

X623.204
Б48

С. М. БЕРВЕНО

ПРОБЛЕМИ ДОГОВІРНОГО ПРАВА УКРАЇНИ



ЮРІНКОН
ІНТЕР

кадрет А ГПД

С. М. БЕРВЕНО

код екземпляра

336616



ПРОБЛЕМИ ДОГОВІРНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

Монографія

с. 257 @ Пра
№ 557207
Гр. право

Київ
Юрінком Інтер

2006

ББК 67.9(4УКР)304.2

Б48

Рекомендовано Вченою радою Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва Академії правових наук України (протокол № 11 від 26 грудня 2005 р.)

Рецензенти

Майданик Р. А. – доктор юридичних наук, професор кафедри цивільного права юридичного ф-ту Київського національного університету імені Тараса Шевченка;

Шишка Р. Б. – доктор юридичних наук, професор кафедри цивільно-правових дисциплін Національного університету внутрішніх справ

Бервено С. М.

Б48 Проблеми договірної права України: Монографія. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 392 с.

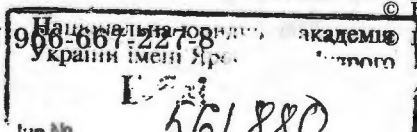
ISBN 966-667-227-8

У монографії аналізуються теоретичні проблеми формування та функціонування договірної права на сучасному етапі в умовах вступу в дію з 1 січня 2004 року Цивільного кодексу України. Розкривається зміст принципів договірної права, поняття цивільно-правового договору, визначаються класифікаційні групи договорів. Висвітлюються особливості динаміки договору на стадіях його укладення, виконання та порушення. Аналізується практика розгляду договірних спорів.

Розрахована на науковців, викладачів, студентів юридичних факультетів та юридичних вузів. Може бути корисною суддям, адвокатам та іншим практикуючим юристам.

ББК 67.9(4УКР)304.2+
+67.304.2

ISBN



© Бервено С. М., 2006
Юрінком Інтер, 2006

Розділ І

ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ДОГОВІРНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

1.1. Поняття цивільно-правового договору як основної складової договірної права та його юридичні ознаки

Прийняття нового Цивільного кодексу України та Господарського кодексу України, введених у дію з 1 січня 2004 р., знаменувало новий етап розвитку договірної права в Україні. І, як засвідчують перші кроки його наукового аналізу та осмислення, у ньому відбулося багато надзвичайних новел, порівняно з попереднім законодавством. Однак не усі з них заслуговують на беззастережну позитивну оцінку, доцільність введення окремих новел підтримує або заперечить судова практика.

Важливим завданням юридичної науки нині стає науковий аналіз усіх правових інститутів, серед яких особливе місце посідають загальні правові засади інституту договірної права, основним об'єктом правового регулювання якого є цивільно-правовий договір. У новому ЦК України збереглися вдалі договірні конструкції ЦК УРСР 1963 р. та з'явилися нові елементи, напрацьовані юридичною наукою, судовою практикою та зумовлені ринковими реформами в Україні. Ці питання були частково предметом аналізу в наукових статтях інших наукових працях досить вузького кола українських науковців (В. В. Луць, А. С. Довгерт, Н. С. Кузнецова, М. М. Сібільов, Т. В. Бод-

нар, В. Г. Олюха). Однак поки що в цивілістичній науці перевага надається дослідженню окремих видів договірних зобов'язань і не аналізується загалом договірне право, норми якого регулюють ці зобов'язання. Між тим, висвітлення загальних проблем договірного права є актуальним завданням юридичної науки, адже від ефективного їх вирішення залежить багато в чому ефективність вирішення спеціальних проблем окремих договорів.

Загальні правові засади договору сконцентровано у главах 52 «Поняття та умови договору», 53 «Укладення, зміна і розірвання договору», розміщених у розділі II «Загальні положення про договір» Книги п'ятої «Зобов'язальне право». Тобто ці дві глави щодо загальних положень про договір завершують побудову норм Книги п'ятої. По-іншому ця проблема вирішувалася у ЦК УРСР, у якому загально-договірні норми не були сформовані у відповідну самостійну главу, а, як влучно зауважив з цього приводу В. В. Луць, були «розпорошені» по різних розділах і главах Кодексу¹. Однак заради справедливості необхідно зазначити, що все-таки переважна частина загально-договірних норм розташовувалася в розділі III «Зобов'язальне право», який складався з шести глав. Спільним для обох кодексів є те, що і в першому, і в другому є первинні джерела — норми, що визначають загальні договірні засади. Містяться вони в нормах, що регулюють двосторонні правочини (угоди). Отже, можна констатувати наявність прогресивності у формуванні загально-договірних норм у новому ЦК України. Ця прогресивність полягає, зокрема, у тому, що договірне право набуло ознак системності й логічної завершеності, а зрештою — надійного правового підґрунтя більш ефективного врегулювання окремих договірних відносин завдяки закріпленню в загальних положеннях принципів формування договірних конструкцій. Такий підхід буде також сприяти кращому застосуванню норм договірного права у судовій практиці, полегшуватиме їх тлумачення.

Серед загально-договірних положень визначальне місце безумовно належить визначенню поняття договору за новим

¹ Луць В. В. Тенденції розвитку договірного права в сучасних умовах // Еволюція цивільного законодавства: проблеми теорії і практики: Матер. Міжнар. наук.-практ. конф. 29—30 квітня 2004 р. (м. Харків, 2004 р.) — С. 32—39.

ЦК України, яке було відсутнє у ЦК УРСР. Відповідно до ч. 1 ст. 626 ЦК України договором є «домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків». Не можна стверджувати, що наведене визначення є абсолютно новим для юридичної науки, адже до прийняття нового ЦК в юридичній доктрині сформувалися досить усталені погляди на поняття цивільно-правового договору.

¹ Загалом договір у цивілістичній науці вживається в кількох правових значеннях: як угода, як правовідношення, як підстава виникнення зобов'язання, як документ про фіксацію укладення угоди, а інколи – як саме зобов'язання.

Поділяючи угоди на односторонні, двосторонні й багатосторонні, юристи стверджували, що двосторонні та багатосторонні угоди є договором¹. Проте у тих випадках, коли виникала потреба дати визначення поняттю цивільно-правового договору, науковці визначали його зазвичай не через категорію «угода» (російською мовою – «сделка»), а за допомогою російського терміна «соглашение», синонімами якого в українській мові є дещо неадекватні терміни «домовленість», «згода».

Інколи зобов'язання ототожнювалися з договорами. Так, видатний цивіліст радянського періоду О. С. Іоффе зазначав, що до зобов'язань належать різноманітні цивільні правовідносини, основну масу яких складають цивільно-правові договори². Безумовно, це спрощений підхід до розуміння співвідношення зобов'язання і договору, адже в цивільному законодавстві радянського періоду, наприклад, у ЦК УРСР (ст. 151), договір розглядався лише як одна з підстав виникнення зобов'язання. Однак в інших випадках законодавець відступив від цієї принципової позиції, що вбачається з назви другого підрозділу розділу III ЦК УРСР – «Окремі види зобов'язань», в якому фактично врегульовані окремі види договорів.

Стверджувати, однак, що в цивілістичній науці зобов'язання (зобов'язальне право) ототожнювалося з договором

¹ Гражданский кодекс Украинской ССР: Научно-практический комментарий. — К., 1981. — С. 49—50; Советское гражданское право / Под ред. В. А. Рясенцева. — М.: Юрид. лит., 1975. — Т. 1. — С. 196.

² *Иоффе О. С.* Обязательственное право. — М.: Юрид. лит., 1975. — С. 3.

(договірним правом), було б несправедливо. Швидше за все, це відбувалося внаслідок технічної невимогливості у застосуванні термінології. Врешті, той самий О. С. Іоффе чітко визначив зобов'язання як закріплене цивільним законом суспільне відношення щодо переміщення майна та інших результатів праці, в силу якого одна особа (кредитор) має право вимагати від іншої особи (боржника) здійснення певних дій і зумовленого цим утримання від здійснення певних інших дій¹. Таке визначення зобов'язання можна умовно назвати «зобов'язання-правовідношення». В юридичній літературі воно одержало досить широку підтримку².

Водночас сформувалася й інша позиція про поняття зобов'язання, в основу якої закладалося законодавче положення ст. 33 Основ цивільного законодавства Союзу РСР і союзних республік, ст. 151 ЦК УРСР 1963 р. про те, що в силу зобов'язання одна особа (боржник) зобов'язана вчинити на користь іншої особи (кредитора) певну дію, як-от: передати майно, виконати роботу, заплатити гроші або утриматися від певної дії, а кредитор має право вимагати від боржника виконання його обов'язків³.

Розробники нового ЦК України 2003 р. вирішили за можливе надати перевагу третій концепції. Відтак у ст. 509 ЦК прямо передбачено, що зобов'язанням є правовідношення, 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 утриматися від певної дії, а кредитор має право вимагати від боржника виконання його обов'язку. В новому ЦК також визначено, що зобов'язання виникають із підстав, встановлених ст. 11 Кодексу, серед яких окремо виділені догово-

¹ *Іоффе О. С.* Обязательственное право. — М.: Юрид. лит., 1975. — С. 6.

² Див.: *Советское гражданское право.* — М.: Юрид. лит., 1975. — С. 442; *Юридический энциклопедический словарь.* — М.: Сов. энциклопедия, 1984. — С. 211; *Цивільне право України / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової.* — К.: Юрінком Інтер, 2004. — Кн. 1. — С. 708—709; *Харитонов Е. О., Саниахметова Н. А.* — *Гражданское право.* — К.: А.С.К, 2001. — С. 288—289.

³ Див.: *Советское гражданское право.* — М.: Юрид. лит., 1965. — Т. 1. — С. 425; *Гражданское право.* — М.: Юрид. лит., 1969. — Т. 1. — С. 430—432; *Советское гражданское право.* — М.: Высшая школа, 1972. — Т. 1. — С. 338.

ри та інші правочини. Отже, зобов'язання і договір не можуть розглядатися як тотожні юридичні категорії.

У новому ЦК (ст. 626) вперше дано легальне визначення поняття договору, під яким необхідно розуміти «домовленість двох або більше сторін, спрямовану на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків». Виявлення правової природи договору, його правових ознак має велике теоретичне і практичне значення, адже це сприяє виявленню співвідношення договору і зобов'язання, встановленню місця договору в системі договірної права. Тому наведене визначення заслуговує на всебічний аналіз.

Насамперед, необхідно зазначити, що воно певною мірою відрізняється від усталеного в юридичній науці визначення договору та його законодавчого закріплення в окремих правових системах. Так за Французьким цивільним кодексом (Кодексом Наполеона) 1804 р. договір – це узгодження, за допомогою якого одна або кілька осіб зобов'язуються перед іншою особою дати будь-що, зробити будь-що або не робити будь-що (ст. 1101). У наведеному визначенні є одна важлива деталь – у ньому простежуються елементи угоди та елементи, притаманні зобов'язанню.

У цивільному законодавстві Німеччини взагалі не дається визначення договору. В Єдиному торговому кодексі США (ст. 1-201) договір розглядається як зобов'язання, яке впливає з угоди сторін відповідно до закону та інших відповідних норм права. У даному разі договір ототожнюється із зобов'язанням, але лише з тим, яке виникає на підставі угоди.

Не давалося поняття договору в цивільних кодексах колишніх республік СРСР. Очевидно законодавець визнав достатнім для розкриття змісту договору положення ч. 2 ст. 41 ЦК УРСР про те, що угоди можуть бути односторонніми, дво- або багатосторонніми (договори). Тобто у даному разі відбулося законодавче закріплення конструкції: «договір – двостороння або багатостороння угода». Така конструкція визначення поняття договору, яка була закріплена також у ЦК РРФСР 1963 р., знайшла свій подальший розвиток у новому ЦК РФ (2004 р.). Так, відповідно до ст. 420 ЦК РФ договором визнається «соглашение» двох чи кількох осіб про встановлення, зміну чи припинення цивільних прав і обов'язків. Таке поняття договору практично повністю

співпадає з його формулюванням, наведеним у ЦК України, якщо не ставити під сумнів тотожність понять «соглашение» в ЦК РФ та «домовленість» — у ЦК України.

Незважаючи на особливу значимість договору у цивільному праві юридична цивілістична доктрина поки що не відзначилася великою змістовністю поглядів щодо визначення його поняття.

У римському приватному праві юристи під договором розуміли двосторонню угоду, в якій виражена воля двох сторін, спрямована на досягнення або припинення правового результату — виникнення, зміну чи припинення прав і обов'язків¹. Власне, таке визначення бралось за основу як за радянського періоду, так і нині.

Так, О. Ю. Кабалкін у свій час писав, що цивільно-правовий договір, будучи найпоширенішим різновидом угод, є «соглашением» двох чи більшої кількості сторін, спрямованим на встановлення, зміну чи припинення цивільних прав та обов'язків². Якщо взяти до уваги, що за ЦК УРСР (ст. 41), як і за цивільними кодексами усіх інших союзних республік колишнього СРСР, угодами визнавалися дії громадян і організацій, спрямовані на встановлення, зміну чи припинення цивільних прав або обов'язків, то вищенаведене визначення договору є таким, що можна назвати його «договір-угода». Власне, це впливає з ч. 2 тієї самої ст. 41, за якою двосторонні та багатосторонні угоди — це договори.

На думку видатного вченого радянського періоду О. С. Іоффе, під договором необхідно розуміти «соглашение» двох або кількох осіб про встановлення, зміну чи припинення цивільних правовідносин³. Таким чином, на відміну від попереднього визначення, у наведеному договорі розглядається як підстава виникнення і динаміки цивільних правовідносин, якими, зокрема, є і зобов'язальні правовідносини, адже за цивільним законодавством як радянського періоду (ст. 151 ЦК УРСР), так і сучасного періоду (статті 11, 506 ЦК України) договір є безпосередньою підставою виникнення зобов'язань. Концепція О. С. Іоффе базувалася на поєднанні двох

¹ Див.: Підпригора О. А. Римське приватне право. — К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2001. — С. 281.

² Советское гражданское право. — М.: Юрид. лит., 1975. — С. 437.

³ Иоффе О.С. Обязательственное право. — М.: Юрид. лит., 1975. — С. 26.

елементів: юридичного факту і правовідношення, на що зверталася увага в юридичній літературі¹.

За великого розмаїття думок щодо поняття цивільно-правового договору базовим у переважній їх більшості закладається категорія угоди або домовленості². В цей період у радянському праві панувала концепція виключно державного правового регулювання суспільних відносин (єдиного їх регулятора), а тому, на думку М. В. Сібільова, договір розглядався переважно як **юридичний факт** — умова, з якою норми права пов'язують виникнення, зміну або припинення правовідносин і як певний автономний регулятор суспільних відносин³.

Однак із прийняттям нового ЦК України істотно змінилася роль договору у співвідношенні зовнішнього (державного) і внутрішнього регулювання (саморегулювання) шляхом посилення засобів договірному саморегулюванню. Яскравим підтвердженням цього слугують статті 6 і 7 ЦК України, якими прямо закріплюється самостійна праворегулююча роль договору і звичаю і навіть, більше того, адже сторони в договорі можуть відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд (ч. 3 ст. 6). Це дало можливість відповідно окремим авторам висунути досить спірну тезу про те, що в договірній сфері ЦК відсуває закон на друге місце, віддаючи перевагу договірному регулюванню⁴.

¹ Див.: *Гражданское право Украины* / Под ред. А. А. Пушкина и др. — Харьков, 1996. — Ч. 1. — С. 353—354.

² Див.: *Гражданское право* / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — М., 1998. — Ч. 1. — С. 495—496; *Гражданское право России. Общая часть* / Под ред. О. Н. Садикова. — М., 2001. — С. 720—721; *Белов А. В. Гражданское право. Общая часть*. — М., 2002. — С. 240; *Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Общие положения*. — М., 1997. — С. 10—15; *Цивільний кодекс Української РСР: Науково-практичний коментар*. — К., 1971. — С. 152; *Гражданский кодекс Украины: Научно-практический комментарий*. — Харьков, 1999. — С. 233; *Цивільне право України* / За ред. Я. М. Шевченко. — К., 2003. — Т. 1. — С. 467—468 та ін.

³ *Сібільов М.* Базові моделі регулювання договірних відносин за новим Цивільним кодексом України // *Українське комерційне право*. — К., 2003. — № 4. — С. 17—18.

⁴ *Ромовська З. В.* Проблеми загальної теорії права у проекті ЦК України // *Кодифікація цивільного (приватного) права України*. — К., 2000. — С. 42.

У новому ЦК вперше дано законодавче визначення поняття договору, яким є «домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків». Тобто новий ЦК сприйняв поняття договору, сформульоване в юридичній доктрині ще радянського періоду, яке зводилося до розуміння договору як юридичного факту, що породжує відповідні цивільні правовідносини. Іншими словами, в ньому взагалі не знайшлося місця ознакам, які хоча б певною мірою відображали нові базові принципи побудови договірної права. Законодавче визначення поняття договору було піддане критиці у зв'язку з відсутністю в ньому категорії правочини, яка введена взамін поняття «угода».

На думку деяких авторів, визначення договору як домовленості двох або більше сторін є невдалим, оскільки не кожна домовленість набуває ознак договору¹. Безумовно, така критика є справедливою, але можна зазначити й інші аспекти нововведеного визначення договору. Як нам вважається, введення в ст. 636 ЦК (до речі, як і в десятки інших статей) терміна «домовленість» стало наслідком прагнення розробників нового ЦК України до уніфікації цивілістичної термінології, використовуваної в правових системах, насамперед, країн СНД, зокрема Російської Федерації, в ЦК якої є аналогічна за змістом стаття, відповідно до якої «Договором признается соглашение двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей». Відомий російський цивіліст М. І. Брагинський, аналізуючи поняття договору, в одному випадку стверджує, що договори належать до тієї різновидності юридичних фактів, яка іменується «сделками» (угодами), в іншому — зазначає, що «мать договора — соглашение». Автор не пояснює, у чому полягає різниця між цими двома термінами, а лише зазначає, що в римському праві поняття договору включало дві його неодмінні ознаки: «соглашение» (convention, consensus) та його підставу у вигляді певної мети². Такої ж точки зору дотримується й інший відомий російський

¹ Див.: Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар. — К.: Істина, 2004. — С. 151—152.

² Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Общие положения. — М., 1997. — С. 13—14.

цивіліст О. Ю. Кабалкін у Коментарі до ЦК РФ, який стверджує безапеляційно, що договір — це юридичний факт¹.

В українській філологічній літературі синонімами договору вважаються — угода, контракт, домовленість². Безумовно, при визначенні поняття договору неможна абсолютизувати філологічне значення його синонімів. В юридичній літературі цілком справедливо зверталася увага на те, що не кожна домовленість набуває ознак договору. Вона набуває ознак договору, якщо досягнута з дотриманням вимог, встановлених для укладення договору. Тому пропонувалося визначати поняття договору через категорію правочину³. З юридичної точки зору, такий підхід є правильним. Власне, подібна позиція висловлювалася до прийняття нового ЦК України. Так, в юридичному словнику-довіднику договір у цивільному праві визначався як угода двох або кількох осіб про встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків⁴.

Визначення багатьма авторами договору лише як юридичного факту, на наш погляд, є занадто спрощеним розумінням дійсного змісту правової природи договору. У зв'язку з цим заслуговують на увагу спроби інших авторів вийти за межі традиційного уявлення про договір. Так, В. В. Луць погоджується з розумінням договору як дво- або багатосторонньої угоди, але водночас вважає припустимим розглядати договір як цивільні правовідносини (зобов'язання), що виникли з договору як юридичного факту або правовий документ, яким зафіксовано виникнення договірних зобов'язання з волі його учасників⁵. Подібна точка зору висловлювалася й іншими авторами⁶.

¹ Коментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой / Под ред. проф. Т. Е. Абовой и А. Ю. Кабалкина. — М.: Юрайт-Издат, 2003. — С. 27.

² Словник синонімів української мови. — К.: Наукова думка, 2001. — С. 440.

³ Цивільне право України / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. — К.: Юрінком Інтер, 2003. — Кн. 1. — С. 168—170.

⁴ Юридичний словник-довідник. — К.: Феміна, 1996. — С. 171.

⁵ Цивільне право. — К.: Вентурі, 1997. — Ч. 2. — С. 27—28; Зобов'язальне право / За ред. О. В. Дзери. — К.: Юрінком Інтер, 1998. — С. 18—19.

⁶ Вердников В. Г., Кабалкин А. Ю. Гражданско-правовые формы товарно-денежных отношений. — М.: Юрид. лит., 1970. — С. 73.

У цивілістичній науці сформувалася також концепція договору як особливого виду нормативного акта, якщо цей договір має форму типового (зразкового) договору. С. А. Верб розглядає типовий договір як нормативний акт, в якому правила поведінки виявляються в умовах конкретного договору. Водночас, примірний договір, на його думку, не містить ознак нормативного акта, а його умови мають лише рекомендаційний характер¹.

Звичайно, можна вбачати в типових договорах, умови яких є обов'язковими для сторін, ознаки нормативного регулювання. Однак нині, на відміну від радянського періоду, типові договори, що затверджуються уповноваженими органами, не набули значного поширення, а відтак, концепція договору як нормативного акта не має великого практичного значення.

Нині більш актуальною уявляється регулятивна функція договору, що прямо передбачається новим ЦК України. Так, відповідно до ст. 6 ЦК сторони мають право врегулювати у договорі, який передбачений актами цивільного законодавства, свої відносини, які не врегульовані цими актами. Більше того, сторони в договорі можуть навіть відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд, за винятками, передбаченими абзацом 2 ч. 3 ст. 6 ЦК України. Таким чином, цілком правомірно можна стверджувати, що договір є ненормативним засобом індивідуального врегулювання відносин договірних сторін.

Все вищевикладене бажано було б якнайповніше відобразити у визначенні поняття цивільно-правового договору. Звичайно, як на наш погляд, нереально очікувати в найближчій перспективі активних дій законодавців, спрямованих на кардинальне вдосконалення таких положень ЦК, що стосуються дефініцій. Насамперед, можливі зміни будуть стосуватися суперечливих чи помилкових його норм. Це, однак, не перешкоджає науковим пошукам найбільш оптимального визначення поняття цивільного договору. Тому на

¹ Верб С. А. Типовые и примерные договоры как средство правового регулирования общественных отношений // Договорная дисциплина в советском гражданском праве. — Свердловск, 1985. — С. 146—147.

підставі всього викладеного договір можна було б визначити як правомірний правочин взаємоузгодженої волі двох і більше сторін, спрямованої на виникнення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків у формі зобов'язального правовідношення та на врегулювання відносин між цими сторонами шляхом закріплення цих прав та обов'язків у визначеній законом формі. Наведене визначення поняття договору, безумовно, є небезспірним, але воно містить такі складові, які засвідчують наявність у договорі багатоманітності його змісту.

Незважаючи на те, що договір є не лише юридичним фактом, що забезпечує виникнення зобов'язального правовідношення, а й регуляторним механізмом, не варто недооцінювати ролі правових норм, що регулюють відносини суб'єктів договору. У зв'язку з цим слід звернути увагу на надзвичайно велику кількість актів законодавства, які регулюють договірні відносини.

Отже, договору притаманні наступні основні юридичні ознаки.

По-перше, договір є юридичним фактом, здатним породжувати виникнення цивільних прав і обов'язків. Як відомо, цивільні права та обов'язки виникають у силу різноманітних підстав, серед яких договір посідає особливе місце. Юридичні факти в цивільному праві класифікуються за різноманітними ознаками. Так, за проявом волі чи її відсутності вони поділяються на юридичні дії та юридичні події. У свою чергу, юридичні дії поділяються на правомірні та неправомірні дії як фізичних, так і юридичних осіб¹. У даному разі договір є правомірною вольовою дією особи. Саме договір є найпоширенішою підставою виникнення цивільних прав та обов'язків, що, власне, підтверджується також змістом ч. 2 ст. 11 ЦК України, в якій договори та інші правочини передують іншим підставам, перерахованим у цій статті.

По-друге, договір є не просто юридичним фактом. Його рушійною силою є дія, спрямована на виникнення, зміну чи

¹ Див.: Цивільне право України / За заг. ред. В. І. Борисової, В. Л. Яроцького, І. В. Спасибо-Фатєєвої. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — Т. 1. — С. 88—89.

припинення цивільних прав та обов'язків, які функціонують і реально виявляються в межах цивільного правовідношення, що є результатом внутрішньої волі суб'єктів договірної правочину та її реалізації шляхом взаємного волевиявлення та вчинення відповідних дій у відповідній об'єктивній формі. Саме договір, який водночас є правочином, визначає зміст договірного зобов'язання. У зв'язку з цим постає питання про співвідношення внутрішньої волі сторін договору з їх волевиявленням. Однак, щоб дати відповідь на це питання, необхідно визначити зміст поняття волі.

Воля є об'єктом досліджень не лише юристів, а й психологів, що цілком зрозуміло. Так, на думку вчених-психологів, ознаками волі, по-перше, є усвідомлений особою характер дії, по-друге, здатність людини коригувати свої дії, по-третє, наявність активності у подоланні труднощів¹. З наведеного можна зробити, насамперед, висновок, корисний з теоретичної і практичної точки зору для цивілістичної науки, про те, що воля є суб'єктивним проявом ставлення особи до своїх дій або, у нашому випадку — до дій, спрямованих на укладення договору для досягнення відповідної юридичної мети. Оскільки ж договором є правочин двох і більше осіб, то цілком закономірною є умова: щоб відбувся взаємний збіг їх волі, необхідний їх адекватний зовнішній прояв у конкретних діях, виражених у юридичній формі.

На думку одного зі знаних фахівців цієї проблеми В. А. Ойгензіхта, воля має свій прояв у дії і сутність волі виявляється в її регулюючій функції². На перший погляд, така позиція є вірною і прийнятною. Однак, на нашу думку, ця позиція не є бездоганною, оскільки не здатна повною мірою розкрити сутність волі лише за допомогою регулятивної функції. Сутність волі полягає, насамперед, як уже зазначалося, у суб'єктивному ставленні особи до своїх дій, тобто її функція зводиться до того, що внутрішня воля особи забезпечує контроль за правильним її відображенням у волевиявленні, яке і забезпечує врегулювання відносин між носіями волі.

¹ Филиппов М. М. Понятие вины в советской психологии. Опыт определения воли // Проблемы методологии и логики. — Томск, 1967. — С. 123.

² Ойгензіхт В. А. Воля и волеизъявление. — Душанбе, 1983. — С. 6—7.

