передбачає сплату процентів (п. 3 ч. 1 ст. 1

Закону «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг»). Відступати від принципу платності фінансового кредиту неможливо, оскільки це суперечило б суті таких відносин, які зачіпають інтереси третіх осіб, коштами яких користуються банки та інші фінансові установи.

Слід також враховувати, що на виняток із загального правила ч. 1 ст. 536 ЦК про платність користування чужими коштами (якщо інше не встановлено договором між фізичними особами), до відносин з приводу комерційного кредиту застосовується п. 1 ч. 2 ст. 1048 ЦК, відповідно до якого договір позики, що не пов'язаний із здійсненням підприємницької діяльності однієї із сторін, вважається безпроцентним, якщо він укладений між фізичними особами на суму, яка не перевищує п'ятидесятикратного розміру неоподаткованого мінімуму доходів громадян.

Положення Цивільного і Господарського кодексів щодо процентів за користування чужими коштами не виключають чинності спеціальних правил Закону «Про фінансові послуги та державне регулювання ринку фінансових послуг», відповідно до яких надання грошових коштів у позику під процент (фінансовий кредит) з метою отримання прибутку можуть здійснювати лише юридичні особи, що отримали статус фінансової установи.

46. Строк, впродовж якого підлягають сплаті проценти за грошовим зобов'язанням чи проценти за користування чужими коштами, встановлені ч. 3 ст. 198 ГК і ст. 536 ЦК. У разі відстрочення (розстрочення) оплати товарів, робіт, послуг проценти мають сплачуватись за весь період відстрочення (розстрочення), якщо інше не встановлено договором. При визначенні періоду, за який нараховуються проценти на суму попередньої оплати товарів, що придбаваються за договором купівлі-продажу, застосовується ч. 3 ст. 693 ЦК: на суму попередньої оплати проценти нараховуються від дня, коли товар мав бути переданий, до дня фактичного передання товару покупцеві або дня попередньої оплати. Договором може бути встановлений обов'язок боржника сплачувати проценти на суму попередньої оплати від дня одержання суми від покупця. До випадків попередньої оплати робіт, послуг ч. 3 ст. 693 ЦК підлягає застосуванню за аналогією.

47. Визнання можливості нарахування процентів на суму попередньої оплати не вплинуло на визначення процентів у п. 1.10 ст. 1 Закону «Про оподаткування прибутку підприємств «та на правовий режим процентів на суму попередньої оплати у податкових правовідносинах. Вони не можуть відноситись на валові витрати платника таких процентів, що є платником податку на прибуток.

48. Якщо розмір процентів за користування чужими коштами договором не встановлений, він визначається на рівні облікової ставки Національного банку України (ч. 1 ст. 1048 ЦК). Проценти за кредити, що надаються банком, не можуть бути нижчими процентної ставки, яку бере сам банк, і процентної ставки, що виплачується банком за депозитами (ч. 3 ст. 346 ГК; ч. 6 ст. 49 Закону «Про банки і банківську діяльність»). Це правило за аналогією належить застосовувати до інших фінансових установ.

49. Правова природа процентів, що передбачені ст. 536 ЦК і ч. 3 ст. 198 ЦК, з одного боку, та процентів, встановлених ч. 2 ст. 625 ЦК, є різною. У першому

випадку проценти є платою за користування чужими коштами, у другому — видом цивільно-правової відповідальності. У випадках, коли відповідно до закону або договору боржник зобов'язаний сплачувати проценти за користування чужими коштами, він не звільняється від обов'язку сплачувати проценти на підставі ч. 2 ст. 625 ЦК. Проте, сторони договору вправі встановити інший розмір процентів, що сплачуються за прострочення виконання грошового зобов'язання.

50. Підстави припинення зобов'язань встановлюються Цивільним кодексом (статті 588—609). Ці правила поширюються на господарські зобов'язання (ч. 3 ст. 202 ГК). При цьому до господарських зобов'язань застосовуються також спеціальні правила Господарського кодексу. Зокрема, господарське зобов'язання припиняється також «у разі його розірвання або визнання» правочину, на підставі якого воно виникло, недійсним (ч. 2 ст. 202 ГК). Що стосується ч. 5 ст. 203 ГК, яка встановлює обмеження на припинення зустрічних зобов'язань зарахуванням, то ця частина не може тлумачитись так, що вона суперечить п. 4 ст. 602 ЦК. Частина 5 ст. 203 і п. 4 ст. 602 ЦК виключають припинення зобов'язань зарахуванням у разі спливу позовної давності незалежно від наявності заяви іншої сторони і не допускають припинення зобов'язання в таких випадках, хоч би сторона і не заявляла про сплив позовної давності.

51. Поняття відповідальності за порушення зобов'язання використовується у Цивільному кодексі, але не визначається. Із ч. 1 ст. 216 ГК випливає, що господарсько-правовою відповідальністю є застосування до правопорушників господарських санкцій. При цьому господарськими санкціями визнаються відшкодування збитків, сплата штрафних санкцій і оперативно-господарські санкції (ч. 2 ст. 217 ГК). Заходи, що передбачені ч. 2 ст. 625 ЦК (сплата суми заборгованості за грошовим зобов'язанням з урахуванням індекса інфляції і сплата процентів) не охоплюються наведеним розумінням господарсько-правової відповідальності, але це не виключає визнання їх заходом відповідальності осіб, що припустилися порушення строку сплати грошової суми за господарським зобов'язанням.

52. Стаття 614 ЦК формулює загальний принцип відповідальності за порушення цивільно-правового зобов'язання за наявності вини боржника. Із ч. 1 ст. 614 ЦК випливає, що вина боржника має визнаватись наявною, якщо він не вжив всіх залежних від нього заходів щодо належного виконання зобов'язання. Таке ж розуміння вини впливає із першого речення ч. 2 ст. 218 ГК. Воно, зокрема, звільняє боржника від відповідальності, якщо причиною порушення зобов'язання стали виключно винні дії (бездіяльність) кредитора. Відповідно до абзацу першого ст. 617 ЦК вина боржника має вважатись відсутньою у випадках, коли порушення зобов'язання стало наслідком не тільки непереборної сили, а і випадку. Відповідно до ч. 2 ст. 218 ГК вина є відсутньою тільки тоді, коли порушення зобов'язання стало наслідком непереборної сили. Отже, порушення господарського зобов'язання внаслідок випадку (коли боржник не вжив всіх заходів з метою належного виконання зобов'язання, але відповідно до обставин, що склалися, договору і законодавства він не повинен був їх вживати) не визнається невинним і не звільняє суб'єкта господарювання від відповідальності. Частина 2 ст. 218 ГК встановлює умови відповідальності сторін господарських зобов'язань

(в тому числі юридичних осіб, що не є суб'єктами господарювання, якщо іншою стороною такого зобов'язання є суб'єкт господарювання). Такі ж, більш жорсткі, ніж за правилами Цивільного кодексу, умови відповідальності суб'єктів господарювання перед споживачами встановлює також ч. 5 ст. 17 Закону «Про захист прав споживачів».

Непереборна сила відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 263 ЦК має ознаку або надзвичайності, або невідворотності. Відповідно до ч. 2 ст. 218 ГК непереборна сила характеризується цими обома ознаками одночасно. За наявності такої суперечності до господарських зобов'язань належить застосовувати визначення непереборної сили, що наводиться у п. 1 ч. 1 ст. 263 ЦК.

В господарському договорі сторони вправі передбачити певні обставини, яким притаманна ознака надзвичайності та невиконання зобов'язання внаслідок дії яких є підставою для звільнення боржника від відповідальності (ч. 4 ст. 219 ГК). Для включення таких умов в договір немає будь-яких обмежень. Цьому не може бути перешкодою ч. 3 ст. 225 ГК, відповідно до якої не допускається погодження між сторонами зобов'язання щодо обмеження їх відповідальності, якщо розмір відповідальності для певного виду зобов'язань визначений законом.

53. Визначення збитків, що наводяться у ч. 2 ст. 22 ЦК та ч. 2 ст. 224 ГК, слід визнати такими, що відрізняються лише за формулюваннями, а не за змістом. Ч. 1 ст. 225 ГК, що включає до складу збитків матеріальну компенсацію моральної шкоди, не дає підстави для висновку про те, що у всіх випадках, коли на сторону господарського зобов'язання покладається обов'язок відшкодувати збитки, цей обов'язок передбачає також матеріальну компенсацію моральної шкоди. Цей висновок узгоджується з застереженням про те, що матеріальна компенсація моральної шкоди включається до складу збитків «у випадках, передбачених законом» (абзац п'ятий ч. 1 ст. 225 ГК). Отже, у господарських зобов'язаннях матеріальна компенсація моральної шкоди допускається лише у випадках, передбачених законом. Це відповідає ст. 611 ЦК, яка також передбачає відшкодування збитків та моральної шкоди у випадках, встановлених договором або законом. Таким законом щодо збитків є ч. 1 ст. 623 ЦК, що покладає на боржника, який порушив зобов'язання, обов'язок відшкодувати завдані цим збитки. Стосовно моральної шкоди такого загального правила немає, а тому обов'язок її відшкодування встановлюється спеціальними положеннями законів. Якщо таких спеціальних положень немає і обов'язок відшкодування моральної шкоди не встановлено договором, порушення зобов'язання не спричиняє обов'язку відшкодувати моральну шкоду.

Посилання у ч. 1 ст. 225 ГК на те, що матеріальна компенсація моральної шкоди входить до складу збитків у випадках, встановлених законом, не позбавляє сторони господарського договору передбачити в договорі обов'язок боржника відшкодувати моральну шкоду, завдану порушенням зобов'язання, що ґрунтується на цьому договорі.

54. В силу ч. 3 ст. 6 ЦК сторони цивільно-правового договору вправі зменшити або збільшити розмір відповідальності боржника у вигляді відшкодування збитків, якщо неприпустимість цього не передбачена в порядку, встановленому цією частиною. Стосовно господарських договорів прямо передбачається право

сторін за взаємною згодою визначити погоджений розмір збитків, що підлягають відшкодуванню, у твердій сумі або у вигляді відсоткових ставок залежно від обсягу невиконання зобов'язання чи строків його порушення (ч. 5 ст. 225 ГК). Разом з тим забороняється включення до договорів умов про обмеження відповідальності їх сторін, якщо законом для певного виду зобов'язань визначений розмір відповідальності.

55. Цивільний кодекс прямо не передбачає відшкодування збитків, завданих порушенням грошового зобов'язання, але і не містить положень, із яких випливає б неприпустимість стягнення з боржника збитків, завданих таким порушенням. Стаття 229 ГК стосовно господарських зобов'язань повторює положення ч. 1 ст. 625 ЦК про неприпустимість звільнення боржника від відповідальності за неможливість виконання грошового зобов'язання та встановлює обов'язок учасника господарських відносин, що порушив грошове зобов'язання, відшкодувати збитки, завдані таким порушенням. Відшкодування збитків при цьому не виключає застосування ч. 2 ст. 625 ЦК, але це не повинне надавати кредиторів додаткові доходи. Тобто, якщо заборгованість за грошовим зобов'язанням була стягнена чи стягується з урахуванням індексу інфляції, індекс інфляції не може прямо чи опосередковано застосовуватись при визначенні розміру завданих збитків. Якщо збитки, які стягуються з боржника, що прострочив виконання грошового зобов'язання, полягають у сплаті процентів за користування кредитом, з боржника не можуть стягуватись проценти, передбачені ч. 2 ст. 625 ЦК.

56. Посилання в ст. 558 і 567 ЦК на платний характер поруки та гарантії не може тлумачитись в такий спосіб, що сторони не можуть домовитись про безоплатний характер послуги з надання поруки чи гарантії, якщо інше не встановлено законом та прийнятими відповідно до нього підзаконними актами. Переважному застосуванню перед вказаними статтями підлягають пункти 1, 5 ч. 1 ст. 1, статей 4, 5, 7 Закону «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг», відповідно до яких порука та гарантія з метою отримання прибутку можуть надаватись лише юридичними особами, що зареєстровані як фінансові установи.

Визнання у ст. 560 ЦК можливості надання гарантії страховими організаціями суперечить правилам ст. 2 Закону «Про страхування», що встановлюють виключно спеціальну дієздатність страховиків. Тому ст. 560 ЦК в цій частині не застосовується до можливого внесення змін до цієї статті або до ст. 2 Закону «Про страхування».

До правовідносин щодо гарантії застосовуються «Уніфіковані правила по договірних гарантіях Міжнародної торгової палати», оскільки ст. 2 Закону «Про платіжні системи та переказ грошей в Україні» визнає їх такими, що регулюють відносини у сфері переказу грошей. Проте, переважному застосуванню перед «Уніфікованими правилами» підлягають відповідні положення Цивільного кодексу. Зокрема, на відносини щодо гарантії не поширюються положення Цивільного кодексу, що стосуються поруки, хоч в названих Уніфікованих правилах під гарантією розуміється і порука.