У юридичній науці висловлюються дуже різноманітні точки зору щодо правової природи угод як юридичного факту (нині двосторонніх та багатосторонніх правочинів), але розбіжності між авторами не носять принципового характеру, а мають переважно незначні термінологічні особливості. І якщо їх узагальнити, то зводяться вони в основному до того, що угоді-договору притаманні зустрічне (взаємне) волевиявлення двох чи більше осіб, або єдиний вольовий акт, або збіг (співпадіння) волі сторін, відповідність волевиявлення взаємоузгодженій волі сторін¹. На думку І. В. Спасибо-Фатєєвої, відсутність узгодження воль сторін при укладенні договору порушує тим самим не тільки принципи договірної права, а й взагалі загально-правові принципи².

Отже, взаємоузгодженість волі сторін правочину-договору є його обов'язковим елементом. Однак це аж ніяк не означає, що воля кожної зі сторін є тотожною за своїм змістом. У багатьох випадках автори звертали увагу, що воля сторін може не збігатися, а узгодженість у вигляді збігу самостійних воль контрагентів можлива тільки у договорах про спільну діяльність³. З такою точкою зору не можна повністю погодитись, оскільки збіг волі контра-

¹ Цивільне право України / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — Кн. 1. — С. 171; *Олюха В. Г.* Цивільно-правовий договір: Поняття, функції і система: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2003. — С. 4; *Митрович Б. Т.* Рекламации по нарушениям контрактом. — М., 1997. — С. 79; Гражданское право России: Курс лекций / Под ред. Н. Садикова. — М., 1996. — Ч. 1. — С. 285; Советское гражданское право: Учебник / Под ред. О. С. Иоффе. — Л., 1971. — Ч. 1. — С. 365; Договор в народном хозяйстве. — Алма-Ата, 1987. — С. 13; *Яковлев В. Ф.* Гражданско-правовое регулирование имущественных отношений. — Свердловск, 1972. — С. 90; *Гавзе В. И.* Социалистический гражданско-правовой договор. — М.: Юрид. лит., 1972. — С. 85; *Підопригора О. А.* Цивільне право України. Правові основи підприємництва. — К.: Юрінформ, 1994. — С. 47; *Новицкий И. Б., Луиц Л. А.* Общее учение об обязательстве. — М.: Юриздат, 1950. — С. 95; *Грущинський І.* Правове регулювання у підприємстві // Право України. — 1998. — № 2. — С. 76; *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Общие положения. — М.: Статут, 1997. — С. 117.

² *Спасибо-Фатеева И. В.* Акціонерні товариства: Акції, власність, корпоративне управління. — Харків: Видавничий Дім «Райдер», 2002. — С. 32.

³ *Олюха В. Г.* Зазнач. праця.

гентів не слід розуміти як повне співпадіння змісту волі кожної зі сторін. Під збігом воль необхідно розуміти внутрішнє сприйняття кожною зі сторін прагнення до виникнення у них відповідних прав і обов'язків за наявності у них навіть протилежних інтересів в укладенні договору, як це особливо рельєфно виявляється в договорі купівлі-продажу, у якому інтереси кожної зі сторін, як правило, протилежні, оскільки продавець прагне продати товар за вищу ціну, а покупець — сплатити за нього нижчу ціну. Однак у процесі узгодження умов договору і досягнення сторонами консенсусу такий антагонізм інтересів набуває ознак внутрішньої вольової статичності і не реалізується надалі в динаміці волевиявлення.

Дещо по-іншому формується воля переходом її у волевиявлення в договорах роздрібної торгівлі, в якій ціни встановлюються однакові для усіх покупців. За таких обставин покупець фактично пасивно формує своє волевиявлення, завідомо погоджуючись на умови, запропоновані продавцем, а тому тут внутрішня суперечність інтересів позбавлена юридичного сенсу.

Тому можна вважати, що сторони можуть мати спільний інтерес та єдину мету не лише у договорах про спільну діяльність, як це зазначається деякими авторами, а й в інших договорах, у тому числі у таких, де відсутня повна гармонізація волі їх сторін, оскільки у таких випадках необхідно брати до уваги не психологічний, а юридичний аспект волі та волевиявлення сторін. Якщо не відбудеться збігу юридичного змісту волі та волевиявлення, то взагалі договір не може вважатися укладеним.

Дискусійною продовжує залишатися також проблема співвідношення значимості волі та волевиявлення. З цього приводу дискусії зводяться в цілому до наступного. По-перше, у разі виникнення спору закон перевагу надає волі і аж ніяк не волевиявленню¹. По-друге, перевагу необхідно на-

¹ Шахматов В. П. Основные проблемы теории сделок по советскому гражданскому праву: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Свердловск, 1951. — С. 8; Тархов В. А. Гражданское право. — Чебоксары, 1997. — С. 200.

давати прояву волі (тобто волевиявленню)¹. По-третє, в усіх випадках має бути єдність волі та її волевиявлення². Опінуючи усі зазначені варіанти, безумовно, можна віднайти в них як позитивні, так і вразливі місця.

Так, перша позиція має під собою законодавчу основу, адже правочин-договір із пороками (вадами) волі незалежно від правомірності волевиявлення може бути визнаний недійсним (наприклад, статті 229—233 ЦК України). Однак такі наслідки настають лише у чітко визначених випадках, коли абсолютно однозначно встановлюються вади волі. Але в інших випадках досить важко виявити внутрішню волю суб'єкта правочину, а відтак, при розгляді конкретних спорів між суб'єктами договірною зобов'язання необхідно керуватися презумпцією адекватності волевиявлення внутрішній волі сторін.

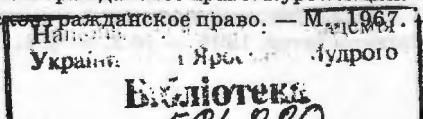
Друга точка зору, яка надає перевагу волевиявленню, має право на існування, але буде правильною лише до того часу, допоки не будуть наведені докази пороку (вад) волі.

Нарешті, не є абсолютно безспірною точка зору про єдність волі та волевиявлення, адже такий стан суб'єкта договору є, безумовно, бажаним, але насправді така єдність може бути і відсутня, але договір буде вважатися чинним, оскільки оспорювані правочини можуть визнаватися недійсними лише на вимогу його сторін чи інших уповноважених осіб (ч. 3 ст. 215 ЦК України).

Як на наш погляд, недоцільно абсолютизувати ідею надання переваг чи то внутрішній волі особи чи її зовнішньому прояву, тобто відповідному волевиявленню, адже наявність пороків (вад) в одному з двох елементів може позначатися

¹ Новицький І. Б. Сделки. Исковая давность. — М., 1954. — С. 22; Занковская В. В. Существенное заблуждение в сделке в советском гражданском праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 1950. — С. 7; Куник Е. А. Гражданско-правовые сделки. Представительство. Общее учение об обязательствах. Способы обеспечения обязательств. — М., 1960. — С. 41.

² Азарков М. М. Понятие сделки по советскому гражданскому праву // Советское государство и право. — 1946. — № 3—4. — С. 46; Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве. — М., 1958. — С. 50; Иоффе О. С. Советское гражданское право: Курс лекций. — Л., 1958. — С. 222—223; Советское гражданское право. — М., 1967. — С. 254.



на дійсності договору чи на визначенні його правової природи. І практика це підтверджує. Наприклад, у Постанові Пленуму Верховного Суду України від 28 квітня 1978 р. «Про судову практику в справах про визнання угод недійсними» зазначалося, що під істотною помилкою, яка, відповідно до ст. 56 ЦК УРСР, може бути підставою для визнання угоди недійсною, слід розуміти таке неправильне сприйняття стороною в угоді суб'єкта, предмета чи інших істотних умов угоди, що вплинуло на її волевиявлення, за відсутності якого за обставинами справи можна вважати, що угода не була б укладена¹.

В іншому випадку в узагальненні судової практики Верховний Суд України звернув увагу судів на те, що при вирішенні справ щодо визнання недійсними та розірвання угод про відчуження приватизованих квартир правову природу договору необхідно встановлювати на основі виявлення дійсної волі сторін².

Постановою Пленуму Верховного Суду України від 25 грудня 1992 р. було відмовлено в позові про визнання на підставі ст. 57 ЦК недійсним договору дарування жилого будинку як укладеного у зв'язку зі збігом тяжких обставин, оскільки наявність таких обставин судом при перевірці обґрунтованості вимог не встановлена³. У цьому випадку було відмовлено у задоволенні позову у зв'язку з тим, що позивач не надав доказів пороку у формуванні волі дарувальника.

Таким чином у всіх перерахованих випадках суд брав до уваги наявність чи відсутність адекватної волі на укладення договору. Однак це аж ніяк не свідчить, що суди надавали при вирішенні справи переваги волі сторони чи її зовнішньому прояву. Безперечно, для визнання правочину правомірним важливо, щоб і внутрішня воля сторін, і її волевиявлення не були деформованими. При цьому це

¹ Див.: Бюлетень законодавства і юридичної практики України. Постанови Пленуму Верховного Суду України. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — № 11. — С. 67—71.

² Практика вирішення судами справ щодо визнання недійсними або розірвання угод про відчуження приватизованих квартир // Вісник Верховного Суду України. — К., 2001. — № 2. — С. 26.

³ Бюлетень законодавства і юридичної практики України. — К.: Юрінком Інтер, 1995. — № 2. — Ч. 1. — С. 37.

стосується усіх сторін договору. Водночас, не можна заперечувати іншого факту, що об'єктивно волевиявлення одержало у законодавстві значно ширше врегулювання. І це зрозуміло, адже волевиявлення має об'єктивне вираження в різних його проявах та формах при укладенні договору, його виконанні тощо.

Вперше в новому ЦК здійснено поділ договорів на односторонні, двосторонні або багатосторонні (частини 1, 2, 3 ст. 626). Відповідно, одностороннім є договір, якщо одна сторона бере на себе обов'язок перед другою стороною вчинити певні дії або утриматися від них, а друга сторона наділяється лише правом вимоги, без виникнення зустрічного обов'язку щодо першої сторони, а двостороннім — якщо правами та обов'язками наділені обидві сторони договору. Законодавець безпосередньо не визначає зміст багатосторонніх договорів, а лише передбачає можливість застосування загальних положень про договір, якщо це не суперечить багатосторонньому характеру цих договорів, що цілком зрозуміло, адже багатосторонній договір є лише одним із видів цивільно-правового договору, який більшою мірою за своїми ознаками наближається до двосторонніх договорів. Однак законодавчий поділ договорів на односторонні, двосторонні та багатосторонні не є новим для цивілістичної науки, для якої він давно є усталеним, традиційним і таким, що, як правило, не викликав особливо гострих дискусій¹.

Аналіз окремих договірних зобов'язань свідчить, що переважна частина договорів є двосторонніми або багатосторонніми і лише деякі з них належать до односторонніх. У сучасній цивілістичній літературі до односторонніх відносять договори дарування, позики, безоплатного користування майном (позички). М. В. Венецька одностороннім вважає договір доручення². На думку П. Л. Ткачука, до односторонніх договорів належать переважно реальні договори

¹ Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар / За ред. розробників проекту Цивільного кодексу України. — К.: Істина, 2004. — С. 438 (автор глави — В. В. Луць).

² Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар / За ред. Я. М. Шевченко. — К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2004. — Ч. 2. — С. 94.

(договори довічного утримання, позики тощо)¹. Залежно від реальності та консенсуальності того чи іншого договору вирішують проблему односторонності чи двосторонності договору В. С. Казанцев та деякі інші автори².

Таким чином, питання про односторонність чи двосторонність договору є лише на перший погляд простим і таким, що не потребує ретельного дослідження. Насправді це дещо не так. Важко погодитися з тезою тих авторів, які стверджують, що реальні договори водночас є односторонніми. Наприклад, відповідно до ст. 936 ЦК України договір зберігання вважається реальним, а в тих випадках, коли договором зберігання за законом може встановлюватися обов'язок прийняти річ на зберігання в майбутньому, вважається консенсуальним. Однак у разі укладення договору зберігання, наприклад, шляхом передачі майна фізичною особою на зберігання до камери схову, хоч такий договір і буде реальним, але він водночас буде двостороннім, оскільки у кожної сторони будуть певні права і обов'язки. Зберігач зобов'язаний зберігати поклажу належним чином та повернути її поклажодавцеві у відповідній кількості, такого самого роду й такої самої якості, а поклажодавець, у свою чергу, повинен забрати поклажу та оплатити послугу зберігання, якщо вона надана на платних умовах.

Аналогічною може бути ситуація з договором позички, за яким навіть у випадку його реальності і позичкодавець, і користувач можуть мати певні права і обов'язки. Тому вважаємо, що не кожний реальний договір одночасно має належати до категорії односторонніх договорів. Це питання має вирішуватися з урахуванням наявності чи відсутності у сторін взаємних прав та обов'язків. При цьому не можна не звернути уваги на суперечливі погляди щодо співвідношення прав та обов'язків у сторін за певними договорами. Як вже зазначалося, окремі автори (М. В. Венецька) до односторонніх договорів зараховують також договір доручення, з чим не можна погодитися із принципових міркувань. Гадаємо, що таке судження стало можливим лише з огляду на взяття

¹ Цивільний кодекс України: Коментар / За ред. Є. О. Харитоновна, О. М. Калітенко. — Харків: Одиссей, 2003. — С. 444.

² Див.: Цивільне право України / За заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасько-Фатеевої, В. Л. Яроцького. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — Т. 2. — С. 227—228, 163, 176.

до уваги змісту ст. 1000 ЦК України, згідно з якою за договором доручення повірений зобов'язується вчинити від імені та за рахунок другої сторони (довірителя) певні юридичні дії. Дійсно, з наведеного визначення вбачаються начебто обов'язки лише повіреного. Але, якщо давати комплексний аналіз правовому регулюванню відносин, що виникають із договору доручення, то можна дійти однозначного висновку, що повірений також може мати певні обов'язки, адже, наприклад, за ст. 1007 ЦК України довіритель зобов'язаний, зокрема, видати повіреному довіреність на вчинення юридичних дій, відшкодувати повіреному витрати, пов'язані з виконанням доручення, негайно прийняти від повіреного все одержане ним у зв'язку з виконанням доручення. Тобто про односторонність чи двосторонність (багатосторонність) договору не можна робити висновки, покладаючись лише на його легальне (законодавче) визначення.

Положення нового ЦК України про договір дарування дають певні підстави для спростування загальноновизнаної позиції про односторонній характер договору дарування, оскільки, на відміну від ЦК УРСР, у новому ЦК на сторін договору дарування покладаються певні обов'язки. Так ст. 721 ЦК закріплює обов'язок дарувальника інформувати обдаровуваного про недоліки дару та його небезпечні властивості, ст. 726 ЦК зобов'язує обдаровуваного вчинити певні дії майнового характеру, якщо в договорі передбачено обов'язок обдаровуваного на користь третьої особи. Більше того, положення ст. 727 ЦК надає дарувальникові право вимагати розірвання договору дарування нерухомого майна чи іншого особливо цінного майна, якщо обдаровуваний умисно вчинив злочин проти життя, здоров'я, власності дарувальника, його батьків, дружини (чоловіка) або дітей. Таким чином, під страхом розірвання договору обдаровуваний не повинен вчиняти вищезазначені дії. Тому не можна погодитися з тими авторами, які, коментуючи ст. 717 ЦК, визнають договір дарування, як правило, одностороннім (Ю. В. Білоусов, О. І. Сафончик) і не акцентують уваги на реально існуючих обов'язках сторін¹.

¹ Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар / За ред. Я. М. Шевченко. — К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2004. — С. 199; Цивільний кодекс України: Коментар / За ред. Є. О. Харитонова та О. М. Калітенко. — Харків: Одиссей, 2003. — С. 507.

Тому більш виваженою є позиція О. В. Дзери та А. Р. Домбругової, які припускають двосторонність договору дарування і виділяють конкретні обов'язки сторін¹.

Наступним класифікаційним критерієм договорів, закріпленим в ст. 626 (ч. 5) ЦК України є відплатність чи безвідплатність договору. За цією статтею договір є відплатним, якщо інше не встановлено договором, законом або не впливає із суті договору. Іншими словами, у даному разі наведеною нормою встановлюється презумпція відплатності договору, крім зазначених у ній винятків.

Насамперед звернемо увагу на введення ст. 626 нового терміна «відплатний» договір, який є тотожним раніше вживаному терміну «оплатний» договір. У ЦК УРСР не встановлювалася презумпція оплатності договору, а лише визначалася категорія «безоплатних» договорів, наприклад договору дарування (ст. 243), договору безоплатного користування майном (ст. 324). Але і в новому ЦК розробники виявилися непослідовними, адже в ньому договір дарування (ст. 717), договір позички (ст. 827) визнаються «безоплатними», а не «безвідплатними», як це повинно було б бути відповідно до ст. 626. І взагалі, на наш погляд, терміни «відплатність» і «безвідплатність» є певною мірою незручними як із філологічної, так із юридичної точки зору, а тому надалі будемо вживати традиційні терміни «оплатність» та «безоплатність».

Що ж до критеріїв поділу договорів на оплатні та безоплатні, то в юридичній науці пропонуються різні підходи. На думку М. І. Брагинського, оплатними мають вважатися такі договори, за якими передбачається отримання кожною зі сторін від її контрагента певної компенсації, безоплатними — договори, які не передбачають такої компенсації². О. Ю. Кабалкін оплатність розглядає як зустрічне надання одним контрагентом іншому майнового блага³. Дещо ширше вирішив у свій час цю проблему І. Б. Новіцький, на думку яко-

¹ Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — С. 297—298.

² Брагинский М. И., Витрянский В. В. Знач. прая. — С. 308.

³ Див.: Советское гражданское право / Под ред. В. А. Рясенцева. — М., 1986. — С. 460.

го, оплатним є договір, у якому кожна зі сторін має майновий інтерес, а безоплатним – договір в інтересах виключно однієї сторони¹. В. В. Луць поділяє договори на оплатні та безоплатні за ознаками наявності чи відсутності у договорі зустрічного задоволення².

Більш повним і адекватним могло б бути визначення оплатного договору як такого, у якому кожна із сторін або третя особа, на користь якої укладено договір, отримує зустрічне певне матеріальне або нематеріальне благо, а безоплатним — у якому виконання договірних зобов'язань однією стороною на користь іншої приймається останньою без зустрічного задоволення майнових інтересів контрагента або третіх осіб³.

Вищенаведене визначення є дійсно змістовним, але водночас містить певну непослідовність, оскільки у визначенні оплатного договору фігурує майнове або немайнове благо, а у визначенні безоплатного договору – лише майновий інтерес. Однак перераховані та інші думки з приводу оплатності чи безоплатності договору хоч і є в принципі правильними, але не повною мірою розкривають зміст цих юридичних категорій. Необхідно враховувати, що об'єктами цивільних прав є речі, інше майно, майнові права, результати робіт, послуги, результати інтелектуальної, творчої діяльності, інформація, а також інші матеріальні і нематеріальні блага, переважна частина яких є оборотоздатними, у тому числі завдяки договорам, за винятками, встановленими законом (статті 178—179 ЦК). Тому оплатним, як нам вважається, є той договір, у якому кожна зі сторін має взаємні обов'язки щодо передачі матеріального чи нематеріального оборотоздатного блага, надання послуги, вчинення іншої дії, яка є об'єктом цивільного права, а безоплатним — договір, у якому відсутня така взаємність.

Переважна частина цивільно-правових договорів, а також господарських договорів, врегульованих Господарсь-

¹ Новицький І. Б., Луць Л. А. *Общее учение об обязательстве*. — М.: Госюриздат, 1950. — С. 129—130.

² Луць В. В. *Контракты у підприємницькій діяльності*. — К.: Юрінком Інтер, 2001. — С. 37.

³ Олюха В. Г. *Цивільно-правовий договір: поняття, функції та система: Дис. ... канд. юрид. наук*. — К., 2003. — С. 102—103.

ким кодексом України, є оплатними за деякими винятками. При цьому тут існує певна закономірність. *По-перше*, частина договорів є завжди оплатними (договори купівлі-продажу, поставки, контрактації, підяду). *По-друге*, деякі договори є лише безоплатними і ніколи не можуть містити зустрічних матеріальних чи нематеріальних обов'язків. Насамперед, до них належать договори дарування, позички. *По-третє*, існує категорія договорів, які умовно можна назвати оплатно-безоплатними, тобто таких договорів, які в одних випадках можуть бути оплатними, в інших — безоплатними. Такими, зокрема, можуть бути договори про надання послуг (ст. 901 ЦК), перевезень пасажирів і багажу (ст. 911 ЦК), зберігання (ст. 946 ЦК), доручення (ст. 1000 ЦК), позики (ст. 1046 ЦК), про спільну діяльність (ст. 1130 ЦК).

Особливе місце в системі договорів займає шлюбний договір (ст. 93 Сімейного кодексу України), щодо якого має діяти презумпція безоплатності. Водночас він може набувати ознак оплатності, наприклад, у разі встановлення у ньому умов, які передбачатимуть різний розмір часток і придбаному в період шлюбу майна, інші взаємні зустрічні обов'язки.

Правильне вирішення питання про оплатність чи безоплатність того чи іншого договору не лише становить теоретичний інтерес, а й має велике практичне значення, адже від цього може залежати чинність договору (наприклад, у разі відсутності у договорі купівлі-продажу умови про вартість відчужуваного майна), правова природа договору (наприклад, не може вважатися договором дарування договір відчуження майна з повною чи частковою його грошовою оплатою чи іншою компенсацією).

Наступною юридичною ознакою будь-якого договору є його реальний чи консенсуальний характер, який відображає момент набрання ним чинності.

Поділ договорів на реальні та консенсуальні відомий ще з часів римського приватного права, на що завжди звертали увагу його дослідники. На думку відомих українських вчених О. А. Підпригори та Є. О. Харитонова, за римським приватним правом реальними вважалися контракти (договори), які набували юридичної чинності в момент фактичної передачі речі, оскільки для виникнення реальних договорів (позика, позичка, зберігання, застава) необхідно

було здійснити дві дії в сукупності: досягнути згоди і передати річ. Причому перелік таких договорів був вичерпним. Усі ж інші, на їх думку, контракти (договори) були консенсуальними, тобто такими, для укладення яких достатньо було досягти згоди сторін¹.

Багато правових систем світу сприйняли таку конструкцію поділу договорів, але водночас відбулися певні трансформації щодо її поширення на ті чи інші конкретні договори. Не є винятком також цивільне законодавство України. Поділ договорів на реальні й консенсуальні був сприйнятий також цивільним законодавством та юридичною наукою радянського періоду.

Так, реальність договору позики була закріплена в Цивільному кодексі УРСР 1922 р., в якій було записано, що за договором позики одна сторона (позикодавець) передає у власність другій стороні (позичальнику) гроші або визначені родовими ознаками речі, а позичальник зобов'язується повернути позикодавцю одержану суму грошей чи рівну взятій в позику кількості речей того ж роду і якості з процентами або без процентів. Однак у ЦК УРСР 1963 р. реальність окремих договорів була законодавчо визначена більш однозначно і чітко. Наприклад, у ч. 2 ст. 243 «Договір дарування» та в ч. 2 ст. 374 ЦК УРСР 1963 р. містилися спеціальні застереження про те, що договір дарування та договір позики відповідно вважаються укладеними в момент передачі речі обдарованому або в момент передачі грошей або речей позичальнику. Таким чином, лише після вчинення зазначених дій договори дарування та договори позики можуть вважатися укладеними.

Комплексний аналіз ст. 413 ЦК УРСР дає підстави говорити про наявність презумпції реальності договорів зберігання майна, за винятком тих договорів між соціалістичними організаціями, в яких передбачався обов'язок зберігача прийняти на зберігання майно, яке буде передане йому другою стороною.

Конструкція визначення договору перевезки в ЦК УРСР давала підстави для визнання його консенсуальним дого-

¹ Підпригора О. А., Харитонов Є. О. Римське приватне право. — К.: Юрінком Інтер, 2003. — С. 380—404.

вором. Але в юридичній науці обґрунтовувалася можливість його реальності (переважно на залізничному транспорті) в тих випадках, коли планове завдання визначало конкретні обов'язки сторін щодо подання перевізних засобів і вантажу, що не обумовлювало потребу спеціального оформлення договірних відносин¹. Реальним договором вважався договір довічного утримання, оскільки, на думку авторів, передача майна не становить обов'язку відчужувача і не є виконанням обов'язку, а є моментом укладення договору².

Однак із прийняттям нового Цивільного кодексу України, який вже діє з 1 січня 2004 р. сформована на базі цивільного законодавства концепція реальності, зазнала певної трансформації, для розкриття сутності якої необхідно встановити загальнотеоретичні та законодавчі передумови класифікації договорів за ознаками їх реальності та консенсуальності.

Так, у свій час О. С. Іоффе стверджував, що консенсуальними визнаються угоди, які можуть бути укладені шляхом висловлення лише однієї згоди на їх укладення в формі, що вимагається за законом, а реальними є ті угоди, які можуть бути укладені шляхом передачі майна³. Безумовно, таке визначення реального договору є хоч і правильним, але водночас у юридичному аспекті уявляється занадто спрощеним, оскільки для реального договору, як і для консенсуального, важливо насамперед досягти згоди щодо його істотних умов у належній за законом формі. Подібна думка висловлювалася й іншими вченими, котрі стверджували, що якщо для виникнення консенсуальної угоди достатньо лише однієї згоди сторін у відповідній формі, то для реальної угоди, крім цього, необхідна передача речі від одного контрагента до другого⁴. Такий підхід став домінуючим і в

¹ *Иоффе О. С.* Советское гражданское право. — М., 1961. — Ч. 2. — С. 273.

² *Гражданский кодекс Украинской РСР: Научно-практический комментарий.* — К.: Политиздат Украины, 1981. — С. 486; *Гражданский кодекс Украины: Научно-практический комментарий.* — Харьков: Одиссей, 1999. — С. 611.

³ *Иоффе О. С.* Советское гражданское право. — М., 1967. — С. 266.

⁴ *Советское гражданское право / Под ред. О. А. Красавчикова.* — М., 1968. — Т. 1. — С. 236—237.

українській юридичній літературі радянського періоду, в якій пануючою стала концепція про те, що коли для виникнення зобов'язання достатньо лише домовленості сторін, то такі договори є консенсуальними, а якщо для виникнення зобов'язання необхідні домовленість сторін та передача речі або грошей, то такі договори вважаються реальними¹.

Однак, як вже зазначалося, новий ЦК України містить надзвичайно багато новел, у тому числі щодо укладення договорів та визначення їх реальності чи консенсуальності. Для здійснення поділу усіх договорів у новому ЦК важливо чітко виявити законодавчу позицію щодо моменту укладення того чи іншого договору, оскільки такий момент фактично і юридично засвідчує завершення укладення правочину та момент виникнення у сторін відповідних прав та обов'язків.

І тут варто зауважити, що у новому ЦК більш однозначно вирішена проблема моменту укладення договору. Так, якщо в ЦК УРСР містилася норма про те, що договір вважається укладеним, коли між сторонами в необхідній у належних випадках формі досягнута домовленість щодо усіх істотних умов, то у новому ЦК окрім подібної норми (ст. 638) були введені інші, не менш значимі.

По-перше, за ч. 1 ст. 640 ЦК, яка є новелою, договір є укладеним з моменту одержання особою, яка направила пропозицію укласти договір, відповіді про прийняття цієї пропозиції. У наведеній нормі ч. 1 ст. 640 нічого не говориться про необхідність досягнення згоди у належній формі щодо істотних умов договору. Але, на наш погляд, цю норму необхідно тлумачити комплексно разом зі ст. 638 ЦК, у якій дана проблема вирішена однозначно позитивно.

По-друге, вперше на законодавчому рівні в ч. 2 ст. 640 ЦК дано загальне визначення поняття реального договору. Якщо відповідно до акта цивільного законодавства, як записано в цій статті, для укладення договору необхідні також передання майна або вчинення іншої дії, договір є укладеним з моменту передання відповідного майна або вчи-

¹ Див.: Гражданский кодекс Украинской ССР: Научно-практический комментарий. — К.: Политиздат Украины, 1981. — С. 163.

нення певної дії. Таким чином, розробники нового ЦК певною мірою навіть розширили доктринальне тлумачення реального договору, яке пов'язувало реальність договору лише з передачею майна. До речі, у ЦК РФ дається більш вузьке розуміння реального договору, оскільки згідно зі ст. 433 цього Кодексу, якщо відповідно до закону необхідна також передача речі, договір має вважатися укладеним з моменту передачі відповідного майна. Тобто, якщо за ЦК РФ реальним має вважатися той договір, для укладення якого обов'язковою умовою є також передача речі, то за ЦК України такою умовою може бути не лише передача речі, а й вчинення інших дій.

По-третє, в ч. 3 ст. 640 ЦК знову ж таки вперше законодавчо визначено момент укладення договорів, що вимагають обов'язкового нотаріального посвідчення або державної реєстрації. Відповідно, договір, який підлягає нотаріальному посвідченню або державній реєстрації, є укладеним з моменту його нотаріального посвідчення або державної реєстрації, а в разі необхідності й нотаріального посвідчення і державної реєстрації.

Щоб усвідомити практичну значимість положень ст. 640 ЦК, необхідно визначити поняття неукладеності договору, яке інколи ототожнюється з недійсністю договору. З цього приводу в юридичній літературі зазначалося, що підставою для визнання правочину недійсним є невідповідність його вимогам закону, а підставою для визнання договору неукладеним слугує недосягнення сторонами згоди щодо необхідних для нього істотних умов, відтак в останньому випадку між ними не виникло бажаного договірного правовідношення та відповідного правового результату. При цьому в разі визнання договору неукладеним суд може застосувати правові наслідки (якщо сторони, наприклад, передали одна одній певне майно), встановлені внаслідок набуття, збереження майна без достатньої правової підстави (статті 1212—1215 ЦК).

На жаль, у новому ЦК України (як і в ЦК УРСР 1963 р.) не визначено ні поняття неукладеності договору, ні правових наслідків його неукладеності. Певною мірою цю прогалину заповнив Господарський кодекс України, згідно з ч. 8 ст. 181 якого, якщо сторони не досягли згоди з усіх істот-

них умов господарського договору, такий договір вважається неукладеним (таким, що не відбувся), але якщо одна зі сторін здійснила фактичні дії щодо його виконання, правові наслідки таких дій визначаються нормами Цивільного кодексу України. Між тим, у ЦК України, як вже зазначалося, відсутні конкретні норми про правові наслідки визнання договору неукладеним. Однак цілком очевидним є те, що за таких обставин подальше збереження однією стороною переданого другою стороною майна втрачає належну правову підставу. Відтак цілком логічним є поширення на такі відносини норм інституту безпідставного набуття чи збереження майна. Таким чином, встановлення факту та самого моменту укладеності договору не лише становить науковий інтерес, а й має цілком практичне значення.

Отже, вирішення цієї проблеми у новому ЦК України не можна визнати вдалим як з уже наведених міркувань, так і з деяких інших. Наприклад, відповідно до ч. 1 ст. 210 ЦК України правочин, який підлягає державній реєстрації, є вчиненим з моменту його державної реєстрації. Тобто, якщо в ст. 210 йдеться про момент «вчинення» правочину, то у ст. 640 ЦК — про момент «укладення» договору. Цю суперечність поглиблює зміст ч. 2 ст. 631 ЦК, згідно з якою договір набуває чинності з моменту його укладення. Тобто у цій нормі законодавець начебто надає різного значення поняттям «укладеність» і «чинність» договору, але не розкриває їх зміст і не дає критеріїв для їх розмежування. Однозначно лише можна стверджувати, що консенсуальним є договір, який відповідно до ч. ст. 638 ЦК вважається укладеним з моменту досягнення сторонами у належній формі згоди з усіх істотних умов договору, але якщо договір потребує нотаріального посвідчення та/або державної реєстрації, то він набуває ознак укладеності лише з моменту нотаріального посвідчення або державної реєстрації. Однак і таке пояснення не усуває повністю наявних суперечностей у наведених нормах і можливого їх різного тлумачення у судовій практиці.

Положення ч. 3 ст. 640 ЦК про момент укладення договорів, які вимагають обов'язкового нотаріального посвідчення та (або) державної реєстрації, не узгоджені з нормами ЦК, що передбачають недійсність правочинів. Як

зазначалося вище, відповідно до змісту статей 638, 640 ЦК договори, які нотаріально не посвідчені або не зареєстровані в державних органах, для яких це є обов'язковим, мають вважатися неукладеними. Але ж відповідно до ст. 220 ЦК у разі недодержання сторонами вимоги закону про нотаріальне посвідчення договору такий договір є нікчемним, тобто недійсним із настанням відповідних правових наслідків. Безумовно, недійсність договору у такому разі має переважувати над неукладеністю.

Не конкретизовані належним чином також правові наслідки недодержання вимог закону про обов'язковість державної реєстрації договору. На наш погляд, однозначно можна лише стверджувати, що відсутність державної реєстрації договору не спричиняє його недійсність, адже положення глави 16 «Правочини» не передбачають цього ні прямо, ні опосередковано. Відтак недодержання вимог закону про державну реєстрацію правочину-договору не дає підстав вважати його вчиненим. Однак у юридичній науці поки що не склалося солідного доктринального тлумачення правових наслідків недодержання вимог ст. 210 ЦК, хоча і зазначалася окремими авторами необхідність застосування правових наслідків у вигляді неукладеності договору¹. Інші автори або не висловлюють з цього приводу взагалі своєї позиції, або висловлюються досить неоднозначно. Наприклад, А. Ю. Бабаскін зазначає, що державну реєстрацію правочинів слід відрізнити від реєстрації окремих видів майна або його обтяжень, нездійснення якої не впливає на дійсність правочинів, за яким таке майно було придбане його власником або обтяжене². Тобто якщо застосовувати методи логіко-формального юридичного аналізу наведеного судження, то цілком можливий висновок про можливість визнання недійсним правочину, за яким не було дотримано вимог закону про його державну реєстрацію.

До введення в дію нового ЦК України президія ВАСУ, виходячи з відповідних положень ЦК УРСР 1963 р., який

¹ Цивільний кодекс України: Коментар. — Харків: Одиссей, 2003. — С. 141; Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар. — К.: Істина, 2004. — С. 165.

² Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар / За ред. Я. М. Шевченко. — К.: Істина, 2004. — С. 294—295.

також прямо не встановлював для цих випадків правових наслідків, у своїх роз'ясненнях «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з визнанням угод недійсними» від 12 березня 1999 р. (з наступними змінами) зазначила, що угода, укладена з порушенням правил щодо обов'язкової державної реєстрації, може бути визнана недійсною лише у тому випадку, коли такі наслідки прямо передбачені нормативним актом¹. Однак ні ЦК УРСР, ні новий ЦК України таких випадків не встановили. Для вирішення цієї проблеми, як нам вважається, необхідно також чітко встановити правову природу державної реєстрації, її місце в системі зобов'язального договірного правовідношення та співвідношення з нотаріальною формою договору. Як на наш погляд, укладення договору не повинне пов'язуватися з його державною реєстрацією, адже може виникнути парадоксальна ситуація, за якої має вважатися укладеним навіть той договір, в якому з тих чи інших причин не визначені ті чи інші його істотні умови. Тому в ч. 2 ст. 640 ЦК необхідно було б зазначити, що з моменту державної реєстрації договір набуває чинності.

Загальновідомо, що елементами цивільного правовідношення є суб'єкти і об'єкти, а також суб'єктивне цивільне право і суб'єктивний цивільний обов'язок. Однак, щоб належним чином функціонувало договірне правовідношення і, відповідно, його перераховані елементи, за загальним правилом необхідно, щоб договір був укладений в належній формі. Якщо ж звернутися до положень статей 205, 209, 210 ЦК України, то державна реєстрація правочину (у т. ч. договору) не є невід'ємним елементом форми договору, а відтак її відсутність не може будь-яким чином впливати на дійсність договору. Однак для вчинення певної категорії договорів, як вже зазначалося, недостатньо дотримуватися належної за законом форми, оскільки, щоб у їх сторін виникли відповідні права і обов'язки, необхідно якраз ще вчинити певну дію, зокрема, вчинити державну реєстрацію договору. Якщо ж у цьому разі звернутися до ч. 2 ст. 640 ЦК України, то можна дійти несподіваного висновку про

¹ Збірник роз'яснень Вищого господарського суду України. — К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. — С. 180—193.

те, що вимога про необхідність вчинення дій щодо державної реєстрації договору є такою, що засвідчує наявність у таких договорів ознак реальності. Звичайно, висловлене є лише припущенням, вірогідність якого вимагає глибокого дискусійного обговорення.

Підсумовуючи результати аналізу законодавчого вирішення проблеми чинності та укладеності договору, вважаємо за можливе зробити наступні висновки.

1. Відсутність державної реєстрації договору, для якого вона є обов'язковою, не може спричинити його недійсності за новим ЦК України. Якщо одна зі сторін ухиляється від державної реєстрації правочину, то друга сторона або інша уповноважена законом особа мають право звернутися до суду з вимогою вчинити державну реєстрацію договору. Але так чи інакше, остаточно ця проблема має бути вирішена в законодавчому порядку шляхом, наприклад, внесення доповнення до Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» нормою про те, що державна реєстрація правочину має вчинятися протягом шести місяців з моменту його укладення. Зі спливом цього терміну у державній реєстрації такого правочину може бути відмовлено. Незареєстрований правочин не породжує для сторін передбачених ним правових наслідків, у тому числі права власності у набувача.

2. Чинність договору і укладеність договору — поняття не тотожні. Неукладений договір водночас є нечинним. Укладеність договору характеризується набуттям ним юридичних ознак правомірного правочину. Чинність договору свідчить про те, що умови укладеного договору розпочали свою дію. Тобто договір може бути укладеним, але не набути чинності для сторін, яка може бути віддалена у часі. Більше того, за ст. 631 ЦК (ч. 3) сторони мають право поширити чинність договору навіть на відносини, які виникли ще до його укладення.

Значною мірою до вирішення цієї проблеми наблизилася Т. В. Боднар, яка заперечила можливість визнання договорів консенсуальними чи реальними залежно від особливостей побудови конструкцій договірних дефініцій. На її думку, якщо момент укладення договору і момент його виконання збігаються у часі, має вживатися термін «передає»

(роздрібна купівля-продаж, рента тощо); якщо ці моменти можуть збігатися або не збігатися, вживається відповідно вислів «передає або зобов'язується передати» (купівля-продаж, міна, дарування тощо); якщо ж момент укладення договору не збігається у часі з моментом його виконання, має вживатися вислів «зобов'язується передати» (поставка, контракція, енергопостачання, підряд тощо)¹. Такі висновки автора можуть бути правильними в багатьох випадках, але не в усіх. Наприклад, той же договір роздрібної купівлі-продажу може виконуватися через деякий проміжок часу з моменту його укладення (зокрема, при торгівлі за зразками), здійснення договору підряду в момент його виконання (ремонт речі в присутності замовника). Тому запропонований підхід може не завжди дати позитивні результати.

У зв'язку з вищевикладеним можна конкретизувати, що в ст. 210 ЦК під «вчиненням» правочину законодавець фактично мав на увазі його укладеність, а відтак термінологія ст. 210 ЦК має бути приведена у відповідність до термінології ст. 640 ЦК.

Для судової практики найважливішим, безумовно, є проблема виявлення конкретних договорів реального характеру, оскільки у цивільному законодавстві не завжди чітко проводиться поділ договорів на консенсуальні та реальні. Однією з підстав для такого розмежування може слугувати законодавча конструкція визначення поняття того чи іншого договору. Інколи вважається, що коли в законі за тим чи іншим договором зобов'язана особа (боржник) бере на себе обов'язок передати майно чи вчинити іншу дію на користь уповноваженої особи (кредитора), такий договір має вважатися консенсуальним. У ЦК УРСР таких договорів була переважна більшість. І лише в кількох випадках ЦК УРСР визначав договір (дарування, позики, довічного утримання) як такий, за яким зобов'язана особа передає майно (вчиняє іншу дію) на користь кредитора. Однак такий критерій не завжди міг дати позитивний результат, оскільки певні договори за певних умов могли бути консенсуальними і реальними (наприклад, договори перевозки, зберігання).

¹ Боднар Т. В. Виконання договірних зобов'язань у цивільному праві. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — С. 89—90.

Складнішою у цьому відношенні є ситуація у новому ЦК, оскільки у ньому при визначенні понять договорів застосовуються три правові конструкції (прийоми), які відображають порядок (момент) формування прав та обов'язків сторін.

Так, за першою конструкцією сторона *передає* (вчиняє іншу дію), або *зобов'язується* передати майно (вчинити іншу дію). Це притаманне договорам: купівлі-продажу (ст. 655), дарування (ст. 717), довічного утримання (ст. 744), майнового найму (ст. 759), прокату (ст. 787), лізингу (ст. 806), найму житла (ст. 810), позички (ст. 827), факторингу (ст. 1077), ліцензійному договору (надає дозвіл) — ст. 1109.

За другою конструкцією зобов'язана сторона *зобов'язується* вчинити певні дії. Це договори роздрібної торгівлі (ст. 698), поставки (ст. 712), контрактації (ст. 713), постачання енергоресурсів (ст. 714), міни (ст. 715), підряду (ст. 837), побутового підряду (ст. 865), будівельного підряду (ст. 875), виконання науково-дослідних, конструкторських та технологічних робіт (ст. 892), надання послуг (ст. 901), перевезень вантажу, пасажирів (ст. 909, 910), транспортної експедиції (ст. 929), зберігання (ст. 936), страхування (ст. 979), доручення (ст. 1000), комісії (ст. 1011), кредитування (ст. 1054), банківського вкладу, але якщо банківська установа прийняла гроші (ст. 1058), банківського рахунку (ст. 1066), комерційної концесії (ст. 116), спільної діяльності (ст. 1130), спадкування (ст. 1302).

Нарешті за третьою конструкцією зобов'язана сторона *передає* майно — договори ренти (ст. 731), довічного утримання (ст. 744), управління майном (ст. 1029), позики (ст. 1046).

В останньому випадку щодо зазначених чотирьох договорів може діяти презумпція їх реальності. Однак насправді ситуація є далеко не однозначною, оскільки, якщо керуватися вищенаведеними ознаками законодавчої конструкції визначень понять договорів, то і договір купівлі-продажу необхідно віднести до реальних договорів, оскільки в ст. 655 ЦК записано, що за договором купівлі-продажу продавець передає або зобов'язується передати майно (товар) у власність покупцеві, а покупець приймає або зобов'язується прийняти майно (товар) і сплатити за нього певну грошову суму. Однак, як відомо, договір купівлі-продажу завжди вважався і вважається консенсуальним договором. Між

тим така невдала конструкція визначення поняття договору купівлі-продажу (як і багатьох інших договорів) дала підстави окремим авторам зробити помилковий висновок про можливість визнання цього договору реальним¹. Більше того, такого висновку стали дотримуватися навіть представники Верховного Суду України (суддя, заступник голови Судової палати у цивільних справах ВСУ В. В. Кривенко)².

У зв'язку з викладеним відповідно постає питання про причини, що могли спонукати розробників ЦК до вищезазначеної законодавчої позиції. Як на наш погляд, найбільш вірогідним тут можливе припущення, що розробники нового ЦК мали на увазі зазначеною конструкцією визначень договорів визначити момент виконання стороною передбаченого договором обов'язку, який або може співпадати з моментом укладення договору, або може бути віддалений від моменту укладення договору певним проміжком часу. Однак зробили це не завжди послідовно і чітко. Тому при визначенні консенсуальності чи реальності договору на практиці необхідно всебічно оцінювати ознаки та умови договору, передбачені як законом, так і самими сторонами. Наприклад, ст. 979 ЦК, в якій дається визначення поняття договору страхування, побудована таким чином, що не містить безпосередньо ознак щодо його консенсуальності чи реальності. Проте у ст. 983 ЦК зазначається, що договір страхування набирає чинності з моменту внесення страховальником першого страхового платежу, якщо інше не встановлено договором. Отже, якщо під моментом набрання чинності договором страхування законодавець розуміє момент укладення договору, передбачений ст. 640 ЦК, то логічним є висновок про наявність презумпції реальності договору страхування.

В юридичній літературі, як правило, беззаперечно визнаються реальними договір ренти (ст. 731 ЦК) та договір довічного утримання (ст. 744 ЦК)³. Підставою для такого виснов-

¹ Михайленко Д. Реальность с консенсуальностью // Юридическая практика. — 2004. — № 17. — 27 апреля.

² Проблемні питання у застосуванні цивільного і господарського кодексів України. — К.: Реферат, 2005. — С. 144.

³ Цивільне право України / За ред. Я. М. Шевченко. — Т. 2. — К., 2003. — С. 49—55; Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар. — К., 2004. — С. 212—219.

ку авторам слугує вищенаведена конструкція поняття цих договорів, згідно з якою одержувач ренти передає платникові ренти у власність майно, а за договором довічного утримання відчужувач передає у власність майно набувачеві, після чого у них виникають відповідні обов'язки. Однак, на наш погляд, така позиція не може бути прийнятною в усіх випадках, адже закон не містить прямої заборони вчинити сторонам таких правовідносин консенсуальний договір.

Іншою є ситуація щодо договору дарування у новому ЦК України, оскільки законодавець відмовився від визначення договору дарування як завжди реального, що мало місце в ЦК УРСР. Зі змісту ст. 717 ЦК можна дійти логічного висновку про закріплення презумпції реальності договору дарування, за винятком випадків дарування з обов'язком дарувальника передати в майбутньому обдаровуваному безоплатно майно (дарунок) у власність.

Схожою є ситуація щодо договору зберігання, який за загальним правочином відповідно до ст. 936 ЦК має вважатися реальним, за винятком випадків, коли можливе укладення договору з обов'язком зберігача зберігати річ, яка буде передана зберігачеві в майбутньому.

Зміст ст. 1029 ЦК дає достатньо підстав вважати реальним договір управління майном. Однак ця сама стаття не перешкоджає сторонам конкретного договору управління майном визначити його консенсуальним.

Оскільки ж відповідно до ст. 1046 ЦК договір позики є укладеним з моменту передання грошей або інших речей, визначних родовими ознаками, є усі підстави кваліфікувати його реальним договором. Але при цьому важливо від договору позики відокремлювати його різновид — кредитний договір, який має консенсуальний характер (ст. 1054 ЦК).

За ст. 1058 ЦК у банківській установи виникає обов'язок щодо виплати вкладникові грошових сум та процентів чи іншого доходу лише після прийняття від вкладника обумовлених грошових сум. Таке правило дає підстави для віднесення договору банківського вкладу до категорії реальних договорів.

Досить складною і неоднозначною є ситуація з договором перевезення, оскільки ні ЦК УРСР, ні новий ЦК Ук-

раїни з цього приводу не містять прямих положень. Так, відповідно до ст. 909 ЦК України за договором перевезення вантажу перевізник зобов'язується доставити довірений йому відправником вантаж до пункту призначення та видати його одержувачеві, а відправник зобов'язується сплатити за перевезення вантажу встановлену плату. Зміст наведеної статті дає певні підстави розглядати такий договір як консенсуальний. Однак в юридичній літературі окремі автори вважають його реальним, оскільки відправник передає вантаж перевізнику, а останній видає документ, що підтверджує цей факт¹.

Дещо по-іншому вирішує цю проблему В. В. Луць, який договори перевезення конкретного вантажу розглядає як реальні, а договори про організацію перевезень — як консенсуальні, з чим можна погодитись².

Є певні особливості в цьому аспекті й щодо договору перевезення пасажирів та багажу, за яким перевізник зобов'язується перевезти пасажирів до пункту призначення, а в разі здавання багажу — також доставити багаж до пункту призначення і видати його уповноваженій особі, а пасажир зобов'язується сплатити вартість проїзду та вартість перевезення багажу (ст. 910). З цього визначення випливає, що договір перевезення пасажирів — консенсуальний, а багажу — реальний, на що вже зверталася увага науковців³.

Такий підхід у визначенні реальності й консенсуальності договору перевезень пасажирів не можна поширювати на усі різновиди пасажирських перевезень, наприклад, перевезень у міському громадському транспорті, у приміських електропоїздах, в яких проїзд пасажирів здійснюється з використанням «проїзних білетів», талонів із наступним їх компостуванням у транспортному засобі або на умовах пільгового безоплатного режиму (ст. 911 ЦК). Гадаємо, що за таких обставин договір перевезення пасажирів має вва-

¹ Цивільне право України / За заг. ред. Я. М. Шевченко. — К.: Ін Юре, 2003. — Т. 2. — С. 126.

² Луць В. В. Контракти у підприємницькій діяльності. — К.: Юрінком Інтер, 2001. — С. 173; Цивільне право України. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — Т. 2. — С. 278.

³ Цивільне право України / За заг. ред. Я. М. Шевченко. — К.: Ін Юре, 2003. — Т. 2. — С. 126.

жатися укладеним після вчинення ним певних дій, зокрема після зайняття ним місця в транспортному засобі, компостування талона тощо. Тобто у цих випадках договір має ознаки реальності. Відповідно до ст. 52 Закону України «Про автомобільний транспорт» моментом укладення договору на перевезення таксі є посадка пасажирів.

До категорії консенсуальних можна віднести також шлюбний договір, укладений в момент реєстрації шлюбу або в період дії шлюбу (ст. 92 Сімейного кодексу України).

Між тим, сучасна цивілістична наука поки що не дала адекватної оцінки новелам ЦК України щодо консенсуальності та реальності цивільних договорів.

Так, М. М. Сібільов, Є. О. Харитонов зазначають, що реальний правочин вважається укладеним з моменту передачі речі, а відтак недооцінюють зміст ч. 2 ст. 640 ЦК, в якій укладеність реального договору пов'язується не лише з передачею відповідного майна, а й зі вчиненням певної дії¹. Такий підхід цілком виправданий для російських цивілістів, оскільки в ЦК РФ (ст. 433) реальність договору пов'язується з передачею лише речей².

Хибною, як на наш погляд, є позиція тих авторів, які здійснюють поділ договорів на консенсуальні та реальні залежно від того, чи є вони двосторонніми чи односторонніми (В. С. Казанцев, Є. О. Харитонов, Ю. В. Шемонаєв). Особливо наполегливо обстоюють таку точку зору Є. О. Харитонов та Ю. В. Шемонаєв, які стверджують, що оскільки в консенсуальних правочинах момент укладення і момент виконання не збігаються, а в реальних — збігаються, то консенсуальні договори зажди є взаємними, а реальні — односторонніми³. Вразливість такого твердження є очевидною. По-перше, за загальним правилом, договір зберігання є реальним і водночас є двостороннім, оскільки і зберігач, і поклажодавець мають певні права і обов'язки (статті 936,

¹ Цивільне право України / За заг. ред. В. І. Борисової та ін. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — Т. 1. — С. 219; Цивільний кодекс України: Коментар. — Харків: Одиссей, 2003. — С. 136—137.

² Див.: *Хаскельберг Б. Л., Ровный В. В.* Консенсуальные и реальные договоры в гражданском праве. — М.: Статут, 2004. — С. 22—25.

³ Цивільне право України / За ред. Є. О. Харитоньова, А. І. Дрішлюка. — Одеса: Юрид. літ., 2005. — Кн. 1. — С. 288.

942, 946, 947, 948 ЦК України). По-друге, якщо керуватися методологією вищезгаданих авторів, то ми повинні були б визнавати реальними усі договори, які виконуються в момент їх укладення, наприклад, договори роздрібної чи ярмаркової торгівлі, договори підяду щодо лагодження речей у присутності замовника, що було б юридичним нон-сенсом.

Далеко не безспірним є також висновок Р. М. Замуравкіної про те, що договір найму житла може бути як реальним, так і консенсуальними, що залежить від того, як сторони визначили порядок його укладення. Якщо вони встановили, що договір вважатиметься укладеним з моменту досягнення сторонами згоди щодо усіх істотних умов, договір буде консенсуальними, якщо ж момент укладення договору визначено передачею житла у користування — це реальний договір¹. Цю точку зору підтримав В. В. Кривенко, вважаючи, що ЦК допускає можливість визнання сторонами на свій розсуд деяких видів договорів як реальних або консенсуальних (договорів купівлі-продажу, зберігання, факторингу)².

Однак така позиція суперечить тій же ст. 640 ЦК (ч. 2), з якої випливає, що договір вважатиметься укладеним з моменту передання майна або вчинення певної дії, якщо це передбачено актом цивільного законодавства. Тобто у цій статті реальність чи консенсуальність не ставиться в залежність від розсуду сторін. Очевидно автор припускається певної підміни понять, зміщуючи визначення моменту укладеності договору з моментом його виконання, який сторони дійсно мають право визначити на власний розсуд. Інша справа, що законодавець передбачає для окремих видів договорів визначення їх як реальними, так і консенсуальними (договори дарування, зберігання, перевезення) залежно від порядку їх укладення. Тому сторони тут діють лише у межах, визначених законом.

Таким чином, за загальним правилом, цивільно-правові договори є консенсуальними, якщо інше не встановлено

¹ Цивільне право України / За заг. ред. В. І. Борисової та ін. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — Т. 2. — С. 220—221.

² Проблемні питання у застосування цивільного і господарського кодексів України. — К.: Реферат, 2005. — С. 144.

законом. Конструкція статей ЦК, в яких даються визначення поняття того чи іншого договору і вживаються терміни «сторона передає» або «сторона зобов'язується передати (виконати)», не є чинником приналежності договору до консенсуального або реального правочину, а швидше за все, вони вказують на момент виконання договору.