57. Загальними положеннями Цивільного кодексу про зобов'язання не встановлюється розміри неустойки за порушення зобов'язань. Частина 2 ст. 231 ГК встановлює розміри неустойки (за термінологією цього Кодексу, — штрафних санкцій) у разі порушення господарського зобов'язання, в якому хоча б одна сторона є суб'єктом господарювання, що належить до державного сектору економіки (такі суб'єкти визначаються ч. 2 ст. 22 ГК), або порушення пов'язане з виконанням державного контракту, або виконання зобов'язання фінансується за рахунок Державного бюджету України чи за рахунок державного кредиту. Відповідно до ч. 4 ст. 231 ГК у разі, якщо розмір штрафних санкцій законом не визначено, санкції застосовуються в розмірі, передбаченому договором. Це не виключає права сторін господарського договору відступити від розміру неустойки, встановленої законом, якщо тільки така умова не буде суперечити спеціальному закону. Але в силу ч. 5 ст. 225 ГК («не допускається погодження між сторонами зобов'язання щодо обмеження їх відповідальності, якщо розмір відповідальності для певного виду зобов'язань визначений законом») такі відступлення допускаються лише в бік підвищення відповідальності, а не в бік її зменшення. Лише стосовно грошових зобов'язань, що кваліфікуються як господарські, ч. 2 ст. 343 ГК передбачає максимальний розмір пені, що може встановлюватись за згодою сторін. Цей розмір дорівнює подвійній ставці Національного банку України, що діяла у період, за який сплачується пеня. Такий же максимальний розмір пені, яка може передбачатись договором, встановлюється ст. 3 Закону «Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань», але сфера дії цього Закону є більш широкою і він поширюється не тільки на господарські зобов'язання, а і на зобов'язання між юридичними особами, хоч би ні одна із них не була суб'єктом господарювання.

58. Частина 1 ст. 624 ЦК визнає, що штрафна неустойка (така, що стягується у повному розмірі, незалежно від відшкодування збитків) застосовується як загальне правило. Спеціальним законом або договором можуть встановлюватись інші види неустойки (за критерієм її співвідношення із збитками). Чи можливо в договорі відступати від виду неустойки, встановленої спеціальним законом, — це залежить від змісту цього закону та ч. 3 ст. 6 ЦК. Відповідно до частин 1, 2 ст. 232 ГК у господарських зобов'язаннях має застосовуватись, як правило, залікова неустойка, а інші види неустойки застосовуються, якщо це передбачено законом або договором. Але ці положення не повинні застосовуватись як такі, що суперечать загальним правилам ст. 624 ЦК як основного акта цивільного законодавства. Не повинна застосовуватись і ч. 6 ст. 232 ГК, яка обмежує шістьма місяцями строк від дня порушення зобов'язання, впродовж якого (строку) нараховується неустойка (нараховуються штрафні санкції). Що стосується обов'язку платника самостійно нараховувати пеню на прострочену суму платежу і давати банку доручення про її перерахування з наявних на рахунок платника коштів (ч. 4 ст. 343 ГК), то його виконання не забезпечується заходами відповідальності.

Частина 7 ст. 232 ГК передбачає можливість встановлення законом випадків, коли штрафні санкції за порушення господарських зобов'язань стягуються в доход держави. На цей час не діє будь-який закон, що встановлює такий порядок.

Закон «Про майнову відповідальність за порушення умов договору підряду (контракту) при виконанні робіт на будівництві об'єктів», що передбачає можливість стягнення неустойки в доход бюджету, якщо сторона не здійснила заходи щодо її стягнення на свою користь, мав бути введений в дію з 1 січня 2001 р., але його дія припинялась законами про Державний бюджет України на 2001, 2002, 2003 роки. На 2004 рік його дія була призупинена в частині неустойки (п. 23 ст. 80 Закону «Про Державний бюджет України на 2004 рік»). Таке ж положення включене до Закону «Про Державний бюджет України на 2005 рік».

59. Цивільний кодекс не дає суду права зменшувати розмір збитків та неустойки, що стягуються на користь кредитора, крім випадків наявності вини кредитора або умисного чи необережного сприяння кредитора збільшенню розміру збитків, завданих порушенням зобов'язання, або невжиття кредитором заходів щодо їх зменшення (ст. 616 ЦК). Це положення поширюється і на господарські зобов'язання. У сфері дії Господарського кодексу суду надаються додаткові можливості зменшити розмір неустойки, що стягується на користь кредитора. Якщо порушення зобов'язання не завдало збитків іншим учасникам господарських відносин, суд може з урахуванням інтересів боржника зменшити розмір належної до сплати неустойки. У разі, якщо належні до сплати штрафні санкції надмірно великі порівняно із збитками кредитора, суд має право зменшити розмір санкцій, взявши до уваги ступінь виконання зобов'язання боржником, майновий стан сторін, які беруть участь у зобов'язанні; не лише майнові, а і інші інтереси сторін, що заслуговують на увагу (ст. 233 ЦК).

60. Адміністративно-господарські санкції, застосування яких передбачено ст. 238—257 ГК, не є видами цивільно-правової відповідальності, але тягнуть відповідні цивільно-правові наслідки на стороні особи, до якої такі санкції застосовуються. Не є адміністративно-господарські санкції і видом господарсько-правової відповідальності, яка відповідно до ч. 1 ст. 216 ГК полягає в застосуванні господарських санкцій, якими адміністративно-господарські санкції не визнаються (частини 2, 3 ст. 217 ГК). Тому застосування адміністративно-господарських санкцій можливе і за відсутності вини. Строки застосування адміністративно-господарських санкцій, встановлені ст. 250 ГК, підлягають застосуванню, якщо порушення правил здійснення господарської діяльності були допущені після введення в дію Господарського кодексу. Це впливає із п. 5 «Прикінцевих положень» Господарського кодексу.

61. Інститут купівлі-продажу в Цивільному кодексі поділяється на субінститути загальних положень про купівлю-продаж, роздрібною купівлі-продажу, поставки, контракції сільськогосподарської продукції, постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу, міни. Статті 655—697 ЦК поширюються на всі види купівлі-продажу (роздрібною купівлю-продаж, поставку, контракцію, постачання ресурсами, міну), якщо тільки це не суперечить спеціальним правилам, що сформульовані в законі стосовно окремих видів купівлі-продажу.

Поділ господарсько-торговельної діяльності на поставку, контракцію сільськогосподарської продукції, енергопостачання, купівлі-продажу, оренду, міну, лізинг та інші види діяльності, що впливає із ч. 4 ст. 263 ГК, та виокремлення

відповідних нормативних масивів надали змогу сформулювати спеціальні правила, що стосуються зазначених видів господарсько-торговельної діяльності, та дещо скоригувати сферу застосування норм окремих субінститутів купівлі-продажу, що виокремлюються в Цивільному кодексі. Але стосовно господарсько-торговельної діяльності в ст. 263 ГК формулюються тільки найбільш загальні положення. Більш розгорнутих загальних положень, які поширювалися б на всі види господарсько-торговельної діяльності, як вона визначається у ст. 263 ГК, на цей час не сформульовані. Визнання видами господарсько-торговельної діяльності оренди та лізингу (статті 283—292 ЦК) не є підставою для застосування до зобов'язань оренди та лізингу загальних положень про купівлю-продаж (статті 655—697 ЦК).

62. Договорами купівлі-продажу зазвичай передбачається обов'язок продавця передати товари (ресурси) і зустрічне грошове зобов'язання покупця. Зустрічне зобов'язання за договором міни (бартеру) може полягати у виконанні роботи, наданні послуги (ч. 5 ст. 715 ЦК). Положення цивільного законодавства про міну (бартер) не можуть застосовуватись до відносин, в яких обидва зустрічні зобов'язання полягають у виконанні робіт чи наданні послуг, якщо інше не передбачено договором відповідно до ч. 3 ст. 6 ЦК. Ст. 293 ГК не передбачає кваліфікації як договору міни такого договору, що виходить за межі обміну одного товару на інший (якщо в обмін на товар виконуються роботи або надаються послуги). Але це не є перешкодою для того, щоб сторони встановили в господарському договорі умови про обмін товару на роботи, послуги та передбачили застосування до їх відносин положень цивільного законодавства про міну (бартер). Відповідно до ст. 716 ЦК і ч. 5 ст. 293 ГК на підставі договору міни виникають два зобов'язання. Одне із них, якщо інше не передбачено в договорі, завжди є зобов'язанням купівлі-продажу. Зустрічне зобов'язання може бути зобов'язанням купівлі-продажу або зобов'язанням про виконання роботи, надання послуги. До кожного із цих зустрічних зобов'язань застосовується відповідне законодавство (про купівлю-продаж, виконання робіт, надання послуг).

Передача за договором міни (бартеру) майна, віднесеного законом до основних фондів, якщо воно належить до державної або комунальної власності, можливе в межах відповідної форми власності (ч. 4 ст. 293 ГК). Обмеження на укладення договорів міни можуть впливати із публічно-правових вимог. Так, згідно із ч. 4 ст. 1 Указу Президента України «Про спрощену систему оподаткування, обліку і звітності суб'єктів малого підприємництва» суб'єкти малого підприємництва, які перейшли на спрощену систему оподаткування за єдиним податком, не вправі застосовувати інші форми розрахунків, крім грошової. Це положення слід тлумачити як таке, що має цивільно-правовий зміст. Тому його порушення може бути підставою для визначення відповідних правочинів недійсними.

63. Договір контрактації сільськогосподарської продукції укладається, якщо відчужувачем такої продукції є її виробник (ч. 1 ст. 715 ЦК), в тому числі особисте селянське господарство. Посилання у ч. 1 ст. 272 ГК на те, що державна закупка сільськогосподарської продукції здійснюється за договором контрактації на підставі державних замовлень, не виключає укладення господарського договору

контрактації сільськогосподарської продукції не на підставі державного замовлення, якщо відчуження продукції здійснює її виробник, а склад сторін договору відповідає вимогам Господарського кодексу (ч. 1 ст. 179 ГК). Разом з тим, крім випадків укладення господарського договору про відчуження сільськогосподарської продукції її виробником на підставі державного замовлення, сторони вправі на свій розсуд укласти договір поставки сільськогосподарської продукції або договір купівлі-продажу, хоч би обидві вони були суб'єктами господарювання.

64. Договір поставки відповідно до ч. 3 ст. 265 ГК може укладатись тільки між суб'єктами господарювання, зазначеними в пунктах 1, 2 ч. 2 ст. 55 ГК. Спеціально вказується на те, що реалізація суб'єктами господарювання товарів негосподарюючим суб'єктам здійснюється за правилами про договори купівлі-продажу. За зазначеними межами договори поставки укладатись не можуть. Якщо ж всупереч цим вимогам договір поставки укладено, відповідні його умови підлягають застосуванню, в тому числі і в частині визначення законодавства, що поширюється на відносини сторін, поки зазначені умови чи договір в цілому не визнані недійсними відповідно до частин 1, 3 ст. 215 та ч. 1 ст. 203 ЦК.

До відносин щодо поставки підлягають застосуванню «Положення про поставки продукції виробничо-технічного призначення та поставки виробів народного споживання», Особливі умови поставки окремих видів товарів, що мають затверджуватись Кабінетом Міністрів України (ст. 271 ГК). До затвердження таких актів в частині, що не суперечить законам України, та за умови відсутності нормативно-правових актів України, які регулюють відповідні відносини, застосовуються «Положення про поставки продукції виробничо-технічного призначення» та «Положення про поставки товарів народного споживання», що були затверджені постановою Ради Міністрів Союзу РСР від 28.07.88 № 888. Зокрема, із зазначення у п. 1 ст. 687 ЦК на те, що додержання продавцем умов договору купівлі-продажу щодо кількості, асортименту, якості, комплектності, тари, упаковки товару та інших умов здійснюється у випадках та в порядку, встановлених договором або актами цивільного законодавства, разом із зазначенням з п. 38, 45 Положення про поставки продукції виробничо-технічного призначення і п. 31, 38 Положення про поставки товарів народного споживання (порядок та строки приймання продукції і товарів визначається Державним арбітражем СРСР), можна встановити сферу, в якій приймання продукції і товарів має здійснюватись відповідно до «Інструкції про порядок приймання продукції виробничо-технічного призначення і товарів народного споживання за кількістю» (затверджена постановою Державного арбітражу при Раді Міністрів Союзу РСР від 15 червня 1965 р. № П-6 з наступними змінами) та Інструкції про порядок приймання продукції виробничо-технічного призначення і товарів народного споживання за якістю (затверджена постановою Державного арбітражу при Раді Міністрів Союзу РСР від 25 квітня 1966 р. № П-7).

65. Відповідно до ч. 2 ст. 714 ЦК законом можуть встановлюватись особливості укладення та виконання договору постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу. Стосовно користування енергією окремих видів ч. 1 ст. 277 ГК передбачає затвердження Кабінетом Міністрів

відповідних правил. Прикінцеві та перехідні положення Цивільного кодексу, Прикінцеві положення Господарського кодексу не передбачають припинення дії тих спеціальних законів, які суперечать цим Кодексам. Тому з введенням в дію цих Кодексів зберегли чинність положення абзацу сьомого ч. 1 ст. 12 Закону «Про електроенергетику», відповідно до яких Національна комісія регулювання електроенергетики України наділяється повноваженням затвердження правил користування електричною енергією, та ч. 4 ст. 26 того ж Закону, що передбачає затвердження Кабінетом Міністрів «Правил користування електричною і тепловою енергією для населення». В свою чергу «Правила користування електричною енергією для населення» (п. 53) надають право Національній комісії регулювання електроенергетики затвердити Методику обчислення розміру відшкодування збитків, завданих електропостачальникові внаслідок порушення «Правил користування електричною енергією для населення». Така Методика затверджена постановою НКРЕ від 22 листопада 1999 р. № 1416 (з наступними змінами). Стосовно юридичних осіб—споживачів чинною є «Методика обчислення обсягу електричної енергії, недоврахованої внаслідок порушення споживачем-юридичною особою «Правил користування електричною енергією», яка затверджена постановою НКРЕ від 5 грудня 2001 р. № 1197. Ця Методика не зареєстрована в Міністерстві юстиції, але є чинною, оскільки ст. 2 Указу Президента України «Питання Національної комісії регулювання електроенергетики України» звільняє НКРЕ від обов'язку реєстрації нормативно-правових актів, які прийняті нею та стосуються регулювання ринку електроенергетики, від реєстрації в Міністерстві юстиції.

66. Статті 759—786 ЦК встановлюють загальні положення щодо найму (оренди). В подальшому встановлюються особливості правового регулювання відносин щодо прокату, найму будівлі або іншої капітальної споруди, найму земельної ділянки, найму (оренди) транспортного засобу, лізингу. Встановлені Цивільним кодексом правила, в тому числі і ті, що стосуються названих видів оренди, відповідно до ч. 6 ст. 283 ГК підлягають застосуванню до господарських зобов'язань з урахуванням особливостей, встановлених Господарським кодексом. Щодо оренди державного і комунального майна застосовуються також положення Закону «Про оренду державного і комунального майна». Положення цього Закону можуть застосовуватись до найму (оренди) майна інших форм власності, якщо це передбачено договором (ч. 3 ст. 1 Закону «Про оренду державного і комунального майна»).

Положення Господарського кодексу застосовуються не до всіх зобов'язань щодо найму (оренди) між сторонами, що визначені у ч. 2 ст. 175 ГК, а тільки до зобов'язань з участю таких сторін щодо найму (оренди) об'єктів, що перелічені у ч. 3 ст. 283 ГК. Це — цілісні майнові комплекси державних і комунальних підприємств та їх структурних підрозділів, нерухоме майно (воно має належати суб'єктам, що можуть бути учасниками господарських зобов'язань), інше окреме індивідуально визначене майно виробничо-технічного призначення, що належить суб'єктам господарювання. Якщо об'єктом найму (оренди) є окреме індивідуально визначене майно виробничо-технічного призначення, що належить державній (комунальній) юридичній особі, яка не є суб'єктом

господарювання, можливе укладення таких договорів, на які не буде поширюватись дія Господарського кодексу (оскільки майно не належить суб'єктам господарювання), але буде поширюватись дія Закону «Про оренду державного і комунального майна»).

Стосовно договорів найму (оренди), які кваліфікуються як господарські, встановлюється, що їх умови зберігають свою силу на весь строк дії договору, в тому числі у разі встановлення законодавством після укладення договору правил, що погіршують становище орендаря. Аналогічне правило встановлене ч. 3 ст. 10 Закону «Про оренду державного і комунального майна» стосовно договорів оренди державного і комунального майна. При застосуванні цих правил слід враховувати, що ч. 1 ст. 628 ЦК до змісту договору включає не тільки умови (пункти), визначені сторонами на свій розсуд, а й умови, що є обов'язковими для сторін відповідно до актів цивільного законодавства. Отже, в силу факту укладення договору найму (оренди) положення нормативно-правових актів, що поширюються на зобов'язання, які виникли на підставі договору найму (оренди), набувають характеру умов договору і зберігають чинність на весь строк дії договору. При цьому слід враховувати, що цей строк подовжується у разі продовження договору на новий строк (ч. 4 ст. 284 ГК; ч. 3 ст. 17 Закону «Про оренду державного і комунального майна»).

67. Положення ст. 292 ГК, які регулюють відносини щодо лізингу у сфері господарювання, доповнюють відповідні положення статей 806—809 ЦК. Колізії між цими положеннями двох Кодексів щодо лізингу не існує. Можливим видом лізингу ч. 2 ст. 292 ГК визнає лізинг оперативний. За відсутності в цивільному законодавстві визначення оперативного лізингу слід використовувати визначення цього поняття, що наводиться в п. 1.18.1 ч. 1.18 ст. 1 Закону «Про оподаткування прибутку підприємств» та ототожнює оперативний лізинг з орендою. Відносини щодо фінансового лізингу регулюються також Законом України «Про фінансовий лізинг».

68. Статті 295—305 ГК формулюють положення про агентський відносини та відповідні договори. При цьому щодо агентських відносин застосовується також термін «комерційне посередництво». Положення про комерційне представництво формулюються в ст. 243 і ч. 2 ст. 1004 ЦК. Із цих положень Цивільного кодексу випливає, що комерційне представництво (агентські відносини) є різновидом відносин, що регулюються інститутом доручення (ст. 1000—1010 ЦК). В зв'язку з цим у ч. 2 ст. 305 ГК вказується на те, що до агентських відносин, не врегульованих спеціальними нормативно-правовими актами, застосовуються положення Цивільного кодексу про доручення. Предметом агентського договору в ч. 1 ст. 297 ГК визнається надання послуг в укладенні чи сприянні їх укладенню. Останнє визначається як надання фактичних послуг. Відповідно до ч. 2 ст. 628 ЦК сторони мають право укласти договір, в якому містяться елементи різних договорів. З урахуванням цього до агентського договору можуть бути включені умови про надання послуг, що виходять за межі ст. 295—305 ГК. Надання таких послуг регулюється статтями 901—907 ЦК, а також відповідними спеціальними актами цивільного законодавства. Зокрема, статтями 116—119 Кодексу торговельного мореплавання передбачають укладення договорів морського

агентування, що встановлюють обов'язки агента надавати послуги не тільки щодо укладення угод чи сприяння в їх укладенні, а й щодо надання інших фактичних послуг.

69. У главі 64 «Перевезення» Цивільного кодексу формулюються положення про перевезення, що стосуються всіх видів транспорту (крім трубопровідного). Ці положення регулюють відносини щодо перевезення пасажирів, багажу і вантажу. Статті 306—315 ГК не поширюються на перевезення пасажирів і багажу, а регулюють тільки господарські відносини щодо перевезення вантажу. Ці статті є чинними і стосовно перевезення пошти, оскільки остання може бути визнана вантажем. Застосування положень статей 908—928 ЦК до господарських відносин щодо перевезення не виключається, якщо ці відносини не врегульовані Господарським кодексом або спеціальними законами («Про транспорт», «Про залізничний транспорт», «Про автомобільний транспорт», Кодекс торговельного мореплавства, Повітряний кодекс тощо). При застосуванні законодавства про перевезення слід мати на увазі наступні положення Господарського кодексу, що є відмінними від положень Цивільного кодексу та інших законів, що стосуються перевезень:

1) сторонам договору перевезення надається право встановлювати додаткову відповідальність за неналежне виконання договірних зобов'язань (ч. 5 ст. 307 ГК). Відповідні обмеження, встановлені, зокрема, Статутом залізниць України, втратили чинність у зв'язку з введенням в дію Господарського кодексу;

2) на одержувача вантажу покладається обов'язок прийняти вантаж, який прибув на його адресу. Одержувач має право відмовитися від прийняття пошкодженого або зіпсованого вантажу, якщо буде встановлено, що внаслідок зміни якості виключається можливість повного або часткового використання його за первісним призначенням (ч. 2 ст. 310, ч. 4 ст. 314 ГК);

3) на перевізника покладається обов'язок залишити вантаж у себе на зберігання, якщо одержувач не затребував вантаж або відмовився від його прийняття, за рахунок і за ризик вантажовідправника, письмово повідомивши про це вантажовідправника. Вантаж, який не отриманий одержувачем упродовж місяця після повідомлення перевізником одержувача, вважається невитребуваним і реалізується у встановленому законодавством порядку (ч. 4 ст. 310 ГК). Правила реалізації вантажів затверджені наказом Міністерства транспорту України від 21 листопада 2000 р. № 644. Наявність наведеного спеціального правила ч. 4 ст. 310 ГК виключає застосування до господарських договорів перевезення ст. 597 ЦК, що встановлює порядок задоволення вимог кредитора, який притримує річ, хоч ч. 4 ст. 916 ЦК і визнає право перевізника на притримання;

4) частина 4 ст. 313 ГК передбачає поряд зі сплатою перевізником неустойки за прострочення доставки вантажу відшкодування збитків, завданих втратою, нестачею або пошкодженням вантажу унаслідок прострочення його доставки, тобто визначає цю неустойку як штрафну;

5) як виняток із загального правила ч. 1 ст. 924 ЦК, що покладає на перевізника обов'язок доводити, що втрата, нестача або пошкодження вантажу сталося не з його вини, ч. 2 ст. 314 ГК допускає встановлення в транспортних кодексах і

статутах правил про те, що за відповідних умов на одержувача або відправника покладається обов'язок доводити вину перевізника.

70. Рішення Конституційного Суду України від 9 липня 2002 р. у справі № 1-2/2002, яким визнане неприпустимим обмеження законом чи іншим нормативно-правовим актом права звернення до суду за вирішенням спору, яке (право) впливає із ч. 2 ст. 124 Конституції України, не є підставою для заперечення чинності ст. 925 ЦК і ст. 315 ГК, якими встановлено обов'язкове звернення до перевізника з претензією до пред'явлення позову в суді. Тому до зобов'язань перевезення, що не кваліфікуються як господарські, підлягає застосуванню ст. 925 ЦК, а до господарських зобов'язань перевезення застосовується ст. 315 ГК.

71. На господарські відносини з приводу транспортного експедирування в частині, не врегульованій ст. 316 ГК, поширюється чинність статей 929—935 ЦК, що присвячені транспортному експедируванню.

72. У Цивільному кодексі формулюються загальні положення про підряд (ст. 837—864), а також встановлюються особливості правового регулювання відносин щодо побутового підряду, будівельного підряду, підряду на проектні і пошукові роботи. Підряд на капітальне будівництво, що регулюється ст. 317—324 ГК, є різновидом підряду, тому на нього поширюється чинність загальних положень про підряд, на що прямо вказується в ч. 2 ст. 317 ГК. Підряд на капітальне будівництво виокремлюється не тільки за критерієм предмета, яким є будівництво, а і за критерієм складу сторін, що має відповідати ч. 2 ст. 175 ГК. Це виключає поширення на відносини щодо капітального будівництва положень Цивільного кодексу про будівельний підряд.

Відповідно до ч. 2 ст. 628 ЦК допускається укладання змішаних договорів. До такого роду договорів належать договори будівельного підряду та договори підряду на капітальне будівництво, які містять умови про матеріально-технічне забезпечення капітального будівництва. З огляду на це відносини сторін договору будівельного підряду щодо матеріально-технічного забезпечення будівництва регулюються законодавством про поставки. Менш детально це питання вирішується ч. 3 ст. 317 ГК стосовно договорів підряду на капітальне будівництво. Із ч. 3 ст. 317 ГК випливає, що законодавство про поставки може застосовуватись до відносин щодо поставки, які виникають на підставі договору підряду на капітальне будівництво, якщо це передбачено таким договором. В решті випадків таке застосування можливе за аналогією.

73. Посилання у ч. 1 ст. 352 ГК на те, що страховики надають страхові послуги щодо захисту майнових інтересів у разі настання страхових випадків «за рахунок грошових фондів, які формуються шляхом сплати страхувальниками страхових платежів», не виключає дії загального правила ч. 2 ст. 96 ГК, відповідно до якого юридична особа відповідає за своїми зобов'язаннями всім належним їй майном. Отже, страховики зобов'язані здійснювати виплату страхових сум (страхового відшкодування) за рахунок всього свого майна (отриманого в порядку формування статутного фонду, за рахунок прибутку, іншого майна, одержаного в порядку, що не суперечить закону).

ПЕРЕЛІК ЗАКОНОДАВЧИХ АКТИВ, ЩО КОМЕНТУЮТЬСЯ АБО ЗГАДУЮТЬСЯ У ЦЬОМУ ВИДАННІ

В переліку використані наступні умовні скорочення і позначення:

ВВРУ — Відомості Верховної Ради України (до серпня 1991 р. — «Української РСР»);

ОВУ — Офіційний вісник України;

ЗПУ — Зібрання постанов Уряду України;

УК — Урядовий кур'єр

Зібрання законодавства України — К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2000.

1. Конституція України. Затв. Законом України від 28.06.96. — ВВРУ. — 1996. — № 30. — Ст. 141.

МІЖНАРОДНО-ПРАВОВІ АКТИ

2. Паризька конвенція про охорону промислової власності від 20 березня 1883 р. — Зібрання чинних міжнародних договорів України, 1990, № 1, ст. 320.

3. Бернська конвенція про охорону літературних і художніх творів від 09.09.1986 з наступ. змін. — Интеллектуальная собственность в Украине: правовые основы и практика. — Т. 1. — К.: Ін Юре, 1999. — С. 184.