Цивільно-правовий договір виконує багатогранні функції, зміст яких досить повно і глибоко досліджено в цивілістичній науці. Науковці серед різноманітних функцій договору в усіх випадках виділяють: *регулятивну* функцію, яка надає сторонам право на власний розсуд врегулювати свої відносини, визначити права та обов'язки в межах, не заборонених законом; *гарантійну* (стимулюючу) функцію, яка через закріплені в договорі права, обов'язки та забезпечувальні засоби (неустойка, завдаток тощо) спонукає сторони до належного виконання договору, мобілізує їх на досягнення відповідного правового результату; *охоронну* функцію, яка полягає у створенні договором механізму правових гарантій, які упереджують від порушень прав сторін ними самими та третіми особами, а у разі їх порушення — уможлиблюють застосування способів захисту порушених прав, передбачених договором або законом. Саме ці функції найбільш рельєфно визначають правову роль договору. В багатьох випадках в юридичній літературі поряд з терміном «функція договору» вживаються «роль», «значення договору». У зв'язку з цим В. В. Луць зазначив, що у функціях договору поєднуються вияв головних цілей призначення договору та його вплив на суспільні відносини¹.

Чимало авторів дають розширений перелік функцій договору. Так, В. В. Луць та О. О. Красавчиков виділяють ініціативну, програмно-координаційну, інформаційну, гарантійну (забезпечувальну), захисну функції².

Далі пішли у формуванні переліку функцій договору представники науки господарського права, які класифікують усі

¹ Цивільне право України / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. — К.: Юрінком Інтер, 1999. — Ч. 1. — С. 721.

² Цивільне право України / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — Кн. 1. — С. 635; Красавчиков О. А. Гражданско-правовой договор // Гражданско-правовой договор и его функции. — Свердловск, 1980. — С. 16.

функції на загальні, спеціальні та конкретні, які, в свою чергу, деталізують¹. Наприклад, В. С. Щербина, крім вищезазначених п'яти функцій, називає функції правового засобу реалізації державних замовлень, правового інструмента децентралізованого засобу планування господарської діяльності та ін.²

Безумовно, можна наводити й інші численні функції, але, на нашу думку, найважливішою функцією договору є забезпечення обігу матеріальних та певних нематеріальних благ у суспільстві.

1.2. Проблеми поняття договірної права України

На перший погляд, особливих проблем у визначенні поняття договірної права, різноманітним питанням якого присвячені тисячі наукових праць, не може існувати в цивілістичній літературі. Однак насправді це не так. По-перше, предметом цивілістичних досліджень фактично слугують не проблеми договірної права як такого, а проблеми цивільно-правового договору та окремих його різновидів.

Навіть видатні сучасні російські цивілісти, автори серії наукових праць «Договорное право»³ М. І. Брагинський та В. В. Вітрянський, які, на жаль, взагалі не торкнулися проблем поняття договірної права та його місця в системі цивільного права, надали перевагу дослідженню проблем цивільно-правового договору. Відсутні дослідження цих проблем і в українській цивілістиці, в якій дослідники зосереджували свою увагу переважно на аналізі договірних зобов'язань⁴ та окремих видів цивільно-правових дого-

¹ Щербина В. С. Господарське право України. — К.: Атіка, 1999. — С. 154; Семенов В. А. Функции хозяйственного договора. — Иркутск, 1979. — С. 83.

² Щербина В. С. Там само. — С. 154—155.

³ Див.: Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Общие положения. — М.: Статут, 1997. — 682 с.

⁴ Зобов'язальне право: теорія і практика. Навч. посібник для студентів юрид. вузів і фак. ун-тів / О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова, В. В. Луць та ін.; За заг. ред. О. В. Дзери. — К.: Юрінком Інтер, 1998. — 912 с. Боднар Т. В. Виконання договірних зобов'язань у цивільному праві. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — С. 272; Гриджук Д. М., Олійник В. О. Застава як спосіб забезпечення виконання зобов'язань. — К.: Оріяни, 2002. — 324 с.; Кот О. О. Перехід прав кредиторів: Історія. Теорія. Законодавство. — К.: Юрінком Інтер, 2002. — 160 с.

ворів¹. У зарубіжних правових системах договір розглядається як центральний інститут зобов'язального права².

Такі тенденції у дослідженні проблем цивільного права не сприяли виявленню загальнотеоретичних засад договірного права, визначенню його місця у структурі цивільного права. Врешті це не дозволило чітко визначити правову природу договорів, врегульованих нормами інших галузей законодавства, наприклад, господарського, земельного,

¹ *Кузнєцова Н. С.* Подрядные договоры в инвестиционной деятельности в строительстве. — К.: Наукова думка, 1993. — С. 157; *Жилинкова И. В.* Брачный договор. — Харьков: Ксилон, 2005. — С. 173; *Безклубий І. А.* Банківські правочини. Цивільно-правові проблеми. — К.: Київський університет, 2005. — С. 378; *Білоусов Є. М.* Договір страхування господарських ризиків: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Харків, 1997. — 16 с.; *Жуков І. М.* Договір на відкриття та обслуговування банківського рахунку: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Донецьк, 1998. — 17 с.; *Демченко Н. С.* Договір купівлі-продажу об'єктів приватизації (на матеріалах арбітражної практики України): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 1999. — 20 с.; *Вакулович Е. В.* Договір оренди транспортних засобів: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Харків, 2002. — 19 с.; *Діковська І. А.* Договір повітряного чартеру у міжнародному приватному праві: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2002. — 19 с.; *Олюха В. Г.* Цивільно-правовий договір: поняття, функції та система: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2003. — 20 с.; *Смотров О. І.* Договір щодо оплатного надання медичних послуг: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Харків, 2003. — 20 с.; *Брунь А. Г.* Договір оренди земельних ділянок сільськогосподарського призначення: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Харків, 2003. — 15 с.; *Килимник І. І.* Особливості правового регулювання договору комерційної концесії (франчайзингу): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Харків, 2003. — 22 с.; *Цірат Г. В.* Договір франчайзингу: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2003. — 22 с.; *Полтавський О. В.* Договір морського агентування: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Харків, 2004. — 20 с.; *Апанасюк М. П.* Договір ренти: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Харків, 2004. — 18 с.; *Довбій С. П.* Договір охорони майна: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Харків, 2005. — 19 с.; *Грамацький Е. М.* Договір зберігання у цивільному праві: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2004. — 20 с.; *Мазуренко С. В.* Спадковий договір у цивільному праві України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Одеса, 2004. — 20 с.

² Основные институты гражданского права зарубежных стран. — М.: НОРМА, 2000. — С. 1—12, 311.

сімейного. Натомість досить активно визначалися загально-теоретичні аспекти зобов'язального права, а договірне право визнавалося переважно як його складова частина.

Багато в чому сторони можуть самостійно визначити зміст договірних відносин між ними. Незважаючи на це, законодавство України уявляє собою величезний масив правових норм, що забезпечують нормативне регулювання договірних відносин. В об'єктивному розумінні ця сукупність правових норм має свою систему, яка повинна посідати певне місце в структурі цивільного права та законодавства. Переважна частина норм, що регулюють договірні відносини, безумовно, зосереджена в ЦК України. Водночас досить значна кількість таких норм міститься в ГК України, КТМ, Повітряному кодексі України, іншому транспортному законодавстві, Земельному кодексі України, Сімейному кодексі України та інших кодифікованих законодавчих актах та окремих законах. Відтак необхідно чітко визначити правову природу цих норм та їх місце в структурі правової системи України.

В юридичній науці, у тому числі цивілістичній, традиційним є поділ правової системи України на самостійні галузі права, які становлять самостійні, цілісні й структурно завершені підсистеми правового регулювання однорідних суспільних відносин¹. В основі поділу системи права на галузі права лежать відповідні системоутворюючі чинники, якими є предмет на метод правового регулювання відповідної категорії суспільних відносин. При цьому останнім часом відновлено поділ усєї правової системи України на публічне і приватне право, що цілком відповідає принципам побудови світової правової системи. Публічному праву притаманні, зокрема, владно-розпорядчі засади, дія яких обов'язкова для усіх суб'єктів і стосується державних або суспільних інтересів. Щодо приватного права, то найбільш усталеною і прийнятною є думка, що воно становить сукупність правових норм, які за допомогою диспозитивного методу регулюють відносини, засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні й майновій незалежності

¹ Детальніше про структуру права див.: *Алексеев С. С.* Структура советского права. — М., 1975. — С. 32—42.

їх учасників, які фактично закріплюють систему юридичної децентралізації¹. Як вдало зазначив О. О. Мережко, приватне право можна визначити як систему «горизонтальних» правовідносин, які базуються на принципах свободи і рівності, а публічне – як систему «вертикальних» правовідносин, побудованих за принципом ієрархії, панування і підпорядкування, а відтак в основі приватного права закладено метод координації волевиявлень суб'єктів, а в основі публічного права – метод «субординації», за яким норми права «нав'язуються зверху»². Нині ні у кого не виникає сумнівів, що цивільне право – це приватне право. Більше того, цивільне право є фундаментом усього приватного права, до якого належать також сімейне, трудове право. Загальноновизнаним в юридичній науці є правило про поділ галузей права на відповідні правові інститути, які покликані забезпечити в межах тієї чи іншої галузі відносно самостійне врегулювання певної галузевої частини відносин відповідною групою споріднених норм³. У цивільному праві такими нормативними утвореннями є інститут позовної давності, інститут представництва, інститут права власності, інститут зобов'язального права, інститут спадкового права.

Останнім часом досить активну підтримку вчених отримала ідея існування підгалузей права⁴, які можуть об'єднувати кілька правових інститутів. На думку В. І. Борисової, у цивільному праві необхідно виділяти п'ять підгалузей: особисті немайнові права фізичної особи; право власності та речові права на чуже майно; право інтелектуальної власності; зобов'язальне право; спадкове право⁵. Фактично, автор майже все цивільне право (крім загальних положень)

¹ Див.: *Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права.* — М.: Статут, 1998. — С. 39—40.

² *Мережко А. А. Договор в частном праве.* — К.: Юстиниан, 2003. — С. 11.

³ Докладно про це див.: *Алексеев С. С. Структура советского права.* — М., 1975. — С. 32—42; *Керимов Д. А. Философские проблемы права.* — М.: Мысль, 1972. — С. 288.

⁴ Цивільне право України / За заг. ред. Я. М. Шевченко. — К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. — Т. 1. — С. 17.

⁵ Цивільне право України / За ред. В. І. Борисової та ін. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — С. 27.

поділила на підгалузі. Очевидно, в основу такої класифікації В. І. Борисова поклала структурну побудову нового ЦК України, який складається з шести однойменних книг. Така класифікація підгалузей цивільного права має право на існування як наукова ідея, але вона не безспірна, адже визнання автором спадкового права підгалуззю лише на тій підставі, що вона об'єднує інститут спадкування за заповітом та інститут спадкування за законом, не має під собою достатнього правового підґрунтя. Як нам вважається, поділ спадкового права на два правових інститути є штучним, оскільки усі норми надзвичайно тісно пов'язані між собою, регулюють абсолютно однорідні відносини спадкування, а регулювання спадкування за законом та за заповітом не містить принципових розбіжностей у методах правового регулювання.

Недостатньо аргументованою є позиція автора щодо структурної побудови зобов'язального права як підгалузі цивільного права, яка має включати інститут договірному права (договірних зобов'язань), який, у свою чергу, поділяється на субінститути. Система побудови зобов'язального права та місце у ньому договірному права вимагає докладного аналізу. Подібну точку зору висловила також Я. М. Шевченко, яка підгалуззями цивільного права визнає: речове право, засноване на приналежності речей; зобов'язальне право, в якому зосереджені всі інститути, що стосуються обігу, а також недоговірні інститути; виключні права, де розглядаються питання використання нематеріальних об'єктів, які є результатом творчої діяльності; спадкові права; особисті немайнові права¹.

За радянського періоду зобов'язальне право вважалось найбільшим правовим інститутом, який складався із загальних норм та інститутів щодо усіх видів зобов'язань і спеціальних норм та інститутів щодо окремих видів відносин². За таких обставин незрозумілою уявляється взагалі роль договірному права, яке не може бути визнаним навіть

¹ Цивільне право України / За заг. ред. Я. М. Шевченко. — К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. — Т. 1. — С. 16—17.

² Советское гражданское право / За ред. О. А. Красавчикова. — М.: Высшая школа, 1968. — Т. 1. — С. 30.

правовим інститутом. Подібна точка зору поділялася й іншими радянськими вченими¹. Деяко відмінну позицію займав О. С. Іоффе, який вів мову про інститут зобов'язального права, а не про зобов'язальне право як самостійний правовий інститут².

Так, не викликає жодного сумніву визнання зобов'язального права підгалуззю цивільного права. Власне, цей факт визнається більшістю цивілістів сучасного періоду³. Проти такої концепції важко заперечити, адже дійсно норми ЦК УРСР 1963 р. і норми ЦК України, що врегулювали зобов'язальні відносини, становлять фактично найбільшу питому вагу, порівняно з іншими сукупностями правових норм. Але не можна заперечувати і той факт, що за такого підходу принижується роль договірної права, яке зводиться до визнання його звичайним правовим інститутом. Так із 696 статей, що загалом регулюють зобов'язальні відносини, 517 статей присвячено загальним положенням про договір та окремим видам договорів. Вже це саме по собі є підставою для переосмислення місця договірної права в зобов'язальному праві. Значимість договірної права загалом у цивільному праві та вагомість сукупності договірно-регулюючих норм дають нам підстави підвищити місце договірної права в підгалузі зобов'язального права. Гадаємо, що усі норми ЦК, які вміщені в главах 52 «Поняття та умови договору», 53 «Укладення, зміна і розірвання договору», в розділі третьому «Окремі види зобов'язань», а також норми щодо договорів, розміщені в інших актах законодавства України, можуть бути цілком закономірно об'єднані в *генеральний інститут договірної права*, до складу якого входять відповідні групи цивільно-правових норм, які визначають особливості регулювання окремих видів договірних відно-

¹ Советское гражданское право / Под ред. Д. М. Генкина. — М.: Госюриздат, 1961. — С. 12.

² *Иоффе О. С.* Советское гражданское право. — М.: Юрид. лит., 1967. — С. 72—73.

³ Див.: Гражданское право Украины / Под ред. В. Ф. Маслова. — Харьков, 1996. — С. 26; *Харитонов Е. О., Саниахметова Н. А.* Гражданское право. — К.: А.С.К., 2001. — С. 23; Цивільне право України / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — Кн. 1. — С. 30.

син (купівлі-продажу, майнового найму, підряду тощо) та утворюють відносно автономні правові інститути, що функціонують у межах *генерального інституту договірного права*. Для зручності наукового аналізу такі інститути умовно можна назвати квазіінститутами. Однак на цьому побудова системи договірного права не завершується, оскільки в межах того чи іншого правового інституту можуть діяти певні субінститути (підінститути). Наприклад, у купівлі-продажу таким субінститутом може вважатися договір роздрібної торгівлі, в наймі (оренді) — прокат, лізинг, позичка.

Наведене не суперечить науковим поглядам про правові інститути. В цивілістичній науці сформувалися в цілому усталені погляди щодо поняття правового інституту, які, однак, не відзначаються великим розмаїттям. Якщо їх узагальнити, то вони зводяться до того, що цивільно-правовий інститут є певною сукупністю цивільно-правових норм, що регулюють певну споріднену зовнішньо і внутрішньо категорію цивільно-правових відносин¹, або певні групи цивільно-правових норм, що регулюють однорідні відносини², тощо. Наведені визначення безумовно формально є правильними, але містять надто мало змістовної інформації, яка б дозволила чітко визначати ту чи іншу конкретну групу правовідносин. Постає також питання щодо ступеня їх однорідності. Однак у запропонованій редакції наведені визначення правового інституту не можуть дати відповіді на ці питання. Не сприяє цьому також аналіз праць російських юристів. Наприклад, Н. Д. Єгоров стверджує, що поряд із загальними родовими ознаками суспільні відносини, що входять до предмета цивільного права, характеризуються специфічними особливостями, які зумовлюють внутрішню структурну диференціацію цивільного права з поділом їх на підгалузі та інститути права³. І знову ж у цих випадках

¹ Цивільне право України / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — Кн. 1. — С. 29.

² Цивільне право України / За ред. Ч. Н. Азімова та ін. — Харків: Право, 2000. — Ч. 1. — С. 20; Цивільне право України / За заг. ред. В. І. Борисової та ін. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — Т. 1. — С. 26 та ін.

³ Гражданское право / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — М.: Проспект, 1999. — Ч. 1. — С. 23.

важко віднайти критерії для поділу цивільного права на зазначені сукупності цивільно-правових норм, оскільки в наведеному не пропонується якісна характеристика таких однорідних відносин.

Як на наш погляд, для вирішення проблеми визначення сукупності правових норм, що має юридичне право вважатися правовим інститутом цивільного права, необхідно встановити наявність у них відповідних ознак. Як вірно відзначив В. Ф. Яковлев, цивільне право входить до розвинутої правової системи, в якій склалися норми та інститути високого ступеня узагальнення¹. Зрозуміло, що це здебільшого стосується інститутів загальної частини цивільного права як-от: правосуб'єктність учасників цивільних правовідносин, правочини, представництво, право власності, позовна давність тощо. Визнаючи зобов'язальне право підгалуззю, оскільки в ній багато норм загального характеру, Т. І. Ілларіонова звертає увагу на те, що до нього входять інститути конкретного змісту і, відповідно, інститути і підгалузі в цивільному праві виділяються або за предметним або за функціонально-службовим критерієм². Таку тезу можна прийняти до уваги і, якщо її розвинути, то можна дійти висновку, що в зобов'язальному праві є загально-регулятивні норми функціонального призначення, поширювані на всі види зобов'язальних відносин; загально-регулятивні норми, поширювані на певну частину зобов'язальних відносин (наприклад, на договірні чи на позадоговірні зобов'язання), та спеціальні норми, поширювані на конкретні окремі види договірних чи позадоговірних відносин (наприклад, купівля-продаж, дарування, довічне утримання, найм тощо) і закріплені, як правило, в окремій главі ЦК України.

Таким чином, зобов'язальне право визнається підгалуззю права насамперед тому, що регулює відносно однорідні договірні та позадоговірні зобов'язальні відносини, містить норми загальної та спеціальної дії, що мають предметну та функціональну спрямованість. Однак не можна ігнорувати

¹ Яковлев В. Ф. Общая часть гражданского права в современном законодательстве и юридической практике. — Свердловск, 1979. — С. 8.

² Гражданское право / Под ред. Т. И. Иллароновой и др. — М.: НОРМА-ИНФРА, 1998. — Ч. 1. — 15—16.

і той факт, що в зобов'язальному праві домінує сукупність норм, які регулюють лише договірні зобов'язальні відносини. Більше того, ці норми також поділяються на норми загальної дії (розташовані в главі 52 «Поняття та умови договору», главі 53 «Укладення, зміна і розірвання договору») та спеціальної дії (в главах 54—77). Відтак можна навіть стверджувати, що сукупність норм, які регулюють договірні зобов'язальні відносини, має свою загальну і особливу частину, що і дає усі підстави визнати існування генерального інституту договірного права, до складу якого, в свою чергу, входять окремі квазіінститути та субінститути, що також додатково регулюють відповідні види відносно однорідних договірних відносин. Однією з формальних ознак існування відносно самостійних інститутів купівлі-продажу, дарування, довічного утримання тощо є об'єднання відповідної сукупності правових норм у структурній частині ЦК на рівні глави. Крім того, кожний такий інститут договірного права має самостійну статтю загальної дії, в якій дається загальне визначення поняття того чи іншого договору. Певною мірою такі ознаки притаманні й деяким субінститутам (наприклад, договору роздрібної торгівлі) договірного права.

Нині вимагає вирішення проблема визначення правової природи договірного права з огляду на те, що регулювання договірних відносин здійснюється як актами цивільного законодавства, так і численними іншими актами законодавства України. За таких обставин визнавати договірне право монопольним інститутом цивільного права було б юридично некоректно.

У зв'язку з цим необхідно ще раз звернутися до структури права України, яка, як свідчить історія його розвитку, не залишається незмінною. Галузі права можуть відмирати у зв'язку з політико-економічними змінами в країні. Так, у зв'язку з ліквідацією колгоспів у період формування ринкових умов господарювання відійшло в історію колгоспне право. Водночас бурхливий розвиток законодавства спричинив формування підприємницького права¹, екологічного права²,

¹ Рабінович П. М. Основи загальної теорії права і держави. — К.: ІСДО. — 1995. — С. 95—96.

² Андрейцев В. І. Право екологічної безпеки. — К.: Знання-Прес, 2002. — С. 11—22.

корпоративного права¹, господарського права², які інколи вважають галузями права. Однак такі формування правових норм навряд чи можна визнавати самостійними галузями права, оскільки вони містять різногалузеві норми. Тому вони можуть бути визнанні комплексними утвореннями і навіть галузями права, можливість існування яких вже давно обґрунтована юридичною наукою. Так, С. С. Алексеев зазначав, що з розвитком законодавства, зумовленого економічними, соціально-політичними відносинами, видають комплексні акти, які формують комплексні галузі законодавства, а зрештою, і комплексні правові утворення³. Ще далі у свій час пішов у своїх висновках В. К. Райхер, який такі правові утворення безпосередньо визнавав комплексними галузями права⁴. Гадаємо, така точка зору є цілком прийнятною, оскільки в комплексних галузях права можуть об'єднуватися різнорідні правові норми, покликані регулювати певні сфери діяльності, предметом якої можуть бути різнорідні суспільні відносини.

Такі трансформаційні процеси в системі права не оминули й іншу структурну ланку, яка складається з правових інститутів самостійних галузей права. Власне відбувається процес проникнення до цих інститутів норм різних галузей права, що зумовлюється необхідністю врахування особливостей окремих видів суспільної діяльності. Об'єктивно це знаходить вираження у прийнятті комплексних актів законодавства, таких як, наприклад, закони України «Про захист прав споживачів», «Про приватизацію державного майна», «Про оренду державного та комунального майна», «Про цінні папери та фондову біржу», «Про банки і банківську діяльність», «Про зовнішньо-економічну діяльність», «Про регулювання товарообмінних (бартерних) операцій у галузі зовнішньоекономічних відносин», «Про фінансові

¹ *Кашанина Т. В.* Предпринимательское право. — М.: НОРМА-ИНФРА, 1999. — С. 59—80.

² *Хозяйственное право / Под ред. В. К. Мамутова.* — К.: Юрінком Інтер, 2002. — С. 9—18.

³ *Алексеев С. С.* Общая теория права. — М.: Юрид. лит., 1981. — С. 252—254.

⁴ *Райхер В. К.* Общественно-исторические типы страхования. — М.—Л.: Юриздат, 1947. — С. 190.

послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» та багато інших. Завдяки таким законодавчим актам забезпечується більш раціональне комплексне врегулювання відносин товарообігу, у зв'язку з чим відпадає потреба у прийнятті кількох окремих законодавчих актів, тобто реалізується принцип законодавчої ефективності та економічності. Водночас забезпечується врахування особливостей окремих об'єктів цивільних та інших правовідносин, наприклад нерухомості, цінних паперів, фінансових послуг тощо. Така ситуація змусила юристів визнати можливість існування комплексних або змішаних правових інститутів¹.

Таким чином, постає питання про галузеву приналежність норм, що регулюють договірні відносини, та про галузеву приналежність договірного права. Безумовно, тут необхідно враховувати нетотожність понять «галузь права» і «галузь законодавства». Цивілістична наука однозначно визнає, що якщо цивільне право — це система цивільно-правових норм, то цивільне законодавство — це система нормативних актів, у яких знайшли своє вираження цивільно-правові норми, а відтак цивільне законодавство — це форма вираження цивільного права як галузі права².

Водночас представники цивілістичної школи визнають, що у практиці немає «чистих» галузей законодавства, тобто таких, які б містили норми виключно однієї галузі права, і зрештою, стверджує Д. В. Боброва, сукупність комплексних нормативних актів становить комплексне законодавство, за допомогою якого забезпечується консолідація норм групування їх у самостійні рубрики, скорочення, множинності й усунення між ними суперечностей³.

Подібної позиції дотримуються і деякі представники господарського права. Як влучно зауважив В. С. Щербина, норми господарського права функціонують завдяки своїй нормативній формі — формі нормативних актів, а тому господарське законодавство загалом можна визначити як сис-

¹ Щербина В. С. Господарське право України. — К: Атіка, 1999. — С. 30—31.

² Цивільне право України / За ред. Ч. Н. Азімова та ін. — Харків: Право, 2000. — Ч. 1. — С. 22.

³ Цивільне право України / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — Кн. 1. — С. 36.

тому нормативних актів, які є інституційними джерелами господарського права¹. Такий підхід до визначення співвідношення галузі законодавства і галузі права дав також автору підстави визнати господарські відносини комплексними, а господарське право — комплексною галуззю права.

Звісно, комплексний характер галузей законодавства в цілому та окремих нормативних актів впливає не лише на формування права та їх зміст, а й на формування їх окремих правових інститутів. І за таких обставин надзвичайно велика кількість правових норм, що регулюють договірні відносини, зосереджені за межами Цивільного кодексу України і містяться як в окремих кодифікованих актах, так і в нормативних актах комплексного характеру. Відповідно, постає питання про допустимість включення таких «чужих» норм до цивілістичного інституту договірного права. З огляду на те, що існують комплексні галузі права, неможливо заперечувати вплив різногалузевого законодавства на правові інститути відповідних галузей права. Тому є достатньо підстав підтримати позицію тих авторів, які визнають існування комплексних (змішаних) правових інститутів. Якщо це заперечити, то необхідно визнати, що в кількох галузях права існують інститути права власності (в цивільному, земельному, сімейному праві), інститути договірного права (в цивільному, земельному, господарському, банківському та інших самостійних та комплексних галузях права)². Однак, незважаючи на розосередженість норм, що регулюють договірні відносини, поза сумнівом є факт їх цивілістичного походження. Відповідно, норми, розміщені поза межами актів цивільного законодавства, виконують допоміжну (субсидіарну) роль, яка полягає у врахуванні особливостей регулювання договірних відносин в окремих видах діяльності. Тому договірне право має бути

¹ Щербина В. С. Господарське право України. — К.: Атіка, 1999. — С. 30—31.

² Так, останнім часом у літературі з земельного права було запропоновано до інститутів системи земельного права ввести інститут права власності на землю, в тому числі право приватної, колективної, державної власності (див.: Земельне право / За ред. В. І. Семчика і П. Ф. Кулинич. — К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2001. — С. 43).