4. Уніфікований Закон про переказні векселі та прості векселі. Додаток I до Конвенції, якою запроваджено Уніфікований Закон про переказні векселі та прості векселі від 07.06.30. — Вексель в Україні. Збірник систематизованого законодавства. Додаток до газети «Бізнес». — 2000, № 34, с. 6.

5. Конвенція про захист прав та основних свобод людини від 04.11.50. — ОВУ. — 1998. — № 13. — С. 270.

6. Конвенція Організації Об'єднаних Націй про договори міжнародної купівлі-продажу товарів від 11.04.80. — Зібрання чинних міжнародних договорів України. — 1990. — № 1. — Ст. 116.

КОДЕКСИ УКРАЇНИ

7. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.07.63. — Бюлетень законодавства і юридичної практики України. — 2001. — № 9. — С. 201. — Із змін. від 07.03.2002; 20.02.2003; 22.05.2003; 05.06.2003; 19.06.2003; 10.07.2003; 11.05.2004.

8. Кодекс законів про працю України від 10.12.71. — Бюлетень законодавства і юридичної практики України. — 2004. — № 1. — С. 11. — Із змін. від 11.05.2004; 21.10.2004; 22.10.2004; 03.03.2005.

9. Господарський процесуальний кодекс України від 06.11.91. — Бюлетень законодавства і юридичної практики України. — 2003. — № 4. — С. 216. — Измін. від 15.05.2003; 22.05.2003; 18.11.2003; 24.06.2004; 03.03.2005.

10. Повітряний кодекс України від 04.05.93. — Зібрання законодавства України. — т. 6, 6(К)1.

11. Лісовий кодекс України від 21.01.94. — ВВРУ. — 1994. — № 17. — Ст. 99. — Измін. від 3.01.2000; 17.02.2000; 22.02.2000; 11.05.2000; 07.12.2000; 20.12.2001; 26.12.2002; 15.05.2003; 27.11.2003; 23.12.2004.

12. Кодекс торговельного мореплавства України від 23.05.95. — ВВРУ. — 1995. — № 47. — Ст. 349. — Измін. від 21.10.97; 15.05.2003; 03.04.2003.

13. Водний кодекс України від 06.06.95. — ВВРУ. — 1995. — № 24. — Ст. 189. — Измін. від 21.09.2000; 07.12.2000; 20.12.2001; 26.12.2002; 15.05.2003; 27.11.2003; 23.12.2004.

14. Кримінальний Кодекс України від 05.04.2001. — ОВУ. — 2001. — № 21. — Ст. 920. — Измін. від 17.01.2002; 07.03.2002; 16.01.2003; 06.02.2003; 03.04.2003; 15.05.2003; 22.05.2003; 05.06.2003; 11.07.2003; 18.03.2004; 18.05.2004; 16.12.2004; 21.12.2004; 23.12.2004; 11.01.2005; 12.01.2005; 03.03.2005.

15. Бюджетний кодекс України від 21.06.2001. — ОВУ. — 2001. — № 29. — Ст. 1541. — Измін. від 06.03.2003; 10.07.2003; 27.11.2003; 04.03.2004; 17.06.2004; 14.12.2004; 16.12.2004; 23.12.2004.

16. Земельний Кодекс України від 25.10.2001. — ОВУ. — 2001. — № 46. — Ст. 2038. — Измін. від 20.12.2001; 03.04.2003; 15.05.2003; 05.06.2003; 10.07.2003; 11.07.2003; 11.09.2003; 27.11.2003; 18.03.2004; 12.05.2004; 06.10.2004; 14.12.2004.

17. Сімейний кодекс України від 10.01.2002. — ОВУ. — 2002. — № 7. — Ст. 101. — Измін. від 26.12.2002.

18. Митний кодекс України від 11.07.2002. — ОВУ. — 2002. — № 31. — Ст. 1444. — Измін. від 28.11.2002; 24.12.2002; 27.11.2003; 17.02.2004; 15.06.2004; 01.07.2004; 23.12.2004.

19. Цивільний кодекс України від 16.01.2003. — ОВУ. — 2003. — № 11. — Ст. 461. — Измін. від 19.06.2003; 18.11.2003; 12.05.2004; 02.11.2004; 03.11.2004; 03.03.2005.

20. Господарський кодекс України від 16.01.2003. — ОВУ. — 2003. — № 11. — Ст. 462. — Измін. від 04.02.2005; 03.03.2005.

21. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004. — ОВУ. — 2004. — № 16. — Ст. 1088.

ЗАКони УКРАЇНИ

22. Про ціни і ціноутворення. Закон України від 03.12.90. — Зібрання законодавства України. — т. 1, 1(3)3. — Измін. від 07.02.2002; 15.05.2003; 18.11.2003; 20.11.2003.

23. Про міліцію. — Закон України від 20.12.90. — Бюлетень законодавства і юридичної практики. — 2001. — № 8. — С. 235. — Измін. від 21.06.2002; 10.01.2002; 07.02.2002; 15.05.2003; 18.09.2003; 18.09.2003; 04.03.2004; 03.06.2004; 01.07.2004; 23.12.2004; 12.01.2005.

24. Про власність. — Закон України від 07.02.91. — Зібрання законодавства України. — т. 1, 1(3)8. — Із змін. від 03.04.2003; 15.05.2003; 19.06.2003; 03.03.2005.

25. Про статус і соціальний захист громадян, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи. Закон України від 28.02.91. — Зібрання законодавства України. — т. 1, 1(3)12. — Із змін. від 17.02.2000; 07.12.2000; 26.04.2001; 26.04.2001; 11.07.2001; 07.02.2002; 16.01.2003; 15.06.2004; 03.03.2005.

26. Про зайнятість населення. Закон України від 01.03.91. — Зібрання законодавства України. — т. 1, 1(3)13. — Із змін. від 17.12.99; 08.06.2000; 21.12.2000; 26.04.2001; 07.02.2002; 03.04.2003; 01.03.2005.

27. Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні. Закон України від 21.03.91. — Зібрання законодавства України. — т. 1, 1(3)16. — Із змін. від 13.07.2000; 05.07.2001; 21.11.2002; 22.05.2003; 05.06.2003; 27.11.2003; 15.06.2004; 23.12.2004.

28. Про зовнішньоекономічну діяльність. Закон України від 16.04.91. — Зовнішньоекономічна діяльність. Збірник систематизованого законодавства. Додаток до газети «Бізнес». — 2002, № 43/1—2, с. 8 — Із змін. від 25.12.2002; 15.05.2003; 22.05.2003; 20.11.2003; 04.11.2004.

29. Про свободу совісті та релігійні організації. Закон України від 23.04.91. — Зібрання законодавства України. — т. 2, 2(3)4. — Із змін. від 16.01.2003.

30. Про цінні папери і фондову біржу. Закон України від 18.06.91. — Зібрання законодавства України. — т. 2, 2(3)9. — Із змін. від 15.05.2003; 05.06.2003; 20.11.2003; 05.02.2004.

31. Про охорону навколишнього природного середовища. Закон України від 25.06.91. — Бюлетень законодавства і юридичної практики. — 2001. — № 4. — С. 7 — Із змін. від 21.06.2001; 07.02.2002; 24.10.2002; 28.11.2002; 26.12.2002; 15.05.2003; 22.05.2003; 11.07.2003; 27.11.2003; 24.06.2004; 23.12.2004.

32. Про інвестиційну діяльність. Закон України від 18.09.91. — ВВРУ. — 1991. — № 47. — Ст. 646. — Із змін. від 10.12.91; 05.03.98; 21.05.99; 20.12.2001; 04.07.2002; 26.12.2002; 15.05.2003; 20.11.2003; 27.11.2003; 03.02.2004; 23.12.2004.

33. Про господарські товариства. Закон України від 19.09.91. — Власна справа. Збірник систематизованого законодавства. Додаток до газети «Бізнес». — 2002, № 11/1, с. 33. — Із змін. від 07.03.2002; 15.05.2003; 20.11.2003; 11.12.2003; 19.02.2004.

34. Про товарну біржу. Закон України від 10.12.91. — Зібрання законодавства України. — т. 3, 3(3)10. — Із змін. від 10.01.2002; 07.02.2002; 15.05.2003.

35. Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей. Закон України від 20.12.91. — Зібрання законодавства України. — т. 3, 3(3)19. — Із змін. від 17.02.2000; 23.03.2000; 21.12.2000; 29.05.2001; 20.12.2001; 07.03.2002; 06.01.2003; 03.04.2003; 27.11.2003; 19.02.2004; 15.06.2004.

36. Про Єдиний митний тариф. Закон України від 05.02.92. — ВВРУ. — 1992. — № 19. — Ст. 259. — Із змін. від 11.01.93; 23.04.93; 10.07.96; 03.04.97; 22.12.98; 15.01.99; 18.03.99; 03.06.99; 03.06.99; 15.07.99; 15.07.99; 18.11.99; 03.12.99; 22.02.2000; 16.03.2000; 23.03.2000; 23.03.2000; 11.05.2000; 01.06.2000; 08.06.2000; 21.09; 21.12.2000; 11.01.2001; 22.03.2001; 05.04.2001; 17.05.2001; 12.07.2001; 04.10.2001; 04.10.2001; 13.12.2001; 07.03.2002; 07.03.2002; 04.07.2002; 26.12.2002;

04.07.2002; 24.12.2002; 16.01.2003; 06.03.2003; 15.05.2003; 20.11.2003; 27.11.2003; 04.03.2004; 18.03.2004; 15.06.2004; 23.12.2004.

37. Про колективне сільськогосподарське підприємство. Закон України від 14.02.92. — Зібрання законодавства України. — т. 3, 3(3)22. — Из змін. від 17.05.2001; 10.01.2002; 20.02.2003; 15.05.2003; 03.03.2005.

38. Про Службу безпеки України. Закон України від 25.03.92. — Бюлетень законодавства і юридичної практики України. — 2001. — № 8. — С. 219. — Из змін. від 10.01.2002; 07.03.2002; 06.02.2003; 03.04.2003; 15.05.2003; 19.06.2003; 11.05.2004.

39. Про споживчу кооперацію. Закон України від 10.04.92. — Зібрання законодавства України. — т. 4, 4(3)2. — Из змін. від 06.04.2000; 26.04.2001; 10.01.2002; 07.02.2002; 15.05.2003; 20.11.2003; 03.03.2005.

40. Про об'єднання громадян. Закон України від 16.06.92. — Зібрання законодавства України. — т. 4, 4(3)10. — Из змін. від 21.12.2000; 11.07.2001; 03.04.2003; 15.05.2003; 04.02.2005.

41. Про приватизацію державного житлового фонду. Закон України від 19.06.92. — Зібрання законодавства України. — т. 4, 4(3)11. — Из змін. від 15.05.2003.

42. Про інформацію. Закон України від 02.10.92. — Зібрання законодавства України. — т. 5, 5(3)2. — Из змін. від 07.02.2002; 03.04.2003; 18.11.2003; 11.05.2004.

43. Про застава. Закон України від 02.10.92. — Зібрання законодавства України. — т. 5, 5(3)1. — Из змін. від 19.10.2000; 21.12.2000; 15.05.2003; 05.06.2003; 18.11.2003.

44. Про адвокатуру. Закон України від 19.12.92. — Зібрання законодавства України. — т. 5, 5(3)15. — Из змін. від 10.01.2002; 07.02.2002; 11.07.2003.

45. Про аудиторську діяльність. Закон України від 22.04.93. — Зібрання законодавства України. — т. 6, 6(3)7. — Из змін. від 15.05.2003; 24.06.2004.

46. Про колективні договори і угоди. Закон України від 01.07.93. — Зібрання законодавства України. — т. 7, 7(3)1.

47. Про нотаріат. Закон України від 02.09.93. — Зібрання законодавства України. — т. 7, 7(3)2. — Из змін. від 10.01.2002; 15.05.2003; 19.06.2003; 18.11.2003.

48. Про статус ветеранів війни, гарантії їх соціального захисту. Закон України від 22.10.93. — Зібрання законодавства України. — т. 7, 7(3)6. — Из змін. від 05.04.2001; 04.07.2002; 21.11.2002; 30.04.2003; 19.06.2003; 10.07.2003; 02.10.2003; 15.06.2004; від 10.09.2004; 18.11.2004; 23.12.2004.

49. Про охорону прав на промислові зразки. Закон України від 15.12.93. — Зібрання законодавства України. — т. 8, 8(3)2. — Из змін. від 10.01.2002; 04.07.2002; 15.05.2003; 22.05.2003.

50. Про охорону прав на знаки для товарів і послуг. Закон України від 15.12.93. — Зібрання законодавства України. — т. 8, 8(3)3. — Из змін. від 10.01.2002; 04.07.2002; 15.05.2003; 22.05.2003.

51. Про захист прав споживачів. Закон України в ред. від 15.12.93. — Зібрання законодавства України. — т. 2, 2(3)5 — Из змін. від 24.05.2001; 15.11.2001; 10.01.2002; 18.11.2003.

52. Про основні засади соціального захисту ветеранів праці та інших громадян похилого віку в Україні. Закон України від 16.12.93. — Зібрання законодавства України. — т. 8, 8(3)6. — Из змін. від 21.11.2002; 06.02.2003.

53. Про телебачення і радіомовлення. Закон України від 21.12.93. — Зібрання законодавства України. — т. 8, 8(3)9. — Из змін. від 13.09.2001; 10.01.2002; 15.05.2003; 22.05.2003; 20.11.2003; 03.02.2004.

54. Про державну податкову службу в Україні. Закон України в ред. від 24.12.93. — Податкове адміністрування. Збірник систематизованого законодавства. Додаток до газети «Бізнес». — 2002, № 16/1, с. 14. — Из змін. від 20.02.2003; 15.05.2003; 05.06.2003; 12.01.2005.

55. Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення. Закон України від 24.02.94. — Зібрання законодавства України. — т. 8, 8(3)25. — Из змін. від 15.11.2001; 07.02.2002; 22.05.03; 03.06.2004; 02.11.2004.

56. Про порядок здійснення розрахунків в іноземній валюті. Закон України від 23.09.94. — ВВРУ. — 1994. — № 40. — Ст. 364. — Из змін. від 07.05.96; 10.09.99; 16.03.2000; 15.05.2003; 05.02.2004; 15.06.2004.

57. Про відповідальність підприємств, їх об'єднань, установ та організацій за правопорушення у сфері містобудування. Закон України від 14.10.94. — ВВРУ. — 1994. — № 46. — Ст. 411. — Из змін. від 17.12.96; 17.06.97; 18.11.97; 30.06.99; 21.09.2000; 15.05.2003.

58. Про транспорт. Закон України від 10.11.94. — ВВРУ. — 1994. — № 51. — Ст. 446. — Из змін. від 18.11.97; 19.11.97; 17.03.99; 21.12.2000; 03.03.2005.

59. Про наукову і науково-технічну експертизу. Закон України від 10.02.95. — ВВРУ. — 1995. — № 9. — Ст. 56. — Из змін. від 21.09.99.

60. Про інформаційні агентства. Закон України від 28.02.95. — ВВРУ. — 1995. — № 13. — Ст. 83. — Из змін. від 15.05.2003; 11.12.2003.

61. Про оренду державного та комунального майна. Закон України в ред. від 14.03.95. — Зібрання законодавства України. — т. 4, 4(3)3. — Из змін. від 13.09.2001; 07.02.2002; 29.06.2004; 23.12.2004.

62. Про донорство крові та її компонентів. Закон України від 23.06.95. — ВВРУ. — 1995. — № 23. — Ст. 183. — Из змін. від 14.01.99; 07.12.2000; 11.07.2001; 20.12.2001; 26.12.2002.

63. Про боротьбу з корупцією. Закон України від 05.10.95. — Бюлетень законодавства і юридичної практики України. — 2001. — № 8. — с. 299. — Из змін. від 11.07.2002; 12.09.2002; 15.05.2003.

64. Про державне регулювання виробництва і обігу спирту етилового, коньячного і плодового, алкогольних напоїв та тютюнових виробів. Закон України від 19.12.95. — ВВРУ. — 1995. — № 46. — Ст. 345. — Из змін. від 11.07.96; 12.09.96; 11.09.97; 23.12.97; 12.02.98; 05.03.98; 30.12.98; 20.04.2000; 11.01.2001; 07.02.2002; 24.10.2002; 22.05.2003; 21.10.2004; 18.11.2004.

65. Про поставки продукції для державних потреб. Закону України від 22.12.95. — ВВРУ. — 1995. — № 46. — Ст. 9. — Из змін. від 21.12.99; від 15.05.2003.

66. Про режим іноземного інвестування. Закон України від 19.03.96. — ВВРУ. — 1996. — № 19. — Ст. 80. — Из змін. від 16.07.99; 08.06.2000; 15.05.2003.

- 67.** Про патентування деяких видів підприємницької діяльності. Закон України від 23.03.96. — Основи податкового законодавства. Збірник систематизованого законодавства. Додаток до газети «Бізнес». — 2002, № 38/1—2, с. 163. — Измін. від 26.12.2002; 22.05.2003; 27.11.2003; 23.12.2004.
- 68.** Про приватизацію невеликих державних підприємств (малу приватизацію). Закон України в ред. від 15.05.96. — Зібрання законодавства України. — т. 3, 3(3)28. — Измін. від 10.01.2002; 20.11.2003; 24.06.2004.
- 69.** Про захист від недобросовісної конкуренції. Закон України від 07.06.96. — ВВРУ. — 1996. — № 36. — Ст. 164. — Измін. від 18.11.97; 30.06.99; 15.11.2001; 15.05.2003.
- 70.** Про залізничний транспорт. Закон України від 04.07.96. — ВВРУ. — 1996. — № 40. — Ст. 183. — Измін. від 10.01.2002; 22.05.2003; 20.11.2003; 11.12.2003.
- 71.** Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні. Закон України від 30.10.96. — ВВРУ. — 1996. — № 52. — Ст. 292. — Измін. від 18.11.97; 14.07.99; 15.03.2001; 10.01.2002; 10.01.2002; 07.02.2002; 20.11.2003.
- 72.** Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань. Закон України від 22.11.96. — ВВРУ. — 1997. — № 5. — Ст. 28. — Измін. від 10.01.2002.
- 73.** Про державний матеріальний резерв. Закон України від 24.01.97. — ОВУ. — 1997. — № 8 (т. 1). — С. 89. — Измін. від 16.07.99; 11.05.2000; 15.05.2003; 22.05.2003; 12.05.2004.
- 74.** Про систему оподаткування. Закон України в ред. від 18.02.97. — Податкове адміністрування. Збірник систематизованого законодавства. Додаток до газети «Бізнес» — 2002, № 16/1, с. 8. — Измін. від 24.12.2002; 16.01.2003; 22.05.2003; 05.06.2003; 10.07.2003; 18.11.2003; 18.03.2004.
- 75.** Про приватизацію державного майна. Закон України в ред. від 19.02.97. — Бюлетень законодавства і юридичної практики. — 2002. — № 5. — С. 351. — Измін. від 26.12.2002 06.03.2003; 03.04.2003; 15.05.2003; 10.07.2003; 27.11.2003; 20.11.2003; 03.02.2004; 24.06.2004; 23.12.2004.
- 76.** Про місцеве самоврядування в Україні. Закон України від 21.05.97. — Бюлетень законодавства і юридичної практики України. — 2002. — № 10. — С. 17. — Измін. від 06.03.2003; 03.04.2003; 22.05.2003; 19.06.2003; 11.09.2003; 03.02.2004; 04.03.2004; 06.10.2004; 23.12.2004.
- 77.** Про оподаткування прибутку підприємств. Закон України в ред. від 22.05.97. — Оподаткування прибутку підприємств. Збірник систематизованого законодавства. Додаток до газети «Бізнес». — 2002, Вип. 1, с. 9. — Измін. від 24.12.2002; 26.12.2002; 16.01.2003; 16.01.2003; 15.05.2003; 22.05.2003; 22.05.2003; 05.06.2003; 19.06.2003; 10.07.2003; 15.10.2003; 20.11.2003; 27.11.2003; 04.03.2004; 11.05.2004; 17.06.2004; 24.06.2004; 01.07.2004; 16.12.2004; 23.12.2004; 20.01.2005.
- 78.** Про сільськогосподарську кооперацію. Закон України від 17.07.97. — ВВРУ. — 1997. — № 39. — Ст. 261. — Измін. від 02.11.2000; 10.01.2002; 07.02.2002; 15.05.03; 11.12.2003; 29.06.2004.
- 79.** Про благодійництво та благодійні організації. Закон України від 16.09.1997. — ОВУ. — 1997. — № 42. — С. 1. — Измін. від 07.03.02.

80. Про професійних творчих працівників та творчі спілки. Закон України від 07.10.97. — ОВУ. — 1997. — число 45. — С. 15. — Із змін. від 02.03.2000; 21.06.2001; 03.02.2004.

81. Про електроенергетику. Закон України від 16.10.97. — ОВУ. — 1997. — число 46. — С. 1. — Із змін. від 08.06.2000; 22.06.2000; 10.01.2002; 15.05.2003; 15.05.2003; 11.09.2003; 20.11.2003; 25.11.2003; 14.12.2004; 23.12.2004; 18.01.2005.

82. Про охорону прав на топографії інтегральних мікросхем. Закон України від 05.11.97. — ОВУ. — 1997. — № 48. — С. 2. — Із змін. від 21.12.2000; 10.01.2002; 04.07.2002; 22.05.2003.

83. Про державне регулювання видобутку, виробництва і використання дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння та контроль за операціями з ними. Закон України від від 18.11.97. — ОВУ. — 1997. — № 50. — С. 2. — Із змін. від 08.06.2000; 21.09.2000; 05.06.2003; 03.02.2004.

84. Про торгово-промислові палати в Україні: Закон України від 02.12.97. — ОВУ. — 1997. — № 52. — С. 13. — Із змін. від 10.01.02.

85. Про статус ветеранів військової служби і ветеранів органів внутрішніх справ та їх соціальний захист. Закон України від 24.03.98. — ОВУ. — 1998. — № 15. — Ст. 564. — Із змін. від 21.12.2000; 05.04.2001; 03.04.2003; 15.06.2004; 24.06.2004.

86. Про наукову і науково-технічну діяльність. Закон України в ред. від 01.12.98. — ОВУ. — 1998. — № 50. — Ст. 1830. — Із змін. від 06.04.2000; 20.12.2001; 07.02.2002; 26.12.2002; 20.02.2003; 22.05.2003; 10.07.2003; 20.11.2003; 27.11.2003; 11.12.2003; 03.02.2004; 19.10.2004; 16.12.2004.

87. Про захист національного виробника від демпінгового імпорту. Закон України від 22.12.98. — ОВУ. — 1999. — № 7. — Ст. 354. — Із змін. від 23.03.2000; 22.05.2003.

88. Конституція Автономної Республіки Крим. Затв. Законом України від 23.12.98. — ОВУ. — 1999. — № 1. — Ст. 4.

89. Про спеціальну економічну зону «Яворів». Закон України від 15.01.99. — ОВУ. — 1999. — № 7. — Ст. 353. — Із змін. від 07.02.2002; 16.01.2003.

90. Про державне оборонне замовлення. Закон України від 03.03.99. — ОВУ. — 1999. — № 13. — Ст. 506. — Із змін. від 03.04.2003; 15.05.2003; 16.12.2004.

91. Про виконавче провадження. Закон України від 21.04.99. — ОВУ. — 1999. — № 19. — Ст. 813. — Із змін. від 30.06.99; 18.01.2001; 11.07.2001; 13.12.2001; 07.02.2002; 28.11.2002; 20.02.2003; 10.07.2003; 18.11.2003; 27.11.2003; 03.02.2004; 11.05.2004; 24.06.2004; 21.10.2004; 23.12.2004.

92. Про відповідальність суб'єктів підприємницької діяльності за несвоєчасне внесення плати за спожиті комунальні послуги та утримання прибудинкових територій. Закон України від 20.05.99. — ОВУ. — 1999. — № 24. — Ст. 1086.

93. Про Національний банк України. Закон України від 20.05.99. — ОВУ. — 1999. — № 24. — Ст. 1087. — Із змін. від 17.02.2000; 20.04.2000; 13.07.2000; 07.12.2000; 20.09.2001; 10.01.2002; 03.02.2004.

94. Про державне регулювання виробництва і реалізації цукру. Закон України від 17.06.99. — ОВУ. — 1999. — № 27. — Ст. 1275. — Із змін. від 15.05.2003.

95. Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом. Закон України в ред. від 30.06.99. — Бюлетень законодавства і юридичної практики. — 2002. — № 4. — С. 5. — Из змін. від 06.03.2003; 06.03.2003; 03.04.2003; 15.05.2003; 10.07.2003; 20.11.2003; 17.02.2004; 12.05.2004; 18.01.2005; 03.03.2005.

96. Про концесії. Закон України від 16.07.99. — ОВУ. — 1999. — № 33. — Ст. 1707. — Из змін. від 10.01.2002; 15.05.2003; 03.02.2004.

97. Про бухгалтерський облік та фінансову звітність в Україні. Закон України від 16.07.99. — ОВУ. — 1999. — № 33. — Ст. 1706. — Из змін. від 11.05.2000; 08.06.2000; 22.06.2000.

98. Про спеціальний режим інвестиційної та інноваційної діяльності технологічних парків. Закон України від 16.07.99. — ВВРУ. — 1999. — № 40. — Ст. 363. — Из змін. від 04.10.2001; 07.03.2002; 11.05.2004.

99. Про угоди про розподіл продукції. Закон України від 14.09.99. — ОВУ. — 1999. — № 40. — Ст. 1980. — Из змін. від 06.12.2001; 16.01.2003.

100. Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності. Закон України від 15.09.99. — ОВУ. — 1999. — № 38. — Ст. 1889. — Из змін. від 17.02.2000; 07.12.2000; 13.12.2001; 20.12.2001; 26.12.2002; 05.06.2003; 27.11.2003; 03.03.2005.

101. Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання, які спричинили втрату працездатності. Закон України від 23.09.99. — ОВУ. — 1999. — № 42. — Ст. 2080. — Из змін. від 21.12.2000; 22.02.2001; 10.01.2002; 17.01.2002; 03.04.2003.

102. Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування на випадок безробіття. Закон України від 02.03.2000. — ОВУ. — 2000. — № 13. — Ст. 505. — Из змін. від 11.01.2001; 17.01.2002; 03.04.2003; 09.04.2004.

103. Про природні монополії. Закон України від 20.04.2000. — ОВУ. — 2000. — № 19. — Ст. 772. — Из змін. від 15.05.2003; 18.11.2003; 20.11.2003; 13.01.2005.

104. Про майнову відповідальність за порушення умов договору підряду (контракту) про виконання робіт на будівництво об'єктів. Закон України від 06.04.2000. — ОВУ. — 2000. — № 18. — Ст. 732.

105. Про охорону прав на винаходи і корисні моделі. Закон України в ред. від 01.06.2000. — ОВУ. — 2000. — № 26. — Ст. 1080. — Из змін. від 21.12.2000; 10.01.2002; 04.07.2002; 15.05.2003; 22.05.2003.

106. Про ліцензування певних видів господарської діяльності. Закону України від 01.06.2000. — ОВУ. — 2000. — № 27. — Ст. 1109. — Из змін. від 21.09.2000; 07.12.2000; 11.01.2001; 08.02.2001; 05.04.2001; 11.07.2001; 12.07.2001; 04.10.2001; 04.10.2001; 20.12.2001; 17.01.2002; 17.01.2002; 07.03.2002; 07.03.2002; 26.12.2002; 26.12.2002; 20.02.2003; 22.05.2003; 18.11.2003; 18.11.2003; 27.11.2003; 11.12.2003; 17.06.2004; 24.06.2004; 16.12.2004; 23.12.2004.

107. Про застосування реєстраторів розрахункових операцій у сфері торгівлі, громадського харчування та послуг. Закон України в ред. від 01.06.2000. — ОВУ. — 2000. — № 27. — Ст. 1110. — Из змін. від 13.07.2000; 21.12.2000; 04.10.2001; 26.12.2002; 22.05.2003; 27.11.2003; 06.10.2004; 23.12.2004.

108. Про охорону культурної спадщини. Закон України від 08.06.2000. — ОВУ. — 2000. — № 27. — Ст. 1112. — Из змін. від 25.10.2001; 10.01.2002.

109. Про банки і банківську діяльність. Закон України від 07.12.2000. — ОВУ. — 2001. — № 1—2. — Ст. 1. — Из змін. від 20.09.2001; 28.11.2002 06.02.2003; 22.05.2003; 05.06.2003; 20.11.2003; 22.06.2004.

110. Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами. Закон України від 21.12.2000. — ОВУ. — 2001. — № 7. — Ст. 259. — Из змін. від 10.01.2002; 26.12.2002; 26.12.2002; 20.02.2003; 15.05.2003; 11.07.2003; 18.11.2003; 27.11.2003; 22.06.2004; 24.06.2004; 23.12.2004.

111. Про захист економічної конкуренції. Закон України від 11.01.2001. — ОВУ. — 2001. — № 7. — Ст. 260. — Из змін. від 26.12.2002; 15.05.2003; 27.11.2003.

112. Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування у зв'язку з тимчасовою втратою працездатності та витратами, зумовленими народженням та похованням. Закон України від 18.01.2001. — ОВУ. — 2001. — № 8. — Ст. 310. — Из змін. від 10.01.2002; 17.01.2002; 19.06.2003; 10.07.2003; 09.04.2004; 04.11.2004.

113. Про інститути спільного інвестування (пайові та корпоративні інвестиційні фонди). Закон України від 15.03.2001. — ОВУ. — 2001. — № 16. — Ст. 690.

114. Про політичні партії в Україні. Закон України від 05.04.2001. — ОВУ. — 2001. — № 17. — Ст. 728. — Из змін. від 27.11.2003.

115. Про автомобільний транспорт. Закон України від 05.04.2001. — ОВУ. — 2001. — № 17. — Ст. 732.

116. Про обіг векселів в Україні. Закон України від 05.04.2001. — ОВУ. — 2001. — № 17. — Ст. 731. — Из змін. від 25.12.2002.

117. Про платіжні системи та переказ грошей в Україні. Закон України від 05.04.2001. — ОВУ. — 2001. — № 17. — Ст. 801. — Из змін. від 05.06.2003; 06.10.2004.

118. Про організації роботодавців. Закон України від 24.05.2001. — ОВУ. — 2001. — № 25. — Ст. 1097.

119. Про авторське право і суміжні права. Закон України в ред. від 11.07.2001. — ОВУ. — 2001. — № 32. — Ст. 1450. — Из змін. від 22.05.2003; 20.11.2003.

120. Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг. Закон України від 12.07.2001. — ОВУ. — 2001. — № 32. — Ст. 1457. — Из змін. від 06.02.2003.

121. Про поштовий зв'язок. Закон України від 04.10.2001. — ОВУ. — 2001. — № 43. — Ст. 1918. — Из змін. від 18.05.2004; 01.07.2004.

122. Про страхування. Закон України в ред. від 04.10.2001. — ОВУ. — 2001. — № 44. — Ст. 1951. — Из змін. від 15.11.2001; 13.02.2001; 10.01.2002; 05.06.2003; 19.06.2003; 03.02.2004; 18.03.2004; 01.07.2004; 23.12.2004.

123. Про об'єднання співвласників багатоквартирного будинку. Закон України від 29.11.2001. — ОВУ. — 2001. — № 51. — Ст. 2265.

124. Про введення мораторію на примусову реалізацію майна. Закон України від 29.11.2001. — ОВУ. — 2001. — № 52. — Ст. 2332. — Из змін. від 21.10.2004.

125. Про цивільну відповідальність за ядерну шкоду та її фінансове забезпечення. Закон України від 13.12.2001. — ОВУ. — 2002. — № 2. — Ст. 46.

126. Про кредитні спілки. Закон України від 20.12.2001. — ОВУ. — 2002. — № 3. — Ст. 19. — Из змін. від 10.07.2003.

- 127.** Про питну воду та питне водопостачання. Закон України від 10.01.2002. — ОВУ. — 2002. — № 6. — Ст. 223. — Із змін. від 18.11.2004.
- 128.** Про охорону прав на сорти рослин. Закон України в ред. від 17.01.2002. — ОВУ. — 2002. — № 7. — Ст. 278.
- 129.** Про судоустрій України. Закон від 07.02.2002. — ОВУ. — 2002. — № 10. — Ст. 441. — Із змін. від 18.03.2004.
- 130.** Про інноваційну діяльність. Закон України від 04.07.2002. — ОВУ. — 2002. — № 31. — Ст. 1447. — Із змін. від 26.12.2002; 27.11.2003; 23.12.2004.
- 131.** Про пріоритетні напрямки інноваційної діяльності. Закон України від 16.01.2003. — ОВУ. — 2003. — № 7. — Ст. 271.
- 132.** Про карантин рослин. Закон України в ред. від 03.04.2003. — ОВУ. — 2003. — № 17. — Ст. 750. — Із змін. від 17.06.2004.
- 133.** Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб—підприємців. Закон України від 15.05.2003. — ОВУ. — 2003. — № 25. — Ст. 1172. — Із змін. від 03.03.2005.
- 134.** Про електронні документи та електронний документообіг. Закон України від 22.05.2003. — ОВУ. — 2003. — № 25. — Ст. 1174.
- 135.** Про електронний цифровий підпис. Закон України від 22.05.2003. — ОВУ. — 2003. — № 25. — Ст. 1175.
- 136.** Про податок з доходів фізичних осіб. Закон України від 22.05.2003. — ОВУ. — 2003. — № 28. — Ст. 1361. — Із змін. від 27.11.2003; 04.03.2004; 15.06.2004; 17.06.2004; 01.07.2004; 21.12.2004; 23.12.2004; 03.02.2005.
- 137.** Про іпотеку. Закон України від 05.06.2003. — ОВУ. — 2003. — № 28. — Ст. 1362.
- 138.** Про фермерське господарство. Закон України від 19.06.2003. — ОВУ. — 2003. — № 29. — Ст. 1438.
- 139.** Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом і іпотечні сертифікати. Закон України від 19.06.2003. — ОВУ. — 2003. — № 30. — Ст. 1526.
- 140.** Про недержавне пенсійне забезпечення. Закон України від 09.07.2003. — ОВУ. — 2003. — № 33. — Ст. 1769.
- 141.** Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування. Закон України від 09.07.2003. — ОВУ. — 2003. — № 33. — Ст. 1770. — Із змін. від 24.06.2004; 04.11.2004; 23.12.2004; 13.01.2005.
- 142.** Про кооперацію. Закон України від 10.07.2003. — ОВУ. — 2003. — № 33. — Ст. 1774.
- 143.** Про рекламу. Закон України в ред. від 11.07.2003. — ОВУ. — 2003. — № 38. — Ст. 2020.
- 144.** Про оренду землі. Закону України в ред. від 02.10.2003. — ОВУ. — 2003. — № 44. — Ст. 2288. — Із змін. від 27.11.2003; 23.12.2004.
- 145.** Про туризм. Закон України в ред. від 18.11.2003. — ОВУ. — 2003. — № 50. — Ст. 2600.
- 146.** Про телекомунікації. Закон України від 18.11.2003. — ОВУ. — 2003. — № 51. — Ст. 2644. — Із змін. від 24.06.2004; 21.10.2004; від 23.12.2004.

147. Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень. Закон України від 18.11.2003. — ОВУ. — 2003. — № 52. — Ст. 2734. — Із змін. від 24.06.2004; 04.02.2005.

148. Про Державний бюджет України на 2004 рік. Закон України від 27.11.2003. — ОВУ. — 2003. — № 49. — Ст. 2552. — Із змін. від 04.03.2004; 12.05.2004; 04.06.2004; 17.06.2004; 16.11.2004; 14.12.2004; 16.12.2004.

149. Про фінансовий лізинг. Закон України в ред. від 11.12.2003. — ОВУ. — 2004. — № 1. — Ст. 3.

150. Про житлово-комунальні послуги. Закон України від 24.06.2004. — ОВУ. — 2004. — № 30. — Ст. 1985.

151. Про державну підтримку сільського господарства України. Закон України від 24.06.2004. — ОВУ. — 2004. — № 30. — Ст. 1987.

152. Про державну реєстрацію прав на нерухоме майно та їх обмежень. Закон України від 01.07.2004. — ОВУ. — 2004. — № 30. — Ст. 1993. — Із змін. від 20.01.2005.

153. Про Державний бюджет України на 2005 рік. Закон України в ред. від 25.03.2005. — Голос України, 01.04.2005, N 59.

ДЕКРЕТИ КАБІНЕТА МІНІСТРІВ УКРАЇНИ

154. Про управління майном, що є у загальнодержавній власності. Декрет Кабінету Міністрів України від 15.12.92. — Зібрання законодавства України. — т. 5, 5(ДКМ)4. — Із змін. від 16.01.2003.

155. Про систему валютного регулювання і валютного контролю. Декрет Кабінету Міністрів України від 19.02.93. — Зібрання законодавства України. — т. 6, 6(ДКМ)1. — Із змін. від 16.01.2003.

156. Про довірчі товариства. Декрет Кабінету Міністрів України від 17.03.93. — Зібрання законодавства України. — т. 6, 6(ДКМ)4.

157. Про державний нагляд за додержанням стандартів, норм і правил та відповідальність за їх порушення. Декрет Кабінету Міністрів України від 08.04.93. — ВВРУ. — 1993. — № 23. — Ст. 247. — Із змін. від 11.07.95; 11.06.97; 05.11.97; 30.06.99; 06.04.2000; 08.06.2000; 24.05.2001; 20.02.2003.

158. Про стандартизацію і сертифікацію. Декрет Кабінету Міністрів України від 10.05.93. — Бюлетень законодавства і юридичної практики України. — 2003. — № 8. — С. 11. — Із змін. від 03.02.2004.

АКТИ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ

159. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) частини першої статті 5, частини третьої статті 6, статті 32 Закону України «Про угоди про розподіл продукції» (справа про угоди про розподіл продукції). Рішення Конституційного Суду України від 06.12.2001 № 17-рп/2001. — ОВУ. — 2201. — № 50. — Ст. 2239.

160. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням Товариства з обмеженою відповідальністю «Торговий Дім «Кампус Коттон клуб» щодо офіційного тлумачення положення частини другої статті 124

Конституції України (справа про досудове врегулювання спорів). Рішення Конституційного Суду України від 09.07.2002 № 15-рп/2002. — ОВУ. — 2002. — № 28. — Ст. 1333.

ПОСТАНОВИ ВЕРХОВНОЇ РАДИ УКРАЇНИ

161. Тимчасове положення про Фонд державного майна України. Затв. Постановою Верховної Ради України від 07.07.92. — Зібрання законодавства України. — т. 4, 4(ПВР)41.