визнане генеральним інститутом цивільного права комплексного характеру, а окремі види договірних зобов'язань — спеціальними інститутами (субінститутами), норми яких регулюють відносно самостійні договірні відносини за їх предметною ознакою.

Нині спостерігається певною мірою небезпечна тенденція до визнання будь-якої сукупності правових норм чи окремих правових явищ інститутами. Так, на думку Ю. О. Заїки, інститутами спадкового права є: відкриття спадщини, підстави спадкування, охорона спадкового майна, виконання заповіту, спадковий договір тощо¹. Подібний поділ автором спадкового майна на окремі самостійні правові інститути є методологічно необґрунтованим (за винятком спадкового договору), оскільки автор штучно розчленовує фактично однорідні спадкові відносини, а також виокремлює похідні правовідносини, які мають допоміжне значення (наприклад щодо виконання заповіту).

Значимість стадії виконання договору оригінальним чином вирішила підкреслити Т. В. Боднар, яка запропонувала виконання зобов'язання розглядати як правовий інститут, як процес і як підставу припинення зобов'язання. І найголовніше, автор запропонувала вважати інститутом виконання зобов'язання сукупність цивільно-правових норм, що регулюють суспільні відносини, які виникають у зв'язку з виконанням зобов'язань².

З викладеною позицією не можна погодитися беззастережно, адже вона вступає в суперечність із вченням про правові інститути, згідно з яким зобов'язальне право в цілому визнається підгалуззю цивільного права або його інститутом, а окремі види договірних зобов'язань (купівля-продаж, дарування, майновий найм (оренда) тощо) — правовими інститутами або субінститутами (підінститутами). Нині ж у цивілістичній науці спостерігається тенденція до не завжди обґрунтованого об'єднання незначних за обсягом та штучно виокремлених сукупностей правових норм у правові інститути цивільного права.

¹ Заїка Ю. О. Спадкове право України: Навч. посібник. — К.: Істина, 2005. — С. 20.

² Боднар Т. В. Виконання договірних зобов'язань у цивільному праві. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — С. 18.

Якщо слідувати логіці таких авторів і, зокрема, Т. В. Боднар, то необхідно визнати, що існує також інститут укладення договору, інститут форми договору, інститут публічного договору, інститут попереднього договору, інститут біржового договору, інститут правових наслідків порушення договору тощо. Як на наш погляд, відносини, пов'язані з укладенням договору, його виконанням, становлять нероз'єднувані однорідні відносини, які об'єднуються між собою за своїм функціонально-організаційним призначенням. Не може спростувати такий висновок і та обставина, що в ЦК виокремлюються норми про укладення, виконання договорів, про правові наслідки їх порушення. Але ж не можна оминати і той беззаперечний факт, що подібні норми містяться в главах, що регулюють окремі види договірних зобов'язань, які, до речі, беззастережно вважаються самостійними цивільно-правовими інститутами (в окремих випадках субінститутами), наприклад, інститути купівлі-продажу, дарування, довічного утримання, найму, підряду тощо. Така побудова правових інститутів ґрунтується на розмежуванні договорів за їх типовими ознаками та за різною правовою природою. Правовідносини щодо, наприклад, виконання окремих договірних зобов'язань, є складовою частиною відповідного загального договірного зобов'язального правовідношення, а врешті, норми, що їх регулюють, є складовою частиною відповідного правового інституту. Інша справа, що нині з огляду на бурхливий розвиток законодавства, юридичної науки, необхідна зміна уявлень про правові інститути, введення щодо них відповідної нової класифікації.

Зокрема, відсутні принципові перешкоди до виділення у функціонально-допоміжні інститути ті сукупності правових норм, які сприяють функціонуванню основного договірного правовідношення. Тобто можна стверджувати, що до договірного права як генерального правового інституту, входять інститути окремих видів договорів, які, в свою чергу, можуть складатися з відносно автономних підінститутів (субінститутів) за предметним чи функціональним призначенням їх норм.

З урахуванням усього викладеного договірне право можна визначити як сукупність правових норм, розміщених у

ЦК України, інших актах цивільного законодавства та інших актах законодавства України, які встановлюють: принципи договірних відносин; правила та порядок укладення договору; зміст договору, тобто права та обов'язки сторін; порядок виконання договірних зобов'язань; правові наслідки неналежного виконання (невиконання) договірних зобов'язань та способи захисту порушених прав сторін договору.

1.3. Джерела договірної права України

Джерелом договірної права насамперед є акти цивільного законодавства, норми якого є його зовнішньою формою. Природно, що норми ЦК України є фундаментом договірної права. Вони мають враховуватися при прийнятті будь-яких актів цивільного законодавства, а також інших актів законодавства, в яких передбачається регулювання договірних відносин у тій чи іншій специфічній сфері діяльності, що, на жаль, досить часто ігнорується в нормотворчій діяльності.

Звісно, не можна недооцінювати Конституції України, яка є основою цивільного законодавства України, а її норми є нормами прямої дії. Конституція України безпосередньо не містить положень, які конкретно визначали правові засади цивільно-правового договору. Однак у ній закладені загальні правові засади регулювання договірних відносин (наприклад, щодо юридичної рівності усіх суб'єктів права власності та форм власності, свобода підприємництва, права і свободи людини і громадянина тощо, які мають методологічне значення для побудови цивільно-правових норм, а також мають враховуватися сторонами при укладенні та виконанні договору.

Цивільний кодекс України, який іноді називають «Економічною Конституцією України», є основним кодифікованим актом цивільного законодавства. ЦК складається з шести книг: Книга перша — «Загальні положення», Книга друга — «Особисті немайнові права фізичної особи», Книга третя — «Право власності та інші речові права», Книга четверта — «Право інтелектуальної власності», Книга п'ята — «Зобов'язальне право», Книга шоста — «Спадкове право».

Таким чином, на рівні книг відсутнє посилання на існування в тій чи іншій формі норм договірного права. Зрозуміло, що вони містяться в Книзі п'ятій — «Зобов'язальне право». Так, у розділі другому Книги п'ятої глава 52 присвячена поняттю та умовам договору (статті 626—637 ЦК), глава 53 — укладенню, зміні і розірванню договору (статті 638—654), а у розділі третьому «Окремі види договірних зобов'язань» договірним зобов'язанням присвячені глави 54—77 (статті 655—1143). Однак договору присвячені певною мірою й інші норми ЦК, розміщені в десятках статей Книги першої, Книги третьої, Книги четвертої, Книги шостої. Постає питання про правову природу цих правових норм, про їх співвідношення з нормами Книги п'ятої, які безпосередньо присвячені регулюванню договірних відносин.

У загальній теорії права пропонуються різні класифікації норм права. Зокрема, пропонується їх класифікувати за галузевою приналежністю, юридичною силою, ступенем спорідненості змісту, характером встановлюваних правил поведінки, способами встановлення правил поведінки (тобто категоричні чи диспозитивні). На наш погляд, класифікація норм за галузевою ознакою чи за юридичною силою має значення переважно для загальнотеоретичних досліджень¹.

Цікавою уявляється класифікація, в основі якої лежить поділ норм за формою регулювання: *зобов'язуючі*, які змушують до здійснення певних дій; *уповноважуючі*, які дозволяють вчиняти передбачені в законі дії; *заборонні*, які зобов'язують суб'єктів утримуватися від вчинення певних дій². С. С. Алексеев усі норми права поділяє на регулятивні та правоохоронні. Така класифікація, на його думку, означає, що до регулятивних належать приписи позитивного регулювання (зобов'язуючі, уповноважуючі, заборонні), які забезпечують встановлення певної поведінки шляхом надання учасникам суспільних відносин суб'єктивних прав та покладення на них позитивних суб'єктивних обов'язків, а до правоохоронних — приписи, спрямовані на визначення поведінки суб'єктів шляхом регламентації механізмів державно-примусового впливу у формі санкцій, їх підстав, ха-

¹ Комаров С. А. Общая теория государства и права. — М., 1997. — С. 265—270.

² Там само.

рактору, обсягу¹. Водночас з огляду на недостатність класифікаційних груп автор зауважив, що в міру поглиблення спеціалізації права до вищезазначених двох основних видів норм приєднуються спеціалізовані приписи (загальні, дефінітивні, декларативні, оперативні, колізійні), які безпосередньо не є підставою виникнення правовідносин, мають додатковий характер і по-різному виявляються в тій чи іншій галузі права.

Звичайно, правові позиції загальної теорії права необхідно враховувати при характеристиці класифікації норм інститутів цивільного права. В цивілістичній літературі були спроби дати класифікацію норм інституту права власності наступним чином: а) регулятивні (правовстановлювальні, зобов'язуючі, заборонні); б) спеціалізовані; в) правозахисні².

Наведена класифікація є життєздатною і прийнятною для інституту права власності. Однак договірне право, як на наш погляд, містить набагато різноманітніші норми, що вимагає повнішої класифікації, яка б враховувала адекватно особливості структурної та змістовної побудови цих норм. У будь-якому разі поділ договірних норм на регулятивні й правоохоронні не може розкрити їх змісту. Власне, очевидно є недооцінка С. С. Алексеевим змісту правоохоронних норм, які фактично завжди є за формальними ознаками правоохоронними, а за своїм змістом також регулятивними. Крім того, автор не виділяє серед правоохоронних ті норми, які є правозахисними, тобто норми, які вступають у дію лише у разі порушення договірного зобов'язання, що спричинює виникнення правозахисного правовідношення. Не можна оминати також норми-принципи, норми-дефініції, норми, що забезпечують передумови виникнення чи функціонування договірних відносин, тощо.

З огляду на викладене, вважаємо за доцільне виділити наступні класифікаційні групи договірних норм.

Норми-приписи — це такі норми, які визначають основоположні ідеї, на яких має базуватися договірне право³. До

¹ Алексеев С. С. Структура советского права. — М., 1975. — С. 102—110.

² Дзера І. О. Цивільно-правові засоби захисту права власності в Україні. — К.: Юрінком Інтер, 2001. — С. 24.

³ Поняття принципів цивільного права детально розглядається в другому розділі.

таких норм належать, насамперед, положення ст. 3 ЦК України про загальні засади цивільного законодавства (неприпустимість свавільного втручання в сферу особистого життя людини; неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, встановлених Конституцією України; свобода договору; свобода підприємницької діяльності, не забороненої законом; судовий захист цивільного права та інтересу; справедливість, добросовісність та розумність). Останні продубльовані також у ст. 509 ЦК, в якій записано, що зобов'язання має ґрунтуватися на засадах добросовісності, розумності та справедливості. Загалом же принципи добросовісності, розумності та справедливості у тому чи іншому співвідношенні вживаються в нормах, присвячених договірним відносинам, десятки разів, що свідчить про їх значний вплив на формування змісту правових норм¹. Звісно, наведеними принципами не обмежується їх перелік у договірному праві, адже тут може виявлятися дія інших як суто цивільно-правових принципів (принципи обов'язковості договору, належного та реального виконання тощо), так і загально-правових, притаманних усій системі права України².

Норми-дефініції в договірному праві мають велику вагу в системі договірних прав, під якими ми розуміємо норми, які в узагальненій формі визначають зміст та правову природу юридичних понять і фактів. У книзі «Зобов'язальне право» норми-дефініції визначають: поняття зобов'язання (ст. 509); поняття неустойки (ст. 549); поняття поруки (ст. 553); поняття гарантії (ст. 560); поняття завдатку (ст. 570); поняття притримання (ст. 594); поняття порушення зобов'язання (ст. 610); поняття договору (ст. 626); поняття строку договору (ст. 631); поняття публічного договору (ст. 633); поняття договору приєднання (ст. 634); поняття договору на користь третьої особи (ст. 636); поняття істотного порушення договору (ст. 651); поняття окремих видів договорів (глави 54–77); поняття спадкового договору (ст. 1302).

¹ Див.: Боднар Т. В. Виконання договірних зобов'язань у цивільно-праві. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — С. 34–58.

² Колодій А. М. Принципи права України. — К.: Юрінком Інтер, 1998. — С. 28–40.

Норми-дефініції безпосередньо не є регуляторами динаміки договірних відносин, але їх роль у договірному праві надзвичайно велика. Вони забезпечують функції визначеності юридичних категорій, раціональної побудови правових норм за предметом врегульованих відносин, стабілізації правовідносин. Врешті-решт, норми-дефініції сприяють правильному застосуванню правових норм до спірних правовідносин, адже на практиці досить часто постає питання про те, які правові норми необхідно застосовувати до договірних відносин у разі наявності спору щодо їх правової природи. Відтак вони можуть сприяти вирішенню так званої проблеми конкуренції правових норм та позовів. Таким чином, норми-дефініції хоча і є загально-регулятивними, але виконують цю функцію щодо відносин статички, а не динаміки.

Наступною групою договірних норм є норми, що визначають *передумови* для виникнення та функціонування договірних правовідношення. До них мають бути віднесені: а) норми, які визначають договірну правоздатність і дієздатність суб'єктів договірних відносин; б) норми, які передбачають умови, без дотримання яких сторони не можуть укласти договір; в) норми, які забезпечують набрання чинності договором та його виконання.

До *першої групи* норм належать: норми статей 30, 31, 32, 36, 37, 40 тощо, які визначають дієздатність фізичної особи; норми статей 50, 54, які визначають дієздатність фізичної особи-підприємця; норми статей 67, 68, 69, 70, 71, які визначають повноваження на укладення правочинів опікунами, піклувальниками; норми статей 91, 92, які визначають правоздатність і дієздатність юридичної особи. Такими є також норми, які надають право на укладення певних видів договорів лише певним особам, наприклад, страховикам на укладення договорів страхування, банкам або іншим фінансовим установам на укладення кредитних договорів (статті 984, 1054 ЦК).

До *другої групи* мають належати ті норми, які: а) передбачають для укладення тих чи інших договорів попереднє одержання дозволів (наприклад, органів опіки та піклування на вчинення правочинів опікунами та піклувальниками відповідно до ст. 71 ЦК; органів, уповноважених Верхов-

ною Радою АРК або місцевими радами управляти майном, на оренду державних та комунальних цілісних майнових комплексів, їх структурних підрозділів та нерухомого майна відповідно до ст. 287 ГК; ліцензій для укладення певних договорів, наприклад, для операцій з валютними цінностями); б) передбачають проведення переддоговірних організаційно-правових заходів (наприклад, проведення конкурсів, аукціонів тощо).

Третя група норм має безпосередньо регулятивне значення. Вони визначають порядок та форму укладення договору, його умови, порядок виконання, внесення змін тощо. Такі регулятивні норми також є неоднорідними і можуть виконувати різні функції. Вони можуть бути: *правовстановлюючими* (наприклад, норми ст. 626 ЦК про поділ договорів на односторонні, двосторонні та багатосторонні, про презумпцію відплатності договору; норми про зміст договору; норми про права сторін договору (зокрема про право наймодавця відмовитися від договору найму і вимагати повернення речі, якщо наймач не вносить плату за користування річчю протягом трьох місяців підряд; норма ст. 547 ЦК про право боржника виконати свій обов'язок внесенням боргу в депозит нотаріуса); *правозобов'язуючими*, чи *уповноважуючими* (наприклад, норма ст. 629 ЦК про обов'язковість виконання договору сторонами, норма ст. 654 про необхідність дотримання вимог про форму змін або розірвання договору, норма ст. 766 ЦК про обов'язок наймодавця передати наймачеві майно у користування негайно або у строк, встановлений договором найму); *заборонними* (наприклад, норма ст. 515 ЦК про зобов'язання, в яких заміна кредитора не допускається; норма ст. 548 ЦК про недопустимість забезпечення недійсних зобов'язань; норма ст. 550 про неможливість нарахування процентів на неустойку, норма ст. 633 ЦК про недопустимість для підприємця в публічному договорі надавати переваги одному споживачу перед іншими щодо укладення публічного договору).

Нарешті значну частину в договірному праві становлять *правозахисні норми*, які вступають у дію лише у зв'язку з порушенням договірного зобов'язання. Водночас можна зауважити, що порушення договірного зобов'язання може мати уявний характер, адже суд може і не встановити тако-

го факту. Правозахисні норми необхідно відмежовувати від загальноохоронних. В юридичній науці, у тому числі в цивілістичній, вже сформовані певні погляди щодо співвідношення таких понять, як «правова охорона» та «правовий захист». Загалом нині спостерігається в юридичній науці тенденція до визнання правового захисту відповідною складовою частиною правової охорони, до якої мають включатися лише ті правові засоби, потреба у застосуванні яких виникає лише у момент порушення суб'єктивного (регулятивного) права¹.

Особливу позицію з цього питання зайняв Г. М. Стоякін, на думку якого правовий захист включає в себе: а) видання норм, які встановлюють права та обов'язки, визначають порядок їх здійснення, захисту та застосування санкцій; б) діяльність суб'єктів зі здійснення і захисту своїх суб'єктивних прав; в) попереджувальну діяльність держави і громадських організацій, а також діяльність із реалізації правових санкцій².

Із наведеного вбачається, що автор фактично усі норми визнає правозахисними, у тому числі ті, які мають суто регулятивний характер. Іншими словами, відбулося ототожнення автором правоохоронних і правозахисних норм. З таким підходом важко погодитися. Як зазначалося в юридичній літературі, поряд із широким розумінням охорони в науці і в законодавстві використовується поняття охорони і у вузькому розумінні слова, згідно з чим до нього включаються лише ті передбачені законом міри, які спрямовані на відновлення чи визнання цивільних прав і захисту інтересів при їх порушенні або оспорюванні, а тому з метою

¹ *Елисейкин П. Ф.* Правоохранительные нормы: Понятие, виды, структура // *Защита субъективных прав и гражданское судопроизводство.* — Ярославль, 1977; *Крашенинников Е. А.* Структура субъективного права и право на защиту // Там же; *Ромовская З. В.* Защита в семейном праве. — М., 1988. — С. 280—281; *Советское гражданское право.* — Харьков, 1983. — Ч. 1. — С. 248; *Братусь С. Н.* Юридическая ответственность и законность. — М., 1976. — С. 73—74; *Гражданское право.* — М., 1994. — С. 159—160; *Дзера І. О.* Цивільно-правові засоби захисту права власності в Україні. — К., 1999. — С. 219 та ін.

² *Стоякин Г. Н.* Понятие защиты гражданских прав // *Проблемы гражданско-правовой ответственности и защиты гражданских прав.* — Свердловск, 1973. — С. 34.

уникнення термінологічної плутанини охорону у вузькому значенні прийнято іменувати *захистом цивільних прав*¹. З такою думкою важко не погодитись. Але головним у цій ситуації є не можливість плутанини у термінології, а правові реалії, які полягають у тому, що правові норми, які розпочинають свою дію після порушення договору, мають свої істотні особливості, які виправдовують виділення їх в окрему відносно самостійну структурну групу.

Цікаву позицію задекларував В. М. Коссак, на думку якого правовий захист нерозривно пов'язаний з правовою охороною. Між ними є різниця, визначена у самому законі, згідно з яким, зокрема, у ст. 16 ЦК України йдеться про захист та способи захисту цивільних прав, а термін «охорона» вживається у статтях, що регулюють особисті немайнові відносини². Наведені автором аргументи лише частково підтверджують його позицію, яка досить легко спростується, зокрема, змістом ст. 432 ЦК України, згідно з якою кожна особа має право звернутися до суду за захистом свого права інтелектуальної власності відповідно до ст. 16 цього Кодексу. Тобто вже самі норми інституту права інтелектуальної власності уможливають захист такого порушеного права засобами, передбаченими для застосування у разі порушення будь-якого цивільного права. Інша справа, що законодавець далеко не завжди враховує особливості співвідношення правової охорони та захисту, віддаючи перевагу першому поняттю. Наприклад, такими є закони України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі», «Про охорону прав на промислові зразки», «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг». Як на наш погляд, зазначені закони одержали таку назву тому, що в них права охорона передбачених ними прав розглядається у широкому розумінні, що саме по собі не виключає розміщення в них чисто правозахисних норм. Відповідно, і у Законі України «Про захист прав споживачів», незважаючи на таку назву, містяться охоронні норми, які регулюють відносини

¹ Див.: Гражданское право: Учебник / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Тостого. — М.: Проспект, 1999. — Ч. 1. — С. 280.

² Див.: Цивільне право України / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. — Юрінком Інтер, 2004. — Кн. 1. — С. 233.

купівлі-продажу, підяду тощо до моменту порушення прав договірних сторін. Отже, сама по собі назва того чи іншого акта законодавства не може бути покладена в основу критерію виявлення правової природи договірних норм. З іншого боку, не можна також нехтувати законодавчою термінологією, у тому числі застосовуваною у ЦК. Так, ст. 15 ЦК закріплює право кожної особи на захист свого цивільного права у разі його порушення, невизнання або оспорювання. Вже зі змісту наведеної норми з очевидністю вбачається, що право на захист безпосередньо пов'язується з моментом порушення цивільних прав та інтересів. Цей висновок підтверджується також наступною ст. 16 ЦК, в якій безпосередньо визначені конкретні способи захисту цивільних прав та інтересів. Зміст цих способів також свідчить про те, що право на їх застосування виникає в момент порушення цивільних прав та інтересів.

З наведеного можна дійти висновку про відносну самостійність норм ЦК, які передбачають застосування відповідних способів захисту цивільних прав та інтересів. Відтак є достатньо підстав підтримати позицію С. С. Алексеєва, який вважає, що правовий захист — це державно-примусова діяльність, спрямована на поновлення порушеного права, забезпечення виконання юридичного обов'язку¹. У даному випадку таку діяльність необхідно розглядати як таку, що спрямована на реалізацію передбачених законом способів захисту порушених прав чи інтересів.

Договірному праву, як і іншим правовим інститутам, можуть бути притаманні певні особливості конструкції правозахисних норм. По-перше, вони розташовані в різних структурних частинах ЦК, ГК, інших актах законодавства України. Так, до правозахисних норм договірного права мають бути віднесені насамперед норми глави 3 «Захист цивільних прав та інтересів», глави 16 «Правочини», які носять загальний характер для усіх договірних зобов'язань. Безперечно, правозахисними є усі норми глави 51 ЦК, які визначають правові наслідки порушення зобов'язання, у тому числі підстави та міри застосування відповідальності. Нарешті, правозахисними мають вважатися ті норми, які

¹ Алексеєв С. С. Общая теория права. — М., 1981. — Т. 1. — С. 180.

регулюють правові наслідки порушень окремих видів договірних зобов'язань. Показовою у цьому аспекті може бути глава 54 «Купівля-продаж», в якій міститься найбільше правозахисних норм, порівняно з іншими договорами. До них, зокрема, можна віднести ст. 661 про відповідальність продавця у разі відсудження товару у покупця, ст. 665 про правові наслідки відмови продавця передати товар, ст. 666 про правові наслідки невиконання продавцем обов'язку передати приналежності товару та документи, що стосуються товару, ст. 670 про правові наслідки порушення умови договору щодо кількості товару, ст. 672 про правові наслідки порушення умови договору щодо асортименту товару, ст. 678 про правові наслідки передання товару неналежної якості та інші статті цієї глави (679, 680, 681, 684, 686, 688, 709, 710, 711).

Як вже зазначалося, коло джерел договірних прав не обмежується нормами ЦК України. Значне місце серед цих джерел посідають норми інших кодексів України, наприклад Господарського кодексу, Кодексу торговельного мореплавства, Повітряного кодексу України, інших актів транспортного законодавства, Земельного кодексу, Сімейного кодексу України.

Господарський кодекс України безперечно є джерелом правового регулювання певної частини цивільних відносин. Власне, це впливає зі змісту норм ЦК та ГК, незважаючи на їх певну непослідовність та суперечливість. Відповідно до ст. 9 ЦК України законом можуть бути передбачені особливості регулювання майнових відносин у сфері господарювання. Натомість, за ст. 4 ГК не є предметом регулювання цього Кодексу «майнові та особисті немайнові відносини, що регулюються Цивільним кодексом України».

Отже, ЦК допускає можливість врегулювання цивільних відносин майнового характеру у сфері господарювання іншими актами законодавства України, які б враховували особливості таких відносин. Одним із таких актів є Господарський кодекс України, можливість застосування якого до певної частини цивільних відносин цілком імовірна, хоча ЦК прямо і не називає серед джерел правового регулювання ГК. Заплутаним і суперечливим є текст вищенаведеної ст. 4 ГК, але, зрештою, і ця стаття не заперечує регулюван-

ня нормами ГК окремих майнових відносин цивільно-правового походження. Це підтверджується також нормами інших статей ГК.

Так, у ст. 175 ГК визначається поняття майново-господарських зобов'язань, якими визнаються цивільно-правові, що виникають між учасниками господарських відносин при здійсненні господарської діяльності, й, відповідно, такі зобов'язання регулюються Цивільним кодексом України з урахуванням особливостей, передбачених Господарським кодексом України. Звичайно ж, сказане повною мірою стосується договірних зобов'язань. Важливим є положення ч. 7 ст. 179 ГК, згідно з яким господарські договори укладаються за правилами, встановленими Цивільним кодексом України з урахуванням особливостей, передбачених цим Кодексом, іншими нормативно-правовими актами щодо окремих видів договорів. Статтею 198 ГК передбачено можливість застосування до відносин щодо забезпечення виконання зобов'язань учасниками господарських відносин відповідних положень Цивільного кодексу України. Подібний підхід до вирішення проблеми застосування положень ЦК до майнових цивільних відносин у сфері господарювання закладено і в інших статтях ГК України, що дає підстави розглядати ГК як джерело регулювання майнових цивільних відносин, у тому числі як джерело договірного права в тій його частині, в якій норми ГК визначають особливості договірних відносин у сфері господарювання, але за умови, що ці відносини засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності її учасників. Однак у судовій практиці дана проблема може отримати й іншу інтерпретацію. Щоб цього уникнути, варто було б внести до ЦК та ГК певні зміни. Наприклад, ч. 2 ст. 9 ЦК України бажано було б викласти у наступній редакції: «Господарським кодексом України, іншими законами України можуть бути передбачені особливості регулювання цивільних майнових відносин у сфері господарювання». Безумовно, що норми ГК та інших законів не повинні суперечити нормам ЦК. Водночас, ч. 7 ст. 179 ГК бажано було б викласти у наступній редакції: «Господарські договори, засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників, укладаються за правилами,

встановленими Цивільним кодексом України, з урахуванням особливостей, передбачених цим Кодексом, іншими нормативно-правовими актами щодо окремих видів договорів за умови, що норми Цивільного кодексу України допускають інше врегулювання договірних відносин законом.