162. Порядок обмеження, тимчасової заборони (зупинення) чи припинення діяльності підприємств, установ, організацій і об'єктів у разі порушення ними законодавства про охорону навколишнього природного середовища. Затв. Постановою Верховної Ради України від 29.10.92. — Зібрання законодавства України. — т. 5, (ПВР)10.

163. Положення про порядок тимчасового припинення діяльності підприємств сфери торгівлі, громадського харчування і послуг, які систематично реалізують недоброякісні товари, порушують правила торгівлі та надання послуг, умови зберігання і транспортування товарів

УКАЗИ ПРЕЗИДЕНТА УКРАЇНИ

164. Про заходи щодо впорядкування розрахунків за договорами, що укладають суб'єкти підприємницької діяльності України. Указ Президента України від 04.10.94 № 566/94. — Укази Президента України 1991—1994. Т. 1. — К.: Право. — 1997. — С. 261.

165. Про грошову реформу в Україні. Указ Президента України від 25.08.96 № 762/96.

166. Про захист прав власників земельних часток (паїв). Указ Президента України від 21.04.98 № 332/98. — ОВУ. — 1998. — № 16. — Ст. 590.

167. Про врегулювання порядку одержання резидентами кредитів, позик в іноземній валюті від нерезидентів та застосування штрафних санкцій за порушення валютного законодавства. Указ Президента України від 27.06.99 № 734/99. — Бюлетень законодавства і юридичної практики — 2001. — № 5. — С. 248.

168. Про спрощену систему оподаткування, обліку та звітності суб'єктів малого підприємництва. Указ Президента України в ред. від 28.06.99 № 746/99. — ОВУ. — 1999. — № 26. — Ст. 1230.

169. Про заходи щодо нормалізації платіжної дисципліни в народному господарстві України. Указ Президента України від 16.03.95 № 227/95. — УК. — 18.03.95. — Із змін. від 31.03.95; 16.08.95; 09.12.95; 05.04.96; 03.09.97; 27.01.99.

170. Про деякі зміни в оподаткуванні. Указ Президента України від 07.08.98 № 857/98. — ОВУ. — 1998. — № 32. — Ст. 12. — Із змін. від 27.06.99.

171. Про застосування штрафних санкцій за порушення норм з регулювання обігу готівки. Указ Президента України в ред. від 11.05.99 № 491/99. — ОВУ. — 1999. — № 19. — Ст. 229 — Із змін. від 26.07.2000; 07.09.2001.

172. Питання Національної комісії регулювання електроенергетики України. Указ Президента України від 30.10.2000 № 1167/2000. — ОВУ. — 2000. — № 44. — Ст. 1887.

173. Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 24 квітня 2003 р. «Про реалізацію заходів щодо врегулювання обігу спирту, алкогольних напоїв і тютюнових виробів в Україні». Указ Президента України від 26.04.2003 № 372/2003. — ОВУ. — 2003. — № 18. — Ст. 813.

ПОСТАНОВИ КАБІНЕТУ МІНІСТРІВ УКРАЇНИ

174. Статут автомобільного транспорту України. Затв. постановою Ради Міністрів УРСР від 27.06.69 № 401. — ЗП УРСР. — 1989. — № 7. — Ст. 88. — Из змін. від 28.10.74; 25.01.78; 15.06.78; 02.07.81.

175. Порядок участі в організації та фінансуванні ремонту приватизованих житлових будинків їх колишніх власників. Затв. постановою Кабінету Міністрів України від 08.10.92 № 572. — Зібрання законодавства України. — т. 5, 5(ПКМ)4.

176. Положення про державне регулювання цін (тарифів) на продукцію виробничо-технічного призначення, товари народного споживання, роботи і послуги монопольних утворень. Затв. Постановою Кабінету Міністрів України від 22.02.95 № 135. — ЗПУ. — 1995. — N 5. — Ст. 127. — Из змін. від 26.10.2001; 13.06.2002.

177. Типові платіжні умови зовнішньоекономічних договорів (контрактів). Затв. Постановою Кабінету Міністрів України і Національного банку України від 21.06.95 № 444. — Бюлетень законодавства і юридичної практики України. — 2001. — № 7. — С. 122.

178. Про прискорення організації біржового сільськогосподарського ринку. Постанова Кабінету Міністрів України від 17.11.95 № 916. — Из змін. від 02.12.96; 05.08.97; 18.11.97; 23.04.99.

179. Положення про порядок встановлення розмірів та накладення штрафів на підприємства, установи і організації, які здійснюють діяльність у сфері використання ядерної енергії, у разі порушення ними норм, правил і стандартів безпеки або умов дозволів на ведення робіт. Затв. постановою Кабінету Міністрів України від 29.06.96 № 708. — ЗПУ. — 1996. — N 14. — Ст. 390. — Из змін. від 25.08.98; 09.08.2001.

180. Положення про порядок державної реєстрації договорів (контрактів) про спільну інвестиційну діяльність за участю іноземного інвестора. Затв. Постановою Кабінету Міністрів України від 30.01.97 № 112. — Бюлетень законодавства і юридичної практики. — 2001. — № 7. — С. 142.

181. Правила користування місцевим телефонним зв'язком. Затв. постановою Кабінету Міністрів України від 04.03.97 № 208. — ОВУ. — 1997. — число 18. — С. 37. — Из змін. від 22.04.97; 06.05.2001; 13.09.2001; 11.10.2002; 17.07.2003.

182. Положення про Державний реєстр джерел іонізуючого випромінювання і порядок оплати послуг з їх реєстрації. Затв. Постановою Кабінету Міністрів України від 04.08.97 № 847. — ОВУ. — 1997. — число 32. — С. 7. — Из змін. від 18.10.99; 16.11.2000; 18.01.2003.

183. Положення про представників у справах інтелектуальної власності (патентних повірених). Затв. постановою Кабінету Міністрів України в ред. від 27.08.97 № 938. — ОВУ. — 1997. — № 35. — С. 95. — Из змін. від 09.08.2001; 19.08.2002.

184. Порядок переробки винограду, плодів та ягід на виноматеріали на давальницьких умовах. Затв. Постановою Кабінету Міністрів України від 06.11.97 № 1236. — ОВУ. — 1997. — № 46. — С. 52. — Из змін. від 25.08.98.

185. Правила надання населенню послуг з водо-, теплопостачання та водовідведення. Затв. постановою Кабінету Міністрів України від 30.12.97 № 1497. — ОВУ. — 1998. — № 1. — Ст. 54. — Из змін. від 06.05.2001; 25.12.2002; 15.05.2003.

186. Статут залізниць України. Затв. постановою Кабінету Міністрів України від 06.04.98 № 457. — ОВУ. — 1998. — № 14. — Ст. 548. — Из змін. від 11.10.2002; 25.12.2002.

187. Положення про порядок організації та проведення міжнародних конкурсів (тендерів) на укладання контрактів на користування надрами. Затв. Постановою Кабінету Міністрів України від 08.06.98 № 841. — ОВУ. — 1998. — № 23. — Ст. 838.

188. Правила державної реєстрації та обліку автомобілів, автобусів, а також самохідних машин, сконструйованих на шасі автомобілів, мотоциклів усіх типів, марок і моделей, причепів, напівпричепів та мотоколясок. Затв. постановою Кабінету Міністрів України від 07.09.98 № 1388. — ОВУ. — 1998. — № 36. — Ст. 1327. — Из змін. від 19.04.99; 18.08.2000; 07.05.2001; 14.04.2004; 29.04.2004.

189. Порядок державної реєстрації договорів оренди землі. Затв. Постановою Кабінету Міністрів України від 25.12.98 № 2073. — ОВУ. — 1998. — № 52. — Ст. 1943.

190. Порядок надання робочих місць для проходження учнями, слухачами професійно-технічних навчальних закладів виробничого навчання і виробничої практики. Затв. Постановою Кабінету Міністрів України від 07.06.99 № 992. — ОВУ. — 1999. — № 23. — Ст. 1057.

191. Правила користування електричною енергією для населення. Затв. постановою Кабінету Міністрів України від 26.07.99 № 1357. — ОВУ. — 1999. — № 30. — Ст. 1543. — Из змін. від 26.10.2000; 26.09.2001.

192. Положення про Міжвідомчу комісію з організації укладення та виконання угод про розподіл продукції. Затв. постановою Кабінету Міністрів України від 16.03.2000 № 509. — ОВУ. — 2000. — № 12. — Ст. 463. — Из змін. від 12.07.2000; 29.11.2000; 21.06.2004.

193. Положення про представника органу, уповноваженого управляти відповідними державними корпоративними правами в органах управління господарських товариств. Затв. постановою Кабінету Міністрів України від 15.05.2000 № 791. — ОВУ. — 2000. — № 20. — Ст. 827. — Из змін. від 16.05.2001; 28.01.2004.

194. Порядок застосування санкцій за порушення законодавства про електроенергетику. Затв. постановою Кабінету Міністрів України від 19.07.2000 № 1139. — ОВУ. — 2000. — № 29. — Ст. 1230. — Из змін. від 26.04.2003.

195. Порядок реєстрації проектів угоди про розподіл продукції та державної реєстрації угоди про розподіл продукції. Затв. Постановою Кабінету Міністрів України від 29.11.2000 № 1756. — ОВУ. — 2000. — № 49. — Ст. 2118.

196. Порядок обчислення середньої заробітної плати (доходу) для розрахунку виплат за загальнообов'язковим державним соціальним страхуванням. Затв. постановою Кабінету Міністрів України від 26.09.2001 № 1266. — ОВУ. — 2001. — № 40. — Ст. 1802.

197. Порядок застосування фінансових санкцій, передбачених статтею 17 Закону «Про державне регулювання виробництва і обігу спирту етилового, коньячного і плодового, алкогольних напоїв та тютюнових виробів». Затв. постановою Кабінету Міністрів України від 02.06.2003 № 790. — ОВУ. — 2003. — № 23. — Ст. 1038.

198. Тимчасовий порядок державної реєстрації іпотек. Затв. постановою Кабінету Міністрів України від 31.03.2004 № 410. — ОВУ. — 2004. — № 13. — Ст. 896.

199. Тимчасовий порядок державної реєстрації правочинів. Затв. Постановою Кабінету Міністрів України від 26.05.2004 № 671. — ОВУ. — 2004. — № 21. — Ст.1420.

200. Порядок ведення Державного реєстру обтяжень рухомого майна. Затв. Постановою Кабінету Міністрів України від 05.07.2004 № 830.

201. Порядок прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів. Затв. постановою Кабінету Міністрів України від 22.09.2004 № 1243. — ОВУ. — 2004. — № 38. — Ст. 2500.

НОРМАТИВНО-ПРАВОВІ АКТИ МІНІСТЕРСТВ ТА ІНШИХ ЦЕНТРАЛЬНИХ ОРГАНІВ ВИКОНАВЧОЇ ВЛАДИ

202. Типові правила біржової торгівлі сільськогосподарською продукцією. Затв. Наказом Міністерства сільського господарства і продовольства України, Міністерства економіки України і Міністерства фінансів України від 03.04.96 № 103/44/62. — Бюлетень законодавства і юридичної практики України. — 2002. — № 11. — С. 264.

203. Інструкція про порядок реєстрації виданих, повернутих і використаних довіреностей на одержання цінностей. Затв. наказом Міністерства фінансів України від 16.05.96 № 99. — Бюлетень НАМВУ. — 1996. — № 8. — С. 49. — Із змін. від 03.10.96; 18.10.96; 19.02.98; 19.10.2000.

204. Правила користування електричною енергією. Затв. постановою Національної комісії з питань регулювання електроенергетики України від 31.07.96 № 28. — Із змін. від 14.09.99; 22.09.2000; 18.10.2000; 20.04.2001; 27.09.2001; 25.03.2002; 22.08.2002; 11.12.2003.

205. Інструкція про порядок виготовлення, зберігання, застосування єдиної первинної транспортної документації для перевезення вантажів автомобільним транспортом та обліку транспортної роботи. Затв. наказом Міністерства статистики і Міністерства транспорту від 07.08.96 № 253. — Із змін. від 17.01.97.

206. Інструкція про порядок передачі в оренду вантажних вагонів. Затв. наказом Міністерства транспорту України від 28.04.97 № 151. — ОВУ. — 1997. — число 25. — С. 159

207. Порядок заповнення податкової накладної. Затв. наказом Державної податкової адміністрації України від 30.05.97 № 165. — ОВУ. — 1997. — № 26. — С. 66. — Із змін. від 08.10.98; 02.08.2001.

208. Правила випуску та обігу фондових деривативів. Затв. рішенням Державної комісії з цінних паперів і фондового ринку від 24.06.97 № 13. — Бухгалтерія. Додаток до газети «Бізнес». — 1997, № 35, с. 17. — Из змін. від 20.11.2001.

209. Правила перевезень вантажів автомобільним транспортом в Україні. Затв. наказом Міністерства транспорту України від 14.10.97 № 363. — ОВУ. — 1998. — № 8. — Ст. 314. — Из змін. від 23.03.98; 05.11.2001.