Надзвичайно розгалуженими і різноманітними джерелами договірної права є норми транспортного законодавства, яке складається з багатьох законів, кодексів, статутів, інших нормативно-правових актів. Найзначущими серед них є закони України: «Про транспорт» від 10 листопада 1994 р.¹, «Про залізничний транспорт» від 4 липня 1996 р.², «Про трубопровідний транспорт» від 15 травня 1996 р.³, Кодекс торговельного мореплавства України⁴, Повітряний кодекс України⁵, Статут залізниць України⁶, Статут внутрішнього водного транспорту, затверджений постановою РМ СРСР від 15 жовтня 1955 р.⁷, Статут автомобільного транспорту УРСР⁸.

В усіх перерахованих актах законодавства України містяться норми, які тією чи іншою мірою регулюють договірні відносини в сфері перевезень. На прикладі аналізу КТМ України можна найкраще з'ясувати особливості норм у сфері договірних перевезень.

*Кодекс торговельного мореплавства України*⁹ також містить значну кількість норм, які є джерелом договірної права в сфері торговельного мореплавства. Відповідно до ст. 1 КТМ під торговельним мореплавством у цьому Кодексі розуміється діяльність, пов'язана з використанням суден для перевезення вантажів, багажу та пошти, рибних та інших морських промислів, розвідки та видобування корисних копалин, виконання буксирних, криголамних і рятувальних операцій, прокладення кабелю, також для інших господарських, наукових і культурних цілей. Важливою є

¹ Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 51. — Ст. 446.

² Там само. — 1996. — № 40. — Ст. 183.

³ Там само. — 1996. — № 29. — Ст. 139.

⁴ Там само. — 1995. — № 47. — Ст. 349.

⁵ Там само. — 1993. — № 25. — Ст. 274.

⁶ Офіційний вісник України. — 1998. — № 14. — С. 150.

⁷ СП СРСР. — 1959. — № 2. — Ст. 12.

⁸ ЗП УРСР. — 1969. — № 7. — Ст. 89.

⁹ Відомості Верховної Ради України. — 1995. — № 47. — Ст. 349.

ст. 4 КТМ, згідно з якою до цивільних, адміністративних, господарських та інших відносин, що виникають із торговельного мореплавства і не врегульовані цим Кодексом, відповідно застосовуються правила цивільного, адміністративного, господарського та іншого законодавства України. Звідси можна зробити висновок, що норми ЦК не застосовуються до цивільних відносин, врегульованих КТМ. Тут пріоритет у регулюванні таких відносин належить КТМ, навіть, якщо норми останнього суперечать нормам ЦК. Але чи відповідає такий підхід цивільному законодавству? Оскільки КТМ України був прийнятий у 1995 р., тобто у період, коли діяв ЦК УРСР 1963 р., то надання пріоритету у даному разі КТМ цілком зрозуміле, адже він базувався вже на інших соціально-економічних та політичних засадах, ніж ЦК УРСР, який приймався в період планової соціалістичної економіки. Нині ж необхідно поглянути на цю проблему під кутом зору ідеології нового ЦК. Чіткої відповіді новий ЦК України не дає. Але, виходячи з того, що відповідно до ч. 2 ст. 4 ЦК суб'єкт права законодавчої ініціативи, який подав до Верховної Ради України проект закону, який інакше регулює цивільні відносини, ніж ЦК, зобов'язаний одночасно подати проект закону про внесення змін до Цивільного кодексу України. Як зазначається в Прикінцевих та Перехідних положеннях ЦК, цей Кодекс має застосовуватися до цивільних відносин, що виникли після набрання ним чинності. Можна припустити, що це має стосуватися і тих цивільних відносин, які виникли у сфері торговельного мореплавства. Але так чи інакше необхідно внести відповідні зміни до КТМ та до ЦК України з метою гармонізації їх норм, які стосуються договірних відносин, приведення їх у відповідність до норм ЦК.

У КТМ найбільш важливими та застосовуваними з позицій договірного права є, зокрема, норми: глави 5 «Морське агентування»; глав 2, 3, 4 розділу 5 «Договір морського перевезення вантажу», «Договір морського перевезення пасажирів», «Договір морського круїзу»; глав 1, 2 розділу 6 «Договір фрахтування суден на певний час», «Договір лізингу судна»; глав 1, 2 розділу 9 «Загальна аварія», «Окрема (незагальна) аварія»; розділів 10 «Обмеження відповідальності судовласника» та 11 «Претензії та позови».

Серед перерахованих структурних частин КТМ особливо увагу необхідно звернути на положення глави «Договір морського перевезення вантажу» та глави «Договір морського перевезення», якими встановлюються обмеження розміру відповідальності та встановлення широкого кола підстав для звільнення від відповідальності (статті 176, 177, 178, 181, 193, 194). Як на наш погляд, встановлені норми КТМ обмеження відповідальності перевізника не суперечать як загальним, так і спеціальним нормам ЦК України з наступних міркувань.

Так, відповідно до ст. 614 ЦК особа, яка порушила зобов'язання, несе відповідальність за наявності її вини (умислу або необережності), якщо інше не встановлено договором або законом. Таким чином, договором або законом можуть встановлюватися як випадки відповідальності незалежно від вини, так і випадки звільнення від відповідальності за наявності вини в порушенні перевізником договору перевезення вантажу чи пасажирів. Тому не суперечить нормам ст. 177 КТМ, яка звільняє перевізника від відповідальності за втрату, нестачу або пошкодження вантажу, якщо вони настали внаслідок навігаційної помилки капітана, інших осіб суднового екіпажу і лоцмана у судноводінні або управлінні судном. Сказане повністю підтверджується ст. 920 ЦК України, за якою у разі порушення зобов'язань, що випливають із договору перевезення, сторони несуть відповідальність, встановлену за домовленістю сторін, якщо інше не встановлено цим Кодексом, іншими законами, транспортними кодексами (статутами). Тому встановлення вищенаведеною нормою ст. 177 КТМ підстави для звільнення від відповідальності перевізника за наявності в його діях навігаційної помилки узгоджується зі спеціальною нормою ст. 920 ЦК.

Повною мірою також узгоджуються ст. 179 КТМ та ст. 924 ЦК у частині встановлення обмеженої відповідальності перевізника за втрату, нестачу, псування або пошкодження вантажу у розмірі фактичної шкоди. Однак цього не можна сказати щодо незбереження перевізником багажу пасажирів, оскільки за ст. 194 КТМ відповідальність перевізника за втрату або пошкодження каютного багажу в жодному разі не може перевищувати 1800 розрахункових одиниць на пасажирів відносно перевезення в цілому (щодо автомашини

та багажу, що перевозяться в машині – не більше 1000 розрахункових одиниць, щодо іншого багажу – не більше 2700 розрахункових одиниць), а за ст. 924 ЦК перевізник відповідає за втрату, нестачу, всування або пошкодження прийнятих до перевезення вантажу, багажу, пошти у розмірі фактичної шкоди, якщо не доведе, що це сталося не з його вини. При цьому у ЦК не міститься ніякого застереження про можливість встановлення іншого розміру відшкодування за незбереження багажу. Якщо виходити з того, що в КТМ ця проблема вирішена з урахуванням традицій торговельного мореплавства і міжнародного досвіду, міжнародних конвенцій з морського права, то, як на наш погляд, ч. 2 ст. 924 ЦК необхідно було б доповнити нормою про те, що в торговельному мореплаванні перевізник відповідає за втрату, нестачу, псування або пошкодження багажу у розмірі, що визначається за правилами Кодексу торговельного мореплавства України.

Водночас значна частина норм КТМ не стосується безпосередньо договірних відносин. До них, зокрема, можна віднести норми статей, що визначають поняття судна, його правовий режим, порядок проведення технічного нагляду за морськими суднами, порядок реєстрації суден і право на прапор України, судові документи, умови арешту суден та звільнення з-під арешту (статті 15—47). Такі норми мають різну правову природу, вони можуть бути організаційно-правового, адміністративно-правового характеру. Все це дає підстави визнати КТМ України комплексним актом законодавства України.

Загалом норми КТМ України характеризуються високим ступенем деталізації та формалізації регулювання відносин у сфері перевезень, встановленням обмежень щодо відповідальності перевізника у разі порушення договору. Ці риси притаманні й іншим актам транспортного законодавства.

Земельний кодекс України, прийнятий 25 жовтня 2001 р., містить десятки статей, які можуть розглядатися як джерело договірного права, оскільки так чи інакше регулюють цивільні відносини, об'єктом яких виступає земля. Така думка може виявитися дещо відмінною від поглядів представників науки земельного права, які вважають, що наявність у земельному законодавстві окремих норм щодо

регулювання земельних відносин, які за змістом можна розцінювати як цивільно-правові (купівля-продаж, дарування, спадщина, відшкодування збитків), свідчить про те, що земельне законодавство має комплексний характер, але від цього норми земельного права, якими регулюються специфічні земельні відносини, не втрачають притаманних їм галузевих ознак, не зменшують ролі земельного права як самостійної галузі права, основною функцією якого є регулювання суто земельних відносин, за предметом регулювання відмінних від правових норм інших галузей права¹.

Не аналізуючи детально висловлену позицію, автором якої є відомий вчений, академік Академії правових наук України В. І. Семчик, все ж таки необхідно зауважити, що включення норм про купівлю-продаж, дарування, оренду землі до Земельного кодексу України не може змінити суто цивілістичної природи врегульованих ними суспільних відносин і зумовити їх монопольне включення до земельного права як галузі українського права. Власне, і В. І. Семчик змушений визнати комплексний характер вищезазначених норм ЗК України, хоча і зараховує врегульовані ними суспільні відносини виключно до предмета земельного права. Однак, як нам уявляється, не можна ігнорувати ідеологію та принципи побудови нового ЦК, який не виключає землю з числа об'єктів цивільних прав. Більше того, відповідно до статей 177, 181 ЦК земельні ділянки як нерухомі речі є об'єктами цивільних прав. Статті 173—378 ЦК України безпосередньо визначають правовий режим власності на землю (земельну ділянку), статті 395—417 ЦК визначають зміст речових прав на чуже майно, до якого належать і земельні ділянки. Нарешті, в ЦК прямо закріплюється можливість земельної ділянки бути предметом окремих видів договірних зобов'язань (статті 657, 718, 744, 792 тощо). Однак найвагоміший інструмент на користь цивілістичної природи договорів, предметом яких є земельні ділянки, закладений безпосередньо в ЗК України, глава 20 якого має назву «Придбання земельних ділянок на підставі цивільно-правових угод». Більше того, в ст. 131 ЗК України прямо передбачено, що укладення угод щодо земельних діля-

¹ Земельне право / За ред. В. І. Семчика і П. Ф. Кулиничка. — К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2001. — С. 17.

нок на підставі міни, дарування, успадкування та інших цивільно-правових угод здійснюється відповідно до Цивільного кодексу України з урахуванням вимог ЗК. Як нам вважається, не можна недооцінювати регулюючого впливу на такі угоди з земельними ділянками принципів земельного права. Якщо ж аналізувати ЦК, то можна встановити обмежену регулятивну дію його норм, які переважно стосуються форми і порядку укладення договорів щодо земельних ділянок. Натомість, зміст цих договорів визначається переважно нормами ЗК України. Тому нині логічніше вести мову про існування подвійної правової природи окремих суспільних відносин, до яких належить також певна частина земельних відносин, які є предметом регулювання як цивільного, так і земельного права.

У ЗК України безпосередньо джерелами договірного права є, зокрема, статті 127—133, які визначають порядок придбання земельних ділянок на підставі цивільно-правових угод, статті 134—138, які визначають порядок продажу земельних ділянок на конкурентних засадах.

Норми *Сімейного кодексу України* посідають особливе місце в системі джерел, що багато в чому зумовлене місцем ЦК і СК України в системі права України. В юридичній науці з цього питання сформувалося кілька точок зору. Ще за радянського періоду домінуючою стала концепція сімейного права як самостійної галузі права¹. Підґрунтям такої концепції слугували такі чинники, як обмежений склад суб'єктів сімейних правовідносин, малорозвинутість майнових відносин у сім'ї, панування державного регулювання сімейних відносин тощо. Як зазначав Є. М. Ворожейкін, у сімейному житті члени сім'ї повинні мати однакові права без індивідуального регулювання відносин між ними².

¹ *Белякова А. М., Ворожейкин Е. М.* Советское семейное право. — М., 1974. — С. 8—9; *Ершова Н. М.* Вопросы семьи в гражданском праве. — М., 1977. — С. 4—5; *Пергамент А. И., Паластина С. Я.* Развитие советского законодательства о браке и семье // Сов. государство и право. — 1975. — № 9. — С. 47; *Братусь С. Н.* Отрасль советского права: понятие, предмет, метод // Сов. государство и право. — 1979. — № 11. — С. 27; *Матвеев Г. К.* Советское семейное право: Учебник / Под ред. В. А. Рясенцева. — М., 1982. — С. 20—22.

² *Ворожейкин Е. М.* Семейные правоотношения в СССР. — М., 1972. — С. 97.

Представники другої концепції, сформованої також за радянського періоду, розглядали сімейне право як підгалузю цивільного права. Свою позицію автори обґрунтовували наявністю рівності учасників сімейних правовідносин, притаманністю їм ознак «горизонтальних», а не «вертикальних» відносин¹.

У сучасний період дискусії щодо місця сімейного права тривають, але вже дещо на іншому правовому фоні з огляду на здійснюване в Україні кардинальне реформування законодавства, у тому числі цивільного та сімейного законодавства. Ця проблема могла б бути вирішена новим ЦК України, адже в його Проекті у редакції 1996 р. містилася Книга шоста «Сімейне право». Однак, врешті-решт, 10 лютого 2002 р. Верховна Рада України в силу багатьох об'єктивних та суб'єктивних причин прийняла самостійний кодифікований акт у формі Сімейного кодексу України. Після прийняття нового СК України серед дослідників даної проблеми єдності не спостерігається. Одна частина авторів підтримує концепцію самостійності сімейного права², інша — концепцію підгалузі цивільного права³. Безумовно, прихильники і першої, і другої концепції наводять на користь своєї позиції вагомі аргументи. Однак, як на наш погляд, більш важливим є питання приналежності сімейного права до приватного чи до публічного. І тут необхідно погодитися з тими авторами, які сімейне право відносять до при-

¹ *Вильнянский С. И.* Лекции по советскому гражданскому праву. — Харьков, 1958. — Ч. 1. — С. 13—14; *Иоффе О. С.* Советское гражданское право. — Ленинград, 1965. — Ч. 1. — С. 177—178; Советское семейное право / Под ред. В. Ф. Маслова, А. А. Пушкина. — К., 1982. — С. 18—19.

² *Червоный Ю. С.* Понятие и особенности семейных правоотношений // Суспільство. Держава. Право. — Вип. 1. Цивільне право. — Одеса, 2002. — С. 21; Научно-практический комментарий Семейного кодекса Украины / Под ред. Ю. С. Червоного. — К., 2003. — С. 21; Сімейне право України: Підручник / За ред. В. С. Гопанчука. — К., 2002. — С. 13.

³ *Жилинкова И. В.* Правовой режим имущества членов семьи. — Харьков, 2000. — С. 80; *Шевченко Я. М.* Проблемы нового Семейного кодекса Украины // Проблемы законности: Наук. зб. — Харків, 2003. — Вип. 63. — С. 4; Сімейне право України / За ред. В. І. Борисової, І. В. Жилинкової. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — С. 15—16.

ватного права¹. Як влучно зазначив Ч. Н. Азімов, принципи приватного права є базою як цивільного права, так і інших «цивілістичних галузей»². Тому можна стверджувати, що сімейне право є відносно автономною галуззю права, що входить до «цивілістичної сім'ї», відносини в якій базуються на диспозитивності методу регулювання та рівності сторін.

Безспірним є також той факт, що чимало норм СК України є джерелом договірної права. Такими, насамперед, є глави 8 «Право спільної сумісної власності подружжя» та 10 «Шлюбний договір». Звичайно, особливе значення для договірної права мають норми, що регулюють шлюбний договір, цивільно-правова природа якого, як зазначалося в літературі, під сумнів не ставиться, і він розглядається як договір, який має цивільно-правову договірну структуру, але водночас — і низку особливостей³. Власне, ці особливості й зумовлюють зміст правових норм статей 92—103 СК України. Отже, норми цих статей є безпосередніми джерелами договірної права України.

Серед джерел договірної права важливе місце посідають численні спеціальні закони, які регулюють договірні відносини в тій чи іншій сфері суспільної діяльності. Такими є, зокрема, закони України: «Про приватизацію державного майна», «Про оренду державного та комунального майна», «Про фінансовий лізинг», «Про заставу», «Про цінні папери і фондову біржу», «Про державне регулювання ринку цінних паперів», «Про зовнішньоекономічну діяльність», «Про регулювання товарообмінних (бартерних) операцій у галузі зовнішньоекономічної діяльності», «Про операції з давальницькою сировиною у зовнішньоекономічних відносинах», «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг», «Про фінансово-

¹ Ромовська З. В. Сімейний кодекс України: Науково-практичний коментар. — К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. — С. 38; Научно-практический комментарий Семейного кодекса Украины / Под ред. Ю. С. Червоного. — К., 2003. — С. 21.

² О соотношении частного и гражданского права // Проблемы законности. — Харків: Національна юрид. академія України, 1995. — Вип. 30. — С. 90.

³ Жилинкова И. В. Брачный договор. — Харьков, 2005. — С. 40.

кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю». Усі перераховані та інші спеціальні закони тією чи іншою мірою регулюють договірні відносини і мають враховуватися при укладенні та виконанні відповідних договорів.

Важливе праворегулююче значення для договірних прав мають нормативно-правові акти, що приймаються указами Президента України, постановами Кабінету Міністрів України, інших органів державної влади, органів влади Автономної Республіки Крим у випадках і в межах, встановлених Конституцією України.

Надзвичайно багато таких нормативно-правових актів прийнято в сфері приватизації державного майна та перевезень вантажів, пасажирів, багажу, підпорядкованих компетенції зазначених вище державних органів.

Міжнародні договори – джерело договірних прав. В ст. 10 ЦК (ч. 1) закріплене загальне правило про те, що чинний міжнародний договір, який регулює цивільні відносини, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, є частиною національного цивільного законодавства України. Більше того, згідно з ч. 2 цієї статті, якщо у чинному міжнародному договорі України містяться інші правила від тих, що встановлені відповідним актом цивільного законодавства, застосовуються правила цього договору. Іншими словами, за таких обставин ЦК встановлює пріоритет дії міжнародного договору, що певною мірою відповідає вимогам законів України «Про дію міжнародних договорів на території України», «Про міжнародні договори України» та ст. 9 Конституції України. Значну питому вагу серед міжнародних договорів складають багатосторонні міжнародні договори — конвенції. Серед них особливим джерелом договірних прав є Конвенція ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 р., яка містить уніфіковані матеріально-правові норми договірних прав.

Колізійні норми та звичаї як джерело договірних прав. Існування цих норм обумовлено участю іноземного елемента у приватних відносинах, що спричинило зародження міжнародного приватного права, яке визначається в юридичній науці як система колізійних норм (внутрішніх і договірних) і уніфікованих матеріально-правових норм

держави, які регулюють приватноправові відносини, ускладнені іноземним елементом¹.

У багатьох європейських країнах (Австрія, Угорщина, Федеративна Республіка Німеччина, Швейцарія, Франція, Туреччина та ін.) прийняті спеціальні закони про міжнародне приватне право чи з іншою їх назвою. Видатна правова подія настала і в Україні, адже нещодавно — 23 червня 2005 р. — Верховна Рада України прийняла Закон «Про міжнародне приватне право»², норми якого закладалися спершу у проект нового ЦК України в редакції 1996 р. До речі, В. І. Кисіль обґрунтував переваги розміщення колізійних норм в окремому законі, а не в ЦК України³. У цьому Законі є розділ 6 «Колізійні норми зобов'язального права», в якому містяться статті (43—47), присвячені питанням вибору права за згодою сторін, права, що застосовується до договору за відсутності згоди сторін про вибір права, що застосовується до договору споживання, права, що застосовується до засновницького договору юридичної особи з іноземною участю, сферу дії права, що застосовуються до договору. Безумовно, норми зазначених статей є не лише джерелом міжнародного приватного права, а й джерелом інституту договірної права України.

Є й інші джерела міжнародного приватного права, багато з яких мають подвійну правову природу, оскільки в їх основі у багатьох випадках лежать звичаї, які відповідно до ст. 7 ЦК України можуть бути регулятором цивільних відносин, якщо вони не суперечать договору або актам цивільного законодавства. Одним із найпоширеніших міжнародних торговельних звичаїв ділового обороту є Правила ІНКОТЕРМС, розроблені Міжнародною торговельною палатою у Парижі у редакції 2000 р. (ICC). В Україні обов'язковість застосування Правил ІНКОТЕРМС при укладенні зовнішньоекономічних та внутрішніх договорів була запроваджена Указом Президента України «Про застосування міжнародних правил інтерпретації комерційних термінів»

¹ Международное частное право: Учебник / Под ред. Г. К. Дмитриевой. — М., 2001. — С. 38.

² Урядовий кур'єр. — Орієнтир. — 2005. — 31 серпня 2005. — № 163.

³ Кисіль В. І. Міжнародне приватне право. Питання кодифікації. — К.: Україна, 2000. — С. 124.

від 4 квітня 1994 р. Якщо за загальним правилом ч. 1 ст. 7 ЦК звичаєм є правило поведінки, яке не встановлене актами цивільного законодавства, але є усталеним у певній сфері цивільних відносин і може бути зафіксованим у відповідному документі, то, як зазначалося в літературі, звичай ділового обороту є також усталеним правилом поведінки, яке широко застосовується у певній сфері підприємницької діяльності, зокрема, в торгівлі, розрахункових операціях, торговельному мореплаванні тощо¹.

У новому ЦК України дія звичаїв ділового обороту безпосередньо передбачається в окремих статтях (526, 527, 529, 531, 538 тощо). Наприклад, згідно зі ст. 527 ЦК боржник зобов'язаний виконати свій обов'язок, а кредитор — прийняти виконання особисто, якщо інше не встановлено договором або законом, не впливає із суті зобов'язання чи звичаїв ділового обороту.

До такого роду актів необхідно віднести Уніфіковані правила по інкасо; Уніфіковані правила по договірних гарантіях тощо².

У цивілістичній літературі останнім часом чимало авторів серед звичаїв прагнуть виділяти ділові узвичаєння («деловые обыкновения» — рос.). Однак питання ділового узвичаєння, на відміну від звичаю ділового обороту поки що не знайшло однозначного вирішення. Так, на думку І. Б. Новицького, ділове узвичаєння уявляє собою не норму права, а особливий засіб заповнення змісту волі сторін у конкретному правовідношенні, якщо така воля у відповідній частині не була виражена прямо³. І. С. Зикін пропонує розмежовувати поняття «правовий звичай», «узвичаєння», оскільки перше має ознаки юридичної норми загального регулювання, а узвичаєння не є нормою права, але воно вважається таким, що входить до складу волевиявлення сторін за угодою у випадку відповідності їх намірам⁴.

¹ Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — Т. 1. — С. 23—24.

² Див.: *Международное частное право*. — Харьков: Консум, 1998. — С. 39—95.

³ *Новицкий И. Б. Источники советского гражданского права*. — М.: Госюриздат, 1959. — С. 67.

⁴ *Зыкин И. С. Договор во внешнеэкономической деятельности*. — М.: Международные отношения, 1983. — С. 10—50.

На думку М. Д. Єгорова, діловими узвичаєннями є установлені в цивільному обороті правила поведінки¹. М. І. Брагинський вважає, що особливість ділового узвичаєння порівняно зі звичаєм виявляється в правовому значенні волі сторін, відтак узвичаєння включають в себе як загальні правила, так і ті, які стали звичайними в практиці контрагентів². Позицію цих авторів важко узгодити з положеннями ЦК РФ, у ст. 5 якого дається поняття «обычая делового оборота», а не «делового обыкновения» (російською мовою).

Оцінюючи наведені думки можна дійти висновку, що в російській цивілістиці не завжди розмежовуються звичаї ділового обороту та ділових узвичаєнь. Власне і новий ЦК України виділяє лише звичаї ділового обороту, а не ділових узвичаєнь. Тому, вочевидь, і в українській юридичній науці ділові узвичаєння вживаються у значенні, тотожному поняттю «звичай ділового обороту». З такою позицією можна погодитись, але не можна водночас категорично заперечувати можливість поділу звичаїв на окремі їх різновиди, залежно від сфери суспільних відносин, в яких вони формуються.

Договір як джерело договірного права. Нині практично неможливо віднайти дослідника, який би заперечував за договором роль регулятора відносин між договірними сторонами. На думку А. С. Довгерта, договір є основним регулятором цивільних відносин³. Може йтися лише про ступінь впливу договірних механізмів на відносини договірних контрагентів та їх співвідношення з нормативно-правовими регуляторами. Відповідь на друге питання безпосередньо міститься в ст. 6 ЦК, в якій, по-перше, визнається регулятивна роль договору, а по-друге, визначено межі впливу договірних регуляторів на відносини контрагентів, які полягають у тому, що сторони в договорі не можуть відступати від положень актів цивільного законодавства, якщо в них про це прямо зазначено або коли обов'язковість цих положень випливає з їх суті або з суті відносин між сторонами.

¹ Гражданское право: Учебник. — М.: СПб., 1996. — Ч. 1. — С. 33.

² Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Общие положения. — М.: Статут, 1997. — С. 60.

³ Див.: Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар. — К.: Істина, 2004. — С. 12—13.

Що ж стосується регулятивної ролі договору, то вона визначається ступенем договірної урегульованості відносин сторін, порівняно зі ступенем їх нормативної урегульованості. Тобто вона може бути *домінуючою*, якщо зміст договору визначений переважно його умовами, або *мінімальною*, якщо сторони обмежилися лише визначенням параметрів істотних умов із застереженням про врегулювання усіх інших відносин чинним законодавством України.

Типовий договір як джерело договірного права. Новий ЦК України безпосередньо визнав правочинність типових умов договору (ст. 630). Однак зроблено це дещо неоднозначно. Так, згідно зі ст. 630 ЦК договором може бути встановлено, що його окремі умови визначаються відповідно до типових умов договорів певного виду, оприлюднених у встановленому порядку. Якщо такого посилання на типові умови у договорі не буде міститися, то такі умови можуть застосовуватися лише як звичаї ділового обороту, якщо вони відповідають вимогам ст. 7 ЦК, у якій визначається поняття звичаю ділового обороту та порядок його застосування.

Прогалиною змісту ст. 630 ЦК, насамперед, є те, що в ній не розкривається зміст поняття «оприлюднення» типових умов договору. Вочевидь, у даному разі під оприлюдненням типових умов договору має розумітися таке їх доведення до відома суб'єктів цивільного права, на яке не поширюється встановлений, зокрема, Указом Президента України від 10 червня 1997 р. (з наступними змінами та доповненнями) порядок офіційного оприлюднення нормативно-правових актів. Якщо ж типові умови договору закріплені у відповідному нормативно-правовому акті, то звісно, що вони набувають ознак правової норми, яка буде нормативним джерелом договірного права, незалежно від договірного застереження про дію типових умов. Зрозуміло, що договір має укладатися обов'язково з урахуванням типових умов, якщо така обов'язковість передбачена нормативно-правовим актом, яким затверджено такі умови. Оскільки ж чинна редакція ст. 630 ЦК є такою, що не дозволяє поширювати її дію на нормативно затверджені типові правила, бажано було б доповнити її частиною третьою, в якій передбачити порядок дії нормативно затверджуваних типових умов договору.

Показовим прикладом нормативно-затверджених типових умов договору може слугувати постанова КМ України від 1 серпня 2005 р., якою затверджені Загальні умови укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві¹. В Загальних умовах визначено, зокрема, низку істотних умов договору підряду (близько 20). При цьому в п. 2 зазначається, що Загальні умови є обов'язковими для врахування під час укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві, незалежно від джерел фінансування, а також форми власності замовника та підрядника.

Типові умови договору можуть формалізуватися у різних правових документах (у типових або взірцевих договорах, типових умовах чи правилах). Так, наказами Фонду державного майна України від 21 серпня 1997 р. № 910 та № 911 затверджені Типовий договір купівлі-продажу пакета акцій відкритого акціонерного товариства, створеного у процесі корпоратизації, за комерційним конкурсом та Типовий договір купівлі-продажу пакета акцій відкритого акціонерного товариства, створеного у процесі приватизації, за некомерційним конкурсом, наказом Фонду державного майна України від 23 серпня 2000 р. № 1774 — Типовий договір оренди цілісного майнового комплексу державного підприємства (статутного підрозділу підприємства)².

Постановою КМУ і Національного банку України від 21 червня 1995 р. № 444 затверджені «Типові платіжні умови зовнішньоекономічних договорів (контрактів) і типові форми захисних застережень до зовнішньоекономічних договорів (контрактів), які передбачають розрахунки в іноземній валюті», наказом Міністерства економіки та з питань європейської інтеграції України (нині — Міністерство економіки) від 6 вересня 2001 р. № 201 затверджено «Положення про форму зовнішньоекономічних договорів (контрактів). В усіх перерахованих актах закріплені типові договірні умови, які, як правило, мають обов'язковий характер для сторін. Однак не завжди в нормативних актах,

¹ Урядовий кур'єр. — Орієнтир. — 2005. — 31 серпня. — № 163.

² Орендні відносини в Україні: 36. нормат. актів. — К.: Юрінком Інтер, 2001. — С. 204.

якими затверджуються типові договори, визначається дія закріплених у них умов. Так, у п. 10 постанови КМ України від 11 липня 2002 р. № 1000, якою затверджено Типовий договір обов'язкового страхування врожаю сільськогосподарських культур і багаторічних насаджень..., лише зазначено, що договір обов'язкового страхування укладається за формою згідно з Типовим договором¹. З такої норми важко дійти висновку про обов'язковість умов такого типового договору. Імовірно, вони є *диспозитивними*.

Органами державної влади можуть затверджуватися також примірні чи зразкові (взірцеві) договори, типові умови яких можуть не мати обов'язковості для сторін при укладанні договору. Однак таких договорів приймається небагато. Наприклад, наказом Міністерства України у справах науки і технологій (нині таке міністерство ліквідоване й створене Міністерство науки та освіти) 3 березня 1998 р. № 59 було затверджено Примірний договір фінансового лізингу та Примірний інноваційний договір, в якому відсутні імперативні положення, а його умови мають рекомендаційний характер.

За усталеною практикою примірні, зразкові (взірцеві) договори носять рекомендаційний характер, а відтак не повинні вважатися джерелом права. Проте якщо сторони в договорі зробили застереження про прийняття умов, сформульованих у примірному чи зразковому договорі, то вони мають для них обов'язковий характер. Необхідно також враховувати, що навіть у таких за назвою договорах можуть міститися обов'язкові для сторін умови. Так, у зразковому договорі застави, затвердженому Положенням про порядок надання Фондом державного майна України дозволу на заставу державного майна, затвердженого наказом Фонду державного майна України від 4 червня 1996 р. № 618, містилося спеціальне застереження про те, що даний Договір є рекомендованим, а в частині пунктів 1.1—1.4, 2, 3.2, 4, 5.5, 6.2, 8, 11—11.5, 12 є обов'язковим для отримання погодження Договору застави Фондом державного майна України (його регіональних відділень)². Це означає, що правову природу

¹ Бюлетень законодавства і юридичної практики України. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — № 10. — С. 185—205.

² Див.: Збірник типових договорів / Автори-упорядники М. І. Гейко, М. М. Лядецький. — К.: А.С.К., 2000. — С. 464.

типових, примірних чи зразкових умов, їх чинність необхідно визначати не за назвою затвердженого їх акта, а за його змістом та застереженням про його чинність щодо тих чи інших відносин. У зв'язку з цим необхідно зробити висновок про те, що якщо уповноваженим органом, який затвердив типовий, примірний чи зразковий договір не застережено щодо обов'язкового чи рекомендаційного характеру дії їх умов, то має діяти презумпція необов'язковості умов цих договорів для сторін, що укладають відповідний договір.

Типові умови договору можуть міститися в правилах, положеннях, типових чи зразкових договорах, розроблюваних і затверджуваних юридичними особами, зокрема банківськими та іншими фінансовими установами з метою поліпшення обслуговування населення та спрощення оформлення договорів. Так, відповідно до пункту 2.1.4 Положення про порядок надання фінансових послуг ломбардами, затвердженого розпорядженням Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг України від 26 квітня 2005 р. № 3981, ломбарди повинні мати внутрішні правила або положення, що регламентують надання ломбардом фінансових та супутніх послуг.

Подібна ситуація складається і в деяких інших сферах діяльності, зокрема страхової. Так, відповідно до ст. 5 Закону України «Про страхування» загальні умови і порядок проведення добровільного страхування визначаються правилами страхування, що встановлюються страховиком самостійно. Договір страхування, факт його укладення може посвідчуватися страховим свідоцтвом (страховим полісом, сертифікатом), він може бути укладений і в інших формах, передбачених цивільним та страховим законодавством (статті 15, 17 Закону України «Про страхування»). У зв'язку з цим може виникнути питання про співвідношення правил страхування і договору страхування. Відповідь на це питання прагнув дати Вищий арбітражний (нині — господарський) суд України в своїх Роз'ясненнях «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з укладанням та виконанням кредитних договорів» від 6 жовтня 1994 р. № 02-5/706 (зі змінами від 30 березня 1995 р., 14 травня і 18 листопада 1997 р.)¹. У п. 6.3

¹ Збірник роз'яснень Вищого господарського суду України. — К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. — С. 61.

цих Роз'яснень, зокрема, записано: якщо між страховиком і страхувальником укладений договір страхування, то подальше посилення останнього на те, що він не був ознайомлений з цими правилами, зазвичай, не повинно братися до уваги. Такі висновки ВАС України є певною мірою неоднозначними. Можна припустити, що вони стосуються тих випадків, коли в договорі добровільного страхування не відтворені типові умови, закладені в правилах страхування. Тобто за таких обставин суд при вирішенні спору між сторонами буде керуватися не лише умовами договору, а й умовами, закладеними в правилах страхування, про що ВАС України, на жаль, не дав роз'яснень.

Особливу регулятивну роль відіграють Правила біржової торгівлі, затверджені зборами членів біржі або уповноваженим органом відповідно до вимог ст. 17 Закону України «Про товарну біржу» та Правила фондової біржі, затверджені зборами акціонерів біржі відповідно до вимог ст. 34 Закону України «Про цінні папери і фондову біржу». Цими правилами можуть встановлюватися також певні умови при укладенні біржових угод. На думку В. С. Щербини, Правила фондової біржі є локальним нормативним актом, що регламентує її діяльність, пов'язану з торгівлею цінними паперами¹. Така думка є не безспірною, адже зазначені Правила не відповідають ознакам, притаманним нормативним актам. Як на наш погляд, Правила біржової торгівлі, Правила фондової біржі та інші подібні документи є локальними правовими актами, які водночас є джерелом договірного права, але не є нормативними актами.

В юридичній літературі висловлювалася думка про те, що типовий договір є особливим нормативним актом, обов'язковим для сторін договору, а примірний договір не є нормативним актом, оскільки його положення є рекомендаційними². Однак така думка є дещо спрощеною. В типо-

¹ Щербина В. С. Господарське право. — К.: Атіка, 1999. — С. 251; Щербина В. С. Господарське право. — К.: Юрінком Інтер, 2002. — С. 339.

² Див.: Вердников В. Г., Кабалкин А. Ю. Гражданско-правовые формы товарно-денежных отношений. — М.: Юридическая литература, 1970. — С. 73; Верб С. А. Типовые и примерные договоры как средство правового регулирования общественных отношений // Договорная дисциплина в советском гражданском праве. — Свердловск, 1985. — С. 146—147.

вому договорі можуть міститися як обов'язкові, так і диспозитивні рекомендаційні положення, що саме по собі не позбавляє типовий договір ознак нормативності, якщо він затверджений компетентним органом та зареєстрований як нормативний акт.

Ближчою до істини є позиція В. Г. Олюхи, який вважає, що типові та примірні договори, затверджені відповідними центральними органами виконавчої влади, є нормативно-правовими актами з особливим способом викладення правових норм (умов договору): імперативні в типових, диспозитивні в примірних договорах, оскільки вони поширюють свою дію на невизначене коло осіб на території всієї держави¹. Водночас автор не врахував те, що нормативно-правові акти можуть приймати не лише органи центральної виконавчої влади, а також Президент України, Національний банк України, Фонд державного майна України та інші уповноважені органи. Крім того, необхідно враховувати, що з 1 січня 1993 р. має здійснюватися обов'язкова державна реєстрація нормативно-правових актів, що видають органи державної виконавчої влади, органи господарського управління та контролю (які стосуються прав, свобод і законних інтересів громадян або мають міжвідомчий характер), Міністерство юстиції України відповідно до Указу Президента України «Про державну реєстрацію нормативно-правових актів міністерств та інших органів виконавчої влади».

Нині спостерігається тенденція до розширення кола типових договорів, затверджуваних нормативно-правовими актами, їх вже нараховується кілька десятків. І тут необхідно дати певні застереження. По-перше, положення цих договорів не повинні суперечити ЦК України та іншим законам України. По-друге, затверджувані нормативними актами типові договори, що мають імперативні приписи, можуть поширюватися лише на ті договори, які є публічними, оскільки в протилежному випадку імперативні приписи будуть вступати в суперечність із принципом свободи договору (ст. 3 ЦК України). Типовий договір, затверджений з порушенням цих вимог, має вважатися таким, що

¹ Олюха В. Г. Цивільно-правовий договір: поняття, функції та система: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2003. — С. 4.

суперечить законам України, а відтак не підлягає застосуванню і може бути скасованим відповідно до ст. 21 ЦК України.

Судова практика як джерело договірною права.

Чинне законодавство України не визнає судову практику джерелом права. За ст. 55 Закону України «Про судоустрій України» від 7 лютого 2002 р.¹ Пленум Верховного Суду України дає роз'яснення судам загальної юрисдикції з питань застосування законодавства, у разі необхідності визнає нечинними відповідні роз'яснення вищих спеціалізованих судів (зокрема, Вищого господарського суду України, Вищого адміністративного суду України). Крім того, згідно зі ст. 44 цього ж Закону пленум вищого спеціалізованого суду має право надавати роз'яснення з питань застосування спеціалізованими судами законодавства при вирішенні справ відповідної судової юрисдикції. Аналізуючи наведені норми, можна дійти однозначного висновку, що роз'яснення Пленуму Верховного Суду України, пленумів вищих спеціалізованих судів України не є обов'язковими для застосування при розгляді справ відповідними нижчестоящими судами.

Між тим, був період, коли роз'яснення Пленуму Верховного Суду України (в радянський період — Верховного Суду СРСР), Вищого арбітражного суду України (нині — Вищого господарського суду України) мали певну юридичну силу.

Так, п. 9 Положення про Верховний Суд СРСР² Пленуму Верховного Суду СРСР було надано право давати керівні роз'яснення судовим органам із питань судових справ. З цього приводу О. С. Іоффе зазначив, що Верховний Суд СРСР як вищий орган радянської системи вправі видавати обов'язкові для цієї системи та інших осіб, які вступають у відносини з нею, нормативні акти у вигляді постанов Пленуму Верховного Суду СРСР, що мають обов'язкову силу, а відтак вони є джерелом радянського права³.

Згодом Закон України «Про судоустрій України» від 5 червня 1981 р. (ст. 40) встановив обов'язковість керівних роз'яс-

¹ Юридичний вісник України. — 2002. — № 13.

² Ведомости Верховного Совета СССР. — 1957. — № 4. — Ст. 85.

³ *Иоффе О. С.* Советское гражданское право. — М.: Юрид. лит., 1967. — С. 54—55.

нень Верховного Суду України з питань застосування законодавства для судів, інших органів і посадових осіб, що застосовують нормативний акт, з якого було дано роз'яснення. Відповідно до ст. 12 Закону України «Про арбітражний суд» від 4 червня 1991 р. також було закріплено обов'язковість роз'яснень Вищого арбітражного суду України для судів та учасників господарських відносин¹.

Отже, нормотворча практика вирішення цієї проблеми є мінливою. У юридичній науці це питання не знайшло однозначного вирішення. Так, Є. О. Харитонов та Н. О. Саніахметова, базуючись на положеннях Закону України «Про судоустрій України» 1981 р. та Закону України «Про арбітражний суд» 1991 р., визнають роз'яснення вищих судів джерелом цивільного права. Така сама позиція висловлювалася й іншими авторами. Однак, на думку О. В. Дзери, такі роз'яснення вищих спеціалізованих судових органів є більше підстав розглядати лише як форми тлумачення чинного законодавства, що застосовується судами². Тобто автор у даному разі ухилився від визнання роз'яснень вищих судових органів джерелом права. Як на наш погляд, не можна недооцінювати вплив керівних роз'яснень вищих судових органів як на формування загалом судової практики, так і на вирішення конкретних справ без посилання судів у своїх рішеннях на відповідні роз'яснення Пленуму Верховного Суду України чи вищого спеціалізованого суду, багато яких стосується саме норм договірної права³. Якщо ЦК України визнав джерелом права звичаї, то не визнавати джерелом права роз'яснення Пленуму Верховного Суду України нелогічно і юридично некоректно. Більше того, як на нашу думку, контрагенти відповідного договору не позбавлені права передбачити у договорі застереження про ви-

¹ Відомості Верховної Ради України. — 1991. — № 36. — Ст. 469 (закон втратив чинність з 1 червня 2002 р. у зв'язку з введенням у дію ЗУ «Про судоустрій України»).

² Цивільне право України / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — Кн. 1. — С. 39—40.

³ Див. наприклад: Постанови Пленуму Верховного Суду України в цивільних справах // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. — 1999. — № 5. — С. 29, 46, 101, 193; Збірник роз'яснень Вищого господарського суду України. — К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. — С. 21, 48, 56, 64, 71, 71 та ін.

рішення між ними спорів з урахуванням відповідного роз'яснення Верховного Суду України чи вищого спеціалізованого суду. Варто було б також передбачити в процесуальному законодавстві правило про те, що у разі винесення судом рішення без урахування таких роз'яснень це має бути аргументовано у судовому рішенні.

Статути юридичних осіб також можуть бути джерелом договірних прав, але лише в тій їх частині, в якій визначаються повноваження їх органів щодо укладення договорів. Більше того, органами державної виконавчої влади можуть затверджуватися типові статути, що мають ознаки нормативного акта. Так, постановою Кабінету Міністрів України від 16 червня 1998 р. затверджено Типовий статут казенного підприємства, в якому містяться норми про договірні повноваження підприємства щодо відчуження належного йому майна на праві оперативного управління.

Розділ II

ПРИНЦИПИ ДОГОВІРНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

2.1. Система принципів договірної права за новим цивільним законодавством України

Прийняття та введення в дію з 1 січня 2004 р. нового Цивільного кодексу України зумовлює необхідність активізації наукових досліджень загальноправових проблем договірної права, яким нині надається скромна увага, оскільки науковці зосереджували свою увагу переважно на аналізі питань правового регулювання конкретних видів договорів. Серед таких загально-правових проблем надзвичайно велике місце займає виявлення та аналіз принципів, притаманних договірному праву.

Принципи договірної права були малодослідженими за радянського періоду. Перевага тут надавалася аналізу принципів цивільного права безвідносно окремих правових інститутів. Зрозуміло, що за радянського періоду принципи цивільного права аналізувалися з позицій соціалістичної ідеології. Тому до принципів радянського цивільного права, зокрема, відносили: а) посилену охорону соціалістичної власності й соціалістичної системи господарства; б) забезпечення матеріальної зацікавленості дотримання господарського розрахунку; в) забезпечення планової дисципліни; г) поєднання особистих інтересів із суспільними; д) реальну рівноправність гро-

мадян¹. В іншому випадку такими принципами вважалися: а) принцип поєднання державного планового управління розвитку народного господарства з госпрозрахунковими інтересами підприємств; б) принцип переважного захисту права державної власності; в) принцип рівності суб'єктів цивільного права; г) принцип свободи у здійсненні цивільних прав відповідно до їх соціального призначення і добросовісність виконання цивільних обов'язків².

В юридичній доктрині називалися й інші модифікації зазначених принципів, але всі вони не мали між собою істотних розбіжностей і підпорядковувалися загальним принципам радянського соціалістичного права (принцип пролетарського інтернаціоналізму, демократичного інтернаціоналізму, соціалістичної законності тощо)³. Саме таким загальним принципам соціалістичного права мали підпорядковуватися галузеві принципи. В силу багатьох причин цивілістична наука не сформулювала чіткої цілісної концепції системи цивільно-правових принципів, що, власне, визнавалося юристами того періоду⁴. Однак заради справедливості необхідно зазначити, що і в Україні за роки незалежності не була сформульована цілісна і чітка система принципів українського цивільного права. Невирішеною ця проблема залишається і після прийняття нового ЦК України, незважаючи на те, що його норми дають вагомі правові підстави для наукової побудови системи принципів цивільного права, а зрештою — принципів договірної права. Певною мірою правовий вакуум може заповнити монографічне дослідження Т. В. Боднар, в якому знайшли глибоке відображення принципи, які діють на стадії виконання договірних зобов'язань⁵.

¹ Советское гражданское право / Под ред. В. В. Рясенцева. — М.: Юрид. лит., 1975. — Т. 1. — С. 21.

² Советское гражданское право / Под ред. О. А. Красавчикова. — М.: Юрид. лит., 1968. — Т. 1. — С. 24—25.

³ Див.: Алексеев С. С. Об общих принципах советского социалистического права: Курс лекций. — Свердловск, 1963. — С. 150.

⁴ Братусь С. Н. Предмет и система советского гражданского права. — М.: Юрид. лит., 1963. — С. 134; Иоффе О. С. Советское гражданское право: Курс лекций. — Ленинград, 1958. — Т. 1. — С. 16—17.

⁵ Боднар Т. В. Виконання договірних зобов'язань у цивільному праві. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — 272 с.

Найповніше в юридичній літературі сучасного періоду принципи договірної права дослідив О. О. Мережко в своїй монографії «Договор в частном праве»¹. Він дав своє бачення принципів свободи договору, справедливості, добросовісності, розумності, обов'язковості виконання договору, довіри, незловживання правом, співробітництва, рівноправності сторін. В основу розуміння змісту цих принципів автор поклав переважно ідеологію тлумачення принципів науковцями розвинутих зарубіжних країн, законодавство цих країн (Англії, Франції, Нідерландів, Німеччини, США та ін.) та міжнародно-правові акти (зокрема, принципи УНІДРУА). Однак висновки автора не пов'язані достатньою мірою з нормами нового ЦК України, що власне зрозуміло, адже монографічна праця опублікована у 2003 році, тобто в рік прийняття Верховною Радою України нового ЦК України.

Відправною підставою для побудови системи принципів, насамперед, є положення ст. 3 ЦК, в якій безпосередньо визначені загальні засади цивільного законодавства: 1) неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини; 2) неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, встановлених Конституцією України та законом; 3) свобода договору; 4) свобода підприємницької діяльності, яка не заборонена законом; 5) судовий захист цивільного права та інтересу; 6) справедливість, добросовісність та розумність, які можуть розглядатися водночас і як принципи. Доречно зазначити, що деякі з перерахованих принципів були закріплені ще до прийняття нового ЦК в окремих законодавчих актах початкового періоду ринкових реформ, наприклад, у законах України «Про власність», «Про підприємництво» (втратив чинність), і що найважливіше — в Конституції України 1996 року (статті 41, 42).

Перераховані в ст. 3 ЦК правові засади-принципи були підтримані в юридичній літературі й водночас доповнені новими принципами цивільного права, оскільки в зазначеній статті не міститься їх вичерпного переліку. Так, В. І. Борисова доповнює законодавчо визначені принципи цивільного права принципом юридичної рівності, вільного во-

¹ Мережко А. А. Договор в частном праве. — К.: Юстиціан, 2003. — С. 52—93.

левиявлення, майнової самостійності учасників цивільних відносин¹. Я. М. Шевченко принципом цивільного права пропонує вважати принцип юридичної рівності суб'єктів цивільного правовідношення перед законом, що міститься у ст. 1 ЦК України². Не торкаючись питання обґрунтованості таких пропозицій, необхідно визнати цілком правильним сам підхід до розширення переліку цивільно-правових принципів. Інша справа, що вищеназвані додаткові принципи, як на наш погляд, автори певною мірою ототожнюють з методом цивільно-правового регулювання. Якщо ближче до предмета нашого дослідження, цілком логічним є питання про те, які загальні принципи діють у договірному праві, а також які принципи є специфічними лише для договірного права. Для того щоб дати правильну відповідь на поставлене питання, важливо визначити зміст поняття «принципи права». Між тим, у юридичній доктрині поняття принципів права не спостерігається єдності у його розумінні. По-перше, переважна частина цивілістів не розглядають принципи як такі, що поряд із предметом та методом правового регулювання є чинниками, що їх кладуть в основу поділу права на галузі.

Водночас, ще за радянського періоду відомий радянський юрист В. Ф. Яковлев відзначив важливу роль принципів у формуванні галузей права³. Фактично, цю позицію підтримали й інші автори (Н. С. Кузнєцова, В. І. Борисова)⁴.

Щоб виявити всю систему принципів цивільного права, у тому числі договірного права, необхідно враховувати зміст самого поняття правового принципу. В загальній теорії права принципи визначаються як основні керівні засади (основні ідеї), які знаходять своє закріплення в нормах відпо-

¹ Цивільне право України: Підручник: У 2 т. / За заг. ред. В. І. Борисової та ін. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — Т. 1. — С. 21.

² Цивільне право України: Підручник: У 2 т. / За заг. ред. Я. М. Шевченко. — К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2004. — Т. 1. — С. 15.

³ Яковлев В. Ф. К проблеме гражданско-правового метода регулирования общественных отношений // Антология уральской цивилистики, 1925—1989. — М.: Статут, 2001. — С. 367.

⁴ Кузнєцова Н. С. Основні завдання Книги першої проекту Цивільного кодексу України / Кодифікація приватного (цивільного) права України. — К.: Український центр правничих студій, — 2000. — С. 123.

відної галузі права, які направляють розвиток і функціонування усїєї правової системи¹. В Україні перше комплексне наукове дослідження принципів права здійснив А. М. Колодій. На його думку, принципи права — це такі відправні ідеї існування права, які виражають найважливіші закономірності й підвалини даного типу держави і права, є однопорядковими із сутністю права і становлять його головні риси, відрізняються універсальністю, вищою імперативністю і загальною значимістю, відповідають об'єктивній необхідності побудови і зміцнення суспільного ладу². Це складне і надмірно теоретизоване визначення принципів права фактично зводиться до визнання за ними ролі універсального механізму гармонізації праворегулюючих та охоронних норм, або робочого механізму, як вірно зазначила Н. С. Кузнецова, за допомогою яких визначаються межі можливої та належної поведінки учасників цивільно-правових відносин³.

Таким чином, щоб відбулося забезпечення єдності й одноманітності у регулюванні відповідної категорії суспільних відносин, необхідне закріплення у правових нормах концентрованих правових ідей, притаманних відповідній правовій системі та її складовим частинам. При цьому, незважаючи на великі розбіжності у визначенні конкретних принципів права, важливо констатувати наявність у науковців певної єдності у визначенні системи принципів права, яку складають загально-правові, галузеві принципи, підгалузеві принципи, інституційні та міжінституційні принципи⁴.

Отже, якщо розглядати договірне право як інститут цивільного права і зобов'язального права як підгалузю, то з усїєю очевидністю постає необхідність виявлення прин-

¹ Алексеев С. С. Общая теория права. — М., 1982. — Т. 2. — С. 16.

² Колодій А. М. Принципи права України. — К.: Юрінком Інтер, 1998. — С. 27.

³ Кузнецова Н. С. Основні завдання Книги першої проекту Цивільного кодексу України / Кодифікація приватного (цивільного) права України. — К.: Український центр правничих студій, — 2000. — С. 123.

⁴ Див.: Кузнецова Н. Принципи сучасного зобов'язального права України / Українське право. — 2003. — № 4. — С. 9—15.

ципів договірною права. Норми договірною права, які становлять основу всього зобов'язального права (з усіх 707 статей книги 5 «Зобов'язальне право» 519 статей присвячені безпосередньо договорам), безумовно побудовані з урахуванням загальних принципів цивільного права. Водночас у них можна виявити дію спеціальних принципів.

Вперше в українській цивілістичній науці було ґрунтовно досліджено принципи зобов'язального права професором Н. С. Кузнецовою¹. На її думку, до принципів, закріплених у ст. 3 ЦК, які мають першочергове значення для зобов'язального права, належать: свобода договору; свобода підприємницької діяльності, не забороненої законом; судовий захист цивільного права та інтересу; справедливість, добросовісність та розумність. Тобто автор виключила з числа таких принципів лише принцип неприпустимості свавільного втручання у сферу особистого життя людини, але, як нам вважається, не тому, що в зобов'язальному праві він не може бути застосований, а тому, що його дія тут є мінімальною і виявляється в обмеженому форматі. Таку позицію підтримала також Т. В. Боднар. Однак надалі автор із невідомих міркувань у відносинах виконання договірних зобов'язань виділила лише принципи добросовісності, розумності й справедливості². Значення цих нових для української цивілістики принципів дійсно непересічне, на відміну від правових систем багатьох інших країн (наприклад, Німеччини, Нідерландів). Введення їх до ЦК деякі автори розглядають як передумову до створення в Україні судового прецеденту, а їх абстрактність позбавляє наявність у них ознак нормативно-правового акта³. Така пересторога є небезпідставною, адже, як зазначається в літературі, за відсутності нормативно-правового або договірною регулювання зазначені принципи виконують функцію регулятора

¹ Див.: Кузнецова Н. Принципи сучасного зобов'язального права України / Українське право. — 2003. — № 4. — С. 9—15.