210. Інструкція про порядок приймання, транспортування, зберігання, відпуску та обліку нафти і нафтопродуктів на підприємствах і в організаціях України. Затв. наказом Державного комітету нафтової, газової та нафтопереробної промисловості України, Міністерства економіки, Міністерства транспорту, Державного комітета стандартизації, метрології та сертифікації, Державного комітета статистики від 02.04.98 № 81/38/101/235/122. — ОВУ. — 1999. — № 41. — Ст. 2068.

211. Положення про порядок ведення реєстрів власників іменних цінних паперів. Затв. рішенням Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку в ред. від 26.05.98 № 60. — УК. — 28.05.1998. — Из змін. від 19.06.2001; 23.10.2001; 06.02.2003; 06.05.2003; 03.06.2003; 17.07.2003.

212. Перелік типових документів, що створюються в діяльності органів державної влади та місцевого самоврядування, інших установ, організацій і підприємств, із зазначенням термінів зберігання документів. Затв. наказом Головного архівного управління при Кабінеті Міністрів України від 20.07.98 № 41. — ОВУ. — 1998. — № 38. — Ст. 1414. — Из змін. від 23.10.2003; 26.11.2001; 24.03.2003; 24.03.2003.

213. Правила перевезень пасажирів, багажу, вантажобагажу та пошти залізничним транспортом України. Затв. наказом Міністерства транспорту України від 28.07.98 № 297. — ОВУ. — 1998 — № 40. — Ст. 1506. — Из змін. від 21.12.99; 22.02.2001; 21.11.2002; 14.07.2003.

214. Інструкція про порядок виготовлення, придбання, зберігання, обліку, перевезення та використання вогнепальної, пневматичної і холодної зброї, пристроїв вітчизняного виробництва для відстрілу патронів, споряджених гумовими чи аналогічними за своїми властивостями металевими снарядами несмертельної дії, та зазначених патронів, а також боеприпасів до зброї та вибухових матеріалів. Затв. наказом Міністерства внутрішніх справ України від 21.08.98 № 622. — ОВУ. — 1998. — № 42. — Ст. 1574. — Из змін. від 13.04.99; 26.06.2002.

215. Положення про порядок продажу на фондових біржах пакетів акцій відкритих акціонерних товариств. Затв. Наказом Фонду державного майна України, Державної комісії з цінних паперів і фондового ринку від 16.11.98 № 2141/297/9 (назва — в ред. від 31.02.2002). — ОВУ. — 1998. — № 51. — Ст. 1911. — Из змін. від 07.12.2000; 31.01.2002; 16.08.2002.

216. Порядок укладення договорів страхування морських суден, що знаходяться в державній власності і передаються судовласниками у фрахт, оренду, лізинг. Затв. наказом Міністерства транспорту України від 17.05.99 № 260. — ОВУ. — 1999. — № 25. — Ст. 237.

217. Положення про управління державним майном, що не ввійшло до статутних фондів господарських товариств у процесі приватизації, але знаходиться на їх балансі. Затв. Наказом Фонду державного майна України, Міністерства економіки України від 19.05.99 № 908/68. — ОВУ. — 1999. — № 26. — Ст. 1250. — Из змін. від 08.10.99; 12.12.2000; 20.04.2004.

218. Правила перевезень пошти повітряними суднами. Затв. наказом Державного комітету зв'язку та інформатизації України і Міністерства транспорту України від 08.06.99 № 105/297. — ОВУ. — 1999. — № 27. — Ст. 331.

219. Методика обчислення розміру відшкодування збитків, завданих енергопостачальнику внаслідок порушення споживачем Правил користування електричною енергією для населення. Затв. Постановою Національної комісії електроенергетики від 22.11.99 № 1416. — ОВУ. — 1999. — № 52. — Ст. 2603. — Из змін. від 26.04.2001.

220. Положення про валютний контроль. Затв. постановою Правління Національного банку України від 08.02.2000 № 49. — ОВУ. — 2000. — № 14. — Ст. 573. — Из змін. від 14.03.2001; 19.12.2001; 29.01.2003; 20.10.2004; 16.02.2005.

221. Положення про порядок застосування до суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності України та іноземних суб'єктів господарської діяльності спеціальних санкцій, передбачених ст. 37 Закону «Про зовнішньоекономічну діяльність». Затв. наказом Міністерства економіки України від 17.04.2000 № 52. — ОВУ. — 2000. — № 19. — Ст. 801. — Из змін. від 01.11.2000; 08.10.2001; 22.09.2003; 06.04.2004.

222. Правила державної реєстрації та обліку тракторів, самохідних шасі, самохідних сільськогосподарських, дорожньо-будівельних і меліоративних машин, тракторних причепів. Затв. наказом Міністерства аграрної політики України від 25.05.2000 № 75. — ОВУ. — 2000. — № 31. — Ст. 1333. — Из змін. від 11.06.2004.

223. Положення про порядок приватизації майна радгоспів та інших державних сільськогосподарських підприємств, а також заснованих на їх базі орендних підприємств. Затв. наказом Фонду державного майна України від 17.08.2000 № 1718. — ОВУ. — 2000. — № 40. — Ст. 1724.

224. Правила приймання вантажів до перевезення. Затв. наказом Міністерства транспорту України від 21.11.2000 № 644. — ОВУ. — 2000. — № 48. — Ст. 2108. — Из змін. від 20.08.2001; 28.05.2002; 09.12.2002; 18.04.2003; 31.01.2004.

225. Правила видачі вантажів. Затв. наказом Міністерства транспорту України від 21.11.2000 № 644. — ОВУ. — 2000. — № 48. — Ст. 2108. — Из змін. від 20.08.2001; 28.05.2002; 09.12.2002; 18.04.2003; 31.01.2004.

226. Правила складання актів. Затв. наказом Міністерства транспорту України від 21.11.2000 № 644. — ОВУ. — 2000. — № 48. — Ст. 2108. — Из змін. від 20.08.2001; 28.05.2002; 09.12.2002; 18.04.2003; 31.01.2004.

227. Правила оформлення перевізних документів. Затв. наказом Міністерства транспорту України від 21.11.2000 № 644. — ОВУ. — 2000. — № 48. — Ст. 2108. — Из змін. від 20.08.2001; 28.05.2002; 09.12.2002; 18.04.2003; 31.01.2004.

228. Правила реалізації вантажів. Затв. наказом Міністерства транспорту України від 21.11.2000 № 644. — ОВУ. — 2000. — № 48. — Ст. 2108. — Из змін. від 20.08.2001; 28.05.2002; 09.12.2002; 18.04.2003; 31.01.2004.

229. Положення про застосування Національним банком України до банків та інших фінансово-кредитних установ заходів впливу за порушення банківського законодавства. Затв. постановою Правління Національного банку України від 28.08.2001 N 369. — ОВУ. — 2001. — № 41. — Ст. 1864. — Из змін. від 29.12.2001; 28.02.2002; 07.10.2002; 04.06.2003; 08.09.2003; 21.04.2004; 29.04.2004; 27.10.2004.

230. Положення про вимоги до договору про надання послуг з оцінки вартості нерухомого майна інституту спільного інвестуванні. Затв. Рішенням Державної комісії з цінних паперів і фондового ринку від 23.10.2001. № 313. — ОВУ. — 2001. — № 50. — Ст. 2248.

231. Методика обчислення обсягу електричної енергії, недоврахованої внаслідок порушення споживачем-юридичною особою Правил користування електричною енергією. Затв. постановою Національної комісії регулювання електроенергетики України від 05.12.2001 № 1197. — Інформаційний бюлетень НКРЕ. — 2002. — № 1. — Из змін. від 19.12.2001.

232. Положення про операції банків з векселями в національній валюті на території України. Затв. Постановою Правління Національного банку України від 16.12.2002 № 508. — ОВУ. — 2003. — № 10. — Ст. 444.

233. Тимчасове положення про порядок державної реєстрації прав власності на нерухоме майно. Затв. наказом Міністерства юстиції України в ред. від 28.01.2003 № 6/5. — ОВУ. — 2003. — № 8. — Ст. 326. — Из змін. від 03.03.2004; 17.05.2004.

234. Інструкція про реєстрацію договору про передачу майнового права на сорт і договору про передачу права на використання сорту. Затв. наказом Міністерства аграрної політики України від 21.07.2003 № 244. — ОВУ. — 2003. — № 33. — Ст. 1807.

235. Положення про порядок здійснення банками України вкладних (депозитних) операцій з юридичними і фізичними особами. Затв. Постановою Правління Національного банку України від 03.12.2003 № 516. — ОВУ. — 2004. — № 1. — Ст. 8. — Из змін. від 15.09.2004.

236. Інструкція про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті. Затв. Постановою Правління Національного банку України від 21.01.2004 № 22. — ОВУ. — 2004. — № 13. — Ст. 908.

237. Інструкція про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України. Затв. наказом Міністерства юстиції України від 03.03.2004 № 20/5. — ОВУ. — 2004. — № 10. — Ст. 639. — Из змін. від 24.05.2004.

238. Правила Національної системи масових електронних платежів. Затв. Постановою правління Національного банку України від 10.12.2004 № 620. — ОВУ. — 2005. — № 2. — Ст. 93.

ДОКУМЕНТИ МІЖНАРОДНОЇ ТОРГОВОЇ ПАЛАТИ, ЩО НАБУЛИ СТАТУСУ НОРМАТИВНИХ АКТІВ

239. Уніфіковані правила та звичаї для документарних акредитивів. Редакція 1993 р. Публікація Міжнародної торгової палат № 500. — Набули значення акта законодавства на підставі ст. 2 Закону «Про платіжні системи та переказ грошей в Україні» від 05.04.2001. — Международное частное право: Учебное пособие/ (Сост. Д.В. Задыхайло). — Х: Фирма «Консум», 1998, с. 39.

240. Уніфіковані правила про договірні гарантії. Редакція 1978 р. Публікація Міжнародної торгової палати № 325. — Набули значення акта законодавства на підставі ст. 2 Закону «Про платіжні системи та переказ грошей в Україні» від 05.04.2001. — Международное частное право: Учебное пособие/ (Сост. Д.В. Задыхайло). — Х.: Фирма «Консум», 1998, с. 82.

241. Уніфіковані правила з інкассо. Редакція 1978 р. Публікація Міжнародної торгової палати № 322. — Набули значення акта законодавства на підставі ст. 2 Закону «Про платіжні системи та переказ грошей в Україні» від 05.04.2001. — Международное частное право: Учебное пособие/ (Сост. Д.В. Задыхайло). — Х.: Фирма «Консум», 1998, с. 73.

242. Міжнародні правила щодо тлумачення термінів «Інкотермс». Редакція 2000 р. Видання Міжнародної торгової палати № 560. — УК. — № 68. — 10.04.2002.

ПОСТАНОВИ ПЛЕНУМУ ТА ПРАКТИКА ВЕРХОВНОГО СУДУ УКРАЇНИ

243. Про судову практику в справах про визнання угод недійсними. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 28.04.78 № 3. — Бюлетень законодавства і юридичної практики України. — 1999. — № 5. — С. 29.

244. Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 31.03.95 № 4. — Бюлетень законодавства та юридичної практики України. — 1999. — № 5. — С. 167. — Из змін. від 25.05.2001.

АКТИ ЗАКОНОДАВСТВА СОЮЗУ РСР

245. Статут внутрішнього водного транспорту. Затв. постановою Ради Міністрів СРСР від 15.10.55 № 1801.

246. Положення про поставки продукції виробничо-технічного призначення. Затв. постановою Ради Міністрів СРСР від 25.07.88 № 888. — Зібрання постанов Уряду СРСР. — 1998. — № 24—25. — Ст. 70.

247. Положення про поставки товарів народного споживання. Затв. постановою Ради Міністрів СРСР від 25.07.88 № 888. — Зібрання постанов Уряду СРСР. — 1998. — № 24-25. — Ст. 70.

248. Інструкція про порядок приймання продукції виробничо-технічного призначення і товарів народного споживання за кількістю. Затв. постановою Держарбитражу при Раді Міністрів СРСР від 15.06.65 № П-6. — Бюллетень нормативних актів министерств и ведомств СССР. — 1975. — № 2. — С. 23.

249. Інструкція про порядок приймання продукції виробничо-технічного призначення товарів народного споживання за якістю. Затв. постановою Держарбитражу при Раді Міністрів СРСР від 25.04.66 № П-7. — Бюллетень нормативних актів министерств и ведомств СССР. — 1975. — № 2. — С. 33.

Наукове видання

**Проблемні питання
застосування Цивільного і Господарського
кодексів України**

Оригінал-макет **В'ячеслава Горобченка**
Мовний редактор **Людмила Петраускене**

Підписано до друку 01.06.2005 р. Формат 60х90 1/16.
Папір офсетний. Ум. друк. арк. 21,0. Обл.-вид. арк. 25,53.
Наклад 4000 прим.

Зам. № 000000

Видавництво «Реферат»
Україна, 04215, Київ 215, пр-т Свободи, 24-б, к. 22.
Тел. 237–5931, факс 430–7206.
E-mail: order@referat-publisher.com
<http://www.referat-publisher.com>

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи до державного реєстру видавців,
виготовників і розповсюджувачів видавничої продукції
Серія ДК, № 783 від 23.01.2002 р.

Віддруковано в друкарні видавництва «Фенікс»
м. Київ, вул. Шутова 13-б.