² Боднар Т. В. Виконання договірних зобов'язань у цивільному праві. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — С. 110—122.

³ Паліюк В. П. Щодо справедливості, добросовісності та розумності в чинному законодавстві України // Вісник Хмельницького ін-ту регіонального управління та права. Науковий часопис. — 2002. — № 2. — С. 45.

прав і обов'язків сторін зобов'язання¹. Отже, поряд з іншими зазначеними в ст. 3 ЦК засадами є усі підстави вважати загальногалузеві принципи добросовісності, розумності й справедливості такими, що найповніше виявляють свою дію в договірному праві. ЦК України не містить чітких критеріїв визначення змісту кожного з цих понять, встановлюючи у тих чи інших випадках певні загальні орієнтири їх розуміння. З огляду на сказане, заслуговує на увагу позиція А. С. Довгерта як одного з розробників ЦК України. Принцип добросовісності, вважає він, є внутрішнім критерієм, тоді як справедливість та розумність — зовнішнім або об'єктивним. Відповідно, справедливість — це застосування моральних вимог як вимог правових до актів цивільного законодавства, це поняття про належне, яке відповідає розумінню сутності людини та її поглядів. Однак зрештою автор визнає, що визначити законодавчо поняття справедливості неможливо².

Крім того, Н. С. Кузнецова виділила також спеціальні принципи, притаманні, насамперед, зобов'язальному праву, а саме: принцип диспозитивності, принцип належного і реального виконання. Однак зазначені принципи не є абсолютно новими і давно відомі цивілістичній науці. Інша справа, що нині вони одержали у новому ЦК України новий зміст. Так, цивільне законодавство, встановлюючи певні моделі правового регулювання цивільних відносин, водночас надає їх суб'єктам право самостійно визначити правила своїх взаємовідносин, за винятком випадків, встановлених імперативними нормами. Зрозуміло, що перераховані принципи повною мірою виявляють свою дію в механізмі правового регулювання договірних відносин, які є частиною предмета зобов'язального права.

Постає закономірне питання про можливість існування інших інституційних принципів у договірному праві. Комплексний аналіз норм ЦК України, які регулюють договірні відносини, дає підстави для ствердної відповіді на це питання.

¹ Боднар Т. В. Зазнач. праця. — С. 121—122.

² Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар. — К.: Істина, 2004. — С. 13.

Так, на наш погляд, можна виділити принцип *моральності*, який має полягати у тому, що договір та його умови не повинні бути спрямовані на досягнення цілей, що суперечать моральним засадам суспільства. Власне, це впливає зі змісту ст. 203 ЦК України, в ч. 1 якої прямо записано, що зміст правочину не може суперечити цьому Кодексу, іншим актам цивільного законодавства, а також моральним засадам суспільства. Оскільки ж договір є одним із видів правочинів, то і зміст договору не повинен суперечити моральним засадам суспільства. Звісно, що такі випадки в практиці можуть бути надзвичайно рідкісними, але виключати їх не можна. Наприклад, можуть бути визнані недійсними договори, що містять умови, які суперечать вимогам Закону України «Про захист суспільної моралі». Звичайно, в судовій практиці найскладнішою проблемою буде встановлення ступеня «неморальності» договору, оскільки оцінка цього поняття багато в чому буде носити суб'єктивний характер. Тому викликає певні сумніви доцільність закріплення в ЦК України категорії «моральність договору». Його застосування в силу різного сприйняття і тлумачення цього терміна неминуче призведе до появи багатьох проблем у договірній та судовій практиці.

За радянського періоду, коли економіка носила одержавлений і плановий характер, загальноновизнаним були принципи економічності та співробітництва сторін. Сутність принципу економічності вбачалася авторами того періоду в тому, що він орієнтує на виконання сторонами своїх обов'язків найбільш економічним способом, який базується як на загальних вимогах, так і на однопорядкових конкретних обов'язках, передбачених умовами конкретного договору¹. Звісно, в умовах планової одержавленої економіки до речності такого принципу в договірних зобов'язаннях була очевидною. Однак нині, як нам вважається, доцільність в існуванні такого принципу не лише зберігається, а й більше того – підвищується. Це пояснюється насамперед тим, що в умовах ринкової економіки, розвитку підприємництва, до-

¹ *Иоффе О. С.* Обязательственное право. — М.: Юрид. лит., 1975. — С. 66—67.

мінування права приватної власності суб'єктам підприємництва і господарювання, які здійснюють підприємницьку діяльність на свій ризик з метою одержання прибутку, вкрай важливо займатися такою діяльністю з мінімальними матеріальними втратами. Іншими словами, активне впровадження принципу економічності в договірних зобов'язаннях буде сприяти підвищенню доходів сторін, зменшенню їх матеріальних і нематеріальних витрат.

На жаль, широкого впровадження в новому ЦК принцип економічності не одержав, за деякими винятками. Особливо рельєфно виявляється дія принципу економічності в правовому регулюванні, наприклад, підрядних відносин. Так, відповідно до ст. 845 ЦК підрядник має право на ощадливе ведення робіт за умови забезпечення належної їх якості. Ощадливе ведення робіт є взаємовигідним, оскільки сторони можуть домовитися про розподіл між ними заощадження, отриманого підрядником (ч. 3 ст. 845 ЦК). Елементи економічності спостерігаються і в інших статтях, які передбачають: а) можливість залучення до виконання договору підряду субпідрядника (ст. 838 ЦК); б) розподіл виконання робіт із матеріалів підрядника або замовника (статті 839, 840 ЦК); в) визначення ціни у кошторисі (ст. 844 ЦК); г) обставини, про які підрядник зобов'язаний повідомляти замовника (ст. 847 ЦК); г) права замовника у разі порушення підрядником договору підряду (ст. 852 ЦК); д) право підрядника продати виконану роботу у разі ухилення замовника від її прийняття (ст. 853 ЦК).

Принцип економічності прямо чи опосередковано закріплюється також у статтях ЦК, які регулюють інші договори. Наприклад, відповідно до ст. 666 ЦК, якщо продавець не передає покупцеві приналежності товару та документи щодо нього, покупець, насамперед, має право встановити розумний строк для їх передання і лише у разі невиконання цих вимог має право відмовитися від договору купівлі-продажу та повернути товар продавцеві. Принцип економічності у даному випадку полягає у тому, що передчасне повернення товару може спричинити зайві витрати у виконанні договору, чого можна уникнути шляхом встановлення продавцеві розумного строку для передання покупцеві приналежностей товару та документів на нього. Законодавець надає по-

купцеві, якому переданий товар неналежної якості, право відмовитися від договору і вимагати повернення сплаченої за товар грошової суми лише тоді, коли буде мати місце істотне порушення вимог щодо якостей товару (ч. 1 ст. 678 ЦК). При цьому тут враховуються інтереси не лише покупця, а й продавця, до якого така санкція не застосовується, якщо недоліки не належать до категорії істотних. Це можна пояснити, зокрема, тим, що економічно доцільніше надати покупцю право за наявності таких недоліків вимагати або пропорційного зменшення ціни, або безоплатного усунення недоліків товару, або відшкодування витрат на усунення недоліків товару.

Щодо можливості виокремлення в договірному праві взаємного співробітництва сторін як самостійного принципу, як нам вважається, достатніх підстав немає. Звісно, не можна заперечувати факт, що таке співробітництво існує в договірних правовідносинах та закріплюється в окремих нормах. Наприклад, сторони активно співробітничать на стадії укладення договору з метою закладення в його зміст узгоджених умов, а також в стадії виконання договору, внесення до нього змін і доповнень. Однак таке співробітництво так чи інакше спрямоване на досягнення максимально економічно вигідного результату, на раціональне і ефективне виконання договірних умов. За таких обставин вважаємо за доцільне зазначити тісну взаємопов'язаність категорії економічності та співробітництва сторін у договірному зобов'язанні, а відтак можна вести мову про функціонування єдиного принципу економічності та співробітництва сторін.

У цивілістичній науці завжди виділялися і виділяються принципи належного і реального виконання зобов'язань. При цьому наголошується на тому, що в умовах ринкової економіки зберігається значимість принципу належного виконання¹. Цей факт важко заперечити, адже в новому ЦК (ст. 526), як і в ЦК УРСР 1963 р., прямо закріплюється ця правова ідея. Зобов'язання має виконуватися належним чином, відповідно до умов договору та вимог ЦК, інших актів цивільного законодавства, а за відсутності таких умов

¹ Кузнецова Н. Принципи сучасного зобов'язального права України / Українське право. — 2003. — № 4. — С. 9—15.

та вимог – відповідно до звичаїв ділового обороту або інших вимог, що зазвичай ставляться (ст. 526 ЦК). У цивілістичній літературі досить поширеною є думка про існування поряд із належним виконанням договору його *реального* виконання, під яким розуміється виконання зобов'язання в натурі¹. Зміст принципу реального виконання полягає у тому, що мають бути вчинені відповідні дії боржником на користь кредитора щодо предмета договору, як-от: передача продавцем покупцеві товару, виконання відповідної роботи, надання послуги тощо. Однак серед науковців поки що не досягнуто згоди щодо співвідношення принципів належного і реального виконання, у зв'язку з чим тут сформувалося кілька позицій.

Відповідно до першої принцип належного виконання і принцип реального виконання є взаємопов'язаними між собою, але і водночас самостійними за своєю сутністю, оскільки реальне виконання характеризує вчинення особою дії, яка є об'єктом відповідного правовідношення, а належне виконання характеризує дотримання вимог закону, договору при вчиненні таких дій².

Прихильники другої позиції виділяють зазначені два принципи як самостійні, але водночас припускають можливість їх співвідношення. Наприклад В. В. Луць та інші автори вважають, що на стадії нормального розвитку зобов'язання вимоги належного і реального виконання збігаються, бо належним виконанням охоплюється й дотримання умов щодо предмета, який слід передати у натурі³.

Особливий погляд на цю проблему висловив О. С. Іоффе, який визнав домінуючим принцип реального виконання, оскільки, як він зазначав, соціалістичне право виходить із загального правила про виконання зобов'язання у тому вигляді, в якому останнє визначено планово-адміністратив-

¹ *Іоффе О. С. Обязательственное право.* — М.: Юрид. лит., 1975. — С. 59—64.

² *Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Общие положения.* — М., 1999. — С. 418.

³ *Луць В. В. Контракты у підприємницькій діяльності.* — К.: Юрінком Інтер, 2001. — С. 52—53; *Цивільне право України / За ред. Я. М. Шевченко.* — К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. — Т. 1. — С. 480—481.

ними актами, договорами та іншими зазначеними в законі підставами¹. Саме тому це правило, на думку автора, називають принципом реального виконання, який діє визначальним чином як на стадії нормального розвитку, так і у випадку порушення. З такими твердженнями можна погодитись, але подальша оцінка О. С. Іоффе співвідношення принципів реального та належного виконання зобов'язання дає підстави для критики. Так, на думку автора, у разі порушення зобов'язання можливість належного виконання у повному обсязі виключається і зберігається можливість вчинення тих дій (з передачі речей, виконання робіт тощо), які складають основну мету зобов'язання². Такі міркування не дають відповіді, зокрема, на питання в тих випадках, коли виконання в натурі взагалі неможливе (наприклад, у разі загибелі індивідуально визначеної речі), а відтак вимоги кредитора про виконання зобов'язання в натурі є нездійсненними.

У новітній юридичній літературі зроблена спроба нівелювати значення принципу реального виконання зобов'язання в ринковій економіці, в умовах якої сплата кредиторові неустойки та відшкодування збитків, завданих невиконанням боржником зобов'язання в натурі, може задовольнити його інтерес у повному обсязі. Саме тому новий ЦК начебто у ст. 622 обмежує сферу дії цього принципу, передбачаючи звільнення боржника від виконання зобов'язання в натурі, якщо це передбачено у договорі або законі, зокрема, у разі відмови кредитора від прийняття виконання, яке внаслідок прострочення втратило для нього інтерес (ст. 612 ЦК). Безумовно, на даний період реальне виконання зобов'язання дещо втратило попереднє значення, але не такою мірою, щоб законодавець у новому ЦК свідомо обмежив його дію.

На наш погляд, концепція існування двох близьких, але різноплотинних принципів реального і належного виконання зобов'язання є нині невиправданим ні з теоретичної, ні з практичної точок зору. По-перше, не можна ігнорувати

¹ *Іоффе О.С.* Обязательственное право. — М.: Юрид. лит., 1975. — С. 59—63.

² Там само. — С. 59—63.

той факт, що реальне виконання зобов'язання є головним елементом належного виконання. У разі порушення зобов'язання в частині виконання його в натурі відпадає потреба взагалі говорити про інші допущені боржником порушення. Звісно, кредитор має право вимагати від боржника виконання зобов'язання в натурі навіть за умови відшкодування останнім збитків, сплати неустойки тощо. Але якщо це стане неможливим у силу суб'єктивних чи об'єктивних причин, то у такому разі буде мати місце не просто неналежне виконання зобов'язання, а — *невиконання* його взагалі. Іншою буде ситуація у разі виконання зобов'язання в натурі, але з порушеннями його інших умов (наприклад, про строки, про якість). Тобто тут буде мати місце неналежне виконання, іншими словами, буде мати місце виконання, але часткове¹.

Самостійне існування реального та належного принципів як двох різноплощинних принципів лише ускладнюватиме судову практику, для якої тлумачення реального виконання як елемента загального принципу належного виконання є більш зрозумілим і таким, що адекватніше відображає сутність допущеного боржником порушення. Так, Судова палата в господарських справах Верховного Суду України, розглянувши касаційну скаргу банку про скасування постанови Вищого господарського суду України у справі за позовом банку до товариства про стягнення заборгованості за кредитним договором, у своїй постанові зокрема *з*азначила, що згідно зі ст. 216 ЦК УРСР зобов'язання припиняється виконанням, проведеним належним чином². Цілком зрозуміло, що під належним виконанням Судова палата має на увазі й реальне виконання кредитного договору шляхом повернення кредитної суми. Власне, це впливає зі змісту ст. 610 ЦК, згідно з якою порушенням зобов'язання є його невиконання або виконання з порушенням

¹ Сібільов М. Структура та основний зміст загальних положень про зобов'язання у проєкті нового Цивільного кодексу України // Українське право. — 1997. — Число 1. — С. 72; Зобов'язальне право. Теорія і практика. — К., 1998. — С. 45; Кодифікація приватного (цивільного) права. — К., 2000. — С. 219—220; Цивільне право України / За заг. ред. В. І. Борисової та ін. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — Т. 2. — С. 20—21.

² Див.: Юридичний вісник України. — 2004. — № 18. — С. 15.

умов, визначених змістом зобов'язання (неналежне виконання). Ця обставина повинна враховуватися при формулюванні позовних вимог. Наприклад, у разі відмови продавця передати проданий товар покупець має право відмовитися від договору купівлі-продажу і вимагати повернення сплачених за товар коштів та відшкодування збитків, завданих невиконанням зобов'язання в натурі (статті 623, 665 ЦК). У разі ж продажу покупцеві товару з істотними недоліками покупець, зокрема, має право відмовитися від договору і вимагати повернення сплаченої за товар грошової суми та відшкодування збитків і сплати передбаченої договором неустойки на тій підставі, що продавець неналежно виконав зобов'язання (статті 623, 624, 678 ЦК).

Таким чином, доцільно виділяти в договірному праві єдиний принцип належного виконання, яким охоплюється також виконання зобов'язання в натурі, тобто реальне виконання.

У договірних зобов'язаннях можна віднайти й інші правові засади, без яких неможливе досягнення їх правової мети. Такою засадою є *обов'язковість виконання сторонами умов договору* (ст. 629 ЦК), зміст якої полягає, зокрема, у тому, що зміна або розірвання договору не допускається без взаємної згоди сторін, а також не допускається одностороння відмова від виконання договору, якщо інше не передбачено договором або законом (ст. 651 ЦК). Таку правову засаду є усі підстави визначити правовим принципом, дію якого в договірних відносинах важко переоцінити, адже завдяки йому забезпечується їх стабільність. Наразі його відсутність призвела б до втрати необхідності в укладенні договорів, позбавлених примусу в їх виконанні.

Нарешті в договірному праві необхідно визначити ще один базовий принцип, без існування якого ефективність досягнення договірної правової мети було б проблематичним. Проголошення в ст. 3 ЦК судового захисту цивільного права та інтересу як правової засади цивільного законодавства важко переоцінити, але для впливу суду на контрагентів, що порушують зобов'язання, важливим є також механізм застосовуваних судом заходів до порушника.

У ст. 16 ЦК дається орієнтовний перелік основних способів захисту цивільних прав та інтересів, переважна час-

тина яких може застосовуватися судом також у разі порушення договірних зобов'язань. Специфіка їх застосування у договірному праві визначається в главі 51 «Правові наслідки порушення зобов'язання. Відповідальність за порушення зобов'язання», а також у статтях ЦК, які регулюють окремі види договірних зобов'язань. Важливе значення у формуванні цієї специфіки відіграють Господарський, Земельний, Сімейний кодекси України, інші закони України.

У ст. 611 ЦК в узагальненому вигляді сформульовано правові наслідки порушення зобов'язання. Серед них зазначені: 1) припинення зобов'язання внаслідок односторонньої відмови від зобов'язання, якщо це встановлено договором або законом, або розірвання договору; 2) зміна умов зобов'язання; 3) сплата неустойки; 4) відшкодування збитків та моральної шкоди.

Перераховані правові наслідки є різнорідними санкціями і для їх застосування необхідні різні умови. Зокрема, односторонню відмову від зобов'язання у разі його порушення другою стороною та односторонню зміну зобов'язання у цивілістичній літературі прийнято називати оперативними санкціями¹, для застосування яких до порушника не обов'язково є наявність у діях останнього вини. Натомість сплата неустойки і відшкодування збитків та моральної шкоди є мірами (санкціями) цивільно-правової відповідальності, настання якої можливе лише за наявності підстав цивільно-правової відповідальності (які в сукупності утворюють склад цивільного правопорушення), у тому числі такої підстави, як вина, якщо інше не встановлено договором або законом. Крім цих двох видів правових наслідків, що настають у разі порушення зобов'язання, в окремих статтях ЦК передбачаються і такі, які спонукають боржника виконати той чи інший договірний обов'язок. Наприклад, відповідно до ст. 620 ЦК у разі невиконання боржником обов'язку передати кредиторів у власність або у користування річ, визначену індивідуальними ознаками, кредитор має право витребувати річ у боржника та вимагати її пере-

¹ Луць В. В. *Контракти у підприємницькій діяльності*. — К.: Юрінком Інтер, 2001. — С. 66—67.

дання відповідно до умов зобов'язання. Безумовно, судовий примус до виконання передбаченого договором обов'язку є санкцією, але не мірою відповідальності.

Незважаючи на різну правову природу вищезазначених видів правових наслідків порушення зобов'язання, усіх їх об'єднує те, що одна сторона (кредитор) має право у разі порушення договірної зобов'язання другою стороною (боржником) звернутися до суду з вимогами про зміну чи розірвання договору, про виконання договірної обов'язку в натурі та (або) відшкодування завданих збитків, стягнення неустойки, якщо інше не передбачено договором або законом. В усіх цих випадках застосування санкцій покликане спричинити для боржника такі негативні наслідки, які б спонукали його до виконання договірної зобов'язання і, що найголовніше — забезпечити відновлення порушеного права кредитора. Отже, в правовому регулюванні відносин, що виникають у зв'язку з порушенням договірної зобов'язання, діє принцип адекватного застосування у судовому порядку до боржника санкцій про примусове виконання обов'язків та цивільної відповідальності, якщо інше не встановлено договором або законом.

Знання принципів договірної права дозволяє більш ефективно і правильно застосовувати на практиці норми, в яких вони закріплені, а також поширювати їх дію на відносини, не врегульовані безпосередньо законом чи договором. Виходячи з усього викладеного, пропонуємо наступну систему спеціальних принципів договірних зобов'язань у цивільному праві України, які найповніше визначають правову природу та зміст договірної права: 1) принцип свободи договору; 2) принцип диспозитивності; 3) принцип економічності та співробітництва; 4) принцип належного виконання договірних зобов'язань; 5) принцип обов'язковості виконання договору; 6) принцип судового адекватного застосування договірних та законних санкцій до порушника договірної зобов'язання.

Крім перерахованих у договірному праві, діють також такі загально-цивільні принципи: справедливості, добросовісності й розумності, незловживання правом, моральності.

2.2. Зміст принципів справедливості, добросовісності й розумності в договірних зобов'язаннях

Значну роль у функціонуванні договірних зобов'язань мають відіграти принципи справедливості, добросовісності й розумності, які вперше в ЦК України безпосередньо передбачені в ст. 3 серед загальних засад цивільного законодавства (п. 6). Значимість зазначених принципів у договірному праві зумовлена насамперед тим, що саме тут обсяг регулювання відносин за розсудом сторін є не лише значним, але навіть може переважати нормативне регулювання. Відтак саме в договірних правовідносинах вкрай важливо, щоб договірні сторони мали чіткі орієнтири у формулюванні умов договору з метою унеможливлення, зокрема, визнання його недійсним чи його примусового припинення.

Введення до ЦК України принципів справедливості, добросовісності та розумності не є випадковістю, адже воно зумовлене історичним розвитком світової правової системи, суспільним прогресом у розвитку цивілізації людства. Безумовно, зазначені терміни мають різне співвідношення, а відтак і формувалися з різним ступенем їх значимості. При цьому необхідно враховувати, що зазначені поняття, особливо «справедливість» і «добросовісність» у зарубіжних джерелах досить часто ототожнювалися. Власне, ця тенденція зберігається і нині. Більше того, в законодавстві багатьох країн вони чітко не розмежовуються.

Так, категорія справедливості виникла спершу в результаті формування уявлень людей про поняття добра і зла. Спочатку під справедливим розуміли такі стосунки між людьми, які відповідали їх моральним устоям, моральним уявленням. З виникненням нових суспільних формацій категорія справедливості поступово втрачає персоніфікований підхід. В її основу закладається уява всього соціуму, або, в усякому разі, його більшості. З виникненням держави виникла необхідність у встановленні й закріпленні уявлень про справедливість, а отже, і мораль, у правових нормах. Підтвердженням цьому може слугувати той факт, що на ранніх стадіях формування держави звичаї, як зовнішній прояв уявлень про справедливість, були основними джерелами формування права¹.

¹ Див.: Майданик Р. А. Проблеми довірчих відносин в цивільному праві. — К., 2002. — С. 67—68.

Арістотель, зокрема, поділяв справедливість на два види — природну і встановлену законом. Справедливість від природи — це та, що залишається в більшості випадків такою. Те ж, що ми самі визнаємо справедливим, стає після цього таким, ми і називаємо його справедливим за законом¹. Справедливе має місце тоді, коли людина учиняє за вільним вибором, добровільно і усвідомлюючи, щодо кого, яким способом і заради чого вона це робить.

Поняття права справедливості й добра з давніх часів були предметом наукових досліджень і дискусій, особливе місце серед яких посідають положення, розроблені Арістотелем і цerkвою про право справедливості.

Як королівське, так і канонічне право утверджували віру, що все право містить у собі певні цілі, які визначаються як справедливість; ці наявні в самому праві цілі повинні були слугувати орієнтиром для тлумачення і застосування правових норм, хоча одне й інше право не могло функціонувати без норм, і в обох випадках було визнано, що норми мають становити сукупність у розумінні взаємопов'язаної за певними критеріями системи. Кожна система права розглядалася, в першу чергу, як такий процес створення, тлумачення і застосування норм, щоб реалізовувалися закладені в них цілі справедливості.

Арістотель визначав природу справедливості («добра») як «поправку до закону в тому, в чому через його загальність присутнє упуцнення». Добро, говорив він, «і є право і краще будь-якого, але не безумовного права, а точніше, воно краще права з погрішністю, причина якої — його безумовність... Хоч добро є право, проте право не в силу закону, а як виправлення законного правосуддя. Причина цього в тому, що всякий закон складений для загального випадку, але про окремі речі неможливо сказати вірно в загальному вигляді. Тому в тих випадках, коли необхідно сказати в загальному переважно, цілком усвідомлюючи можливу погрішність... Отже, коли закон складений для загального випадку, а відбулося щось підсудне йому, але поза загальним випадком, тоді поступити правильно означає: там, де у

¹ Арістотель. Соч.: В 4 т. — Т. 4 / Пер. с древнегреч.; Общ. ред. А. И. Доватура. — М.: Мысль, 1983.

законодавця, який склав закон без застережень, прогалина або погрішність, виправити упушення, яке визнав би навіть сам законодавець, опинись він тут, а якщо б знав задалегідь, то вніс би цю поправку до законодавства»¹.

Згодом, відновлюючи аристотелівську філософію і римське право, церква в кінці XI—на початку XII ст. надала поняттю права справедливості новий моральний і культурний зміст. Відповідно, і канонічне, і королівське право доповнили ранне, більш загальне поняття права справедливості різними специфічними вимогами християнської совісті: захист бідних і осіб, які потребують допомоги (включаючи вдів і сиріт), реалізація відносин, заснованих на довірі (включаючи дарування, які повинні бути використані в благодійних цілях), тощо.

У силу цього, в Англії в XIV і XV ст., коли два основних королівських суди обмежили свою компетенцію з цих питань, канцлер короля, який тоді майже незмінно виступав високою посадовою особою в католицькій церкві, почав здійснювати виключну юрисдикцію «по совісті» і «в ім'я права справедливості». Проте в інших європейських системах королівського права і в Англії XII і XIII ст. «право справедливості» розглядалося не як щось окреме від «права», а навпаки, як його складова частина. Як і в канонічному праві, право справедливості королівських судів було тим аспектом права, який надавав йому здатність пристосовувати старі норми до нових («виключних») обставин в ім'я здійснення справедливості².

Із часом категорії справедливості, добросовісності отримали не лише філософське, а й правове обґрунтування. Відповідно, вони знайшли своє безпосереднє закріплення у законодавстві європейських країн, наприклад у Франції, Німеччині, Італії, Нідерландах. Більше того, окремі з цих принципів знайшли відображення у Принципах міжнародних комерційних договорів, затверджені Адміністративною радою Міжнародного інституту уніфікації приватного пра-

¹ *Аристотель*. Никомахова етика, 5.10.1137b11-28/Ed.by R. McKeon. The Basic Works of Aristotle.— New York, 1941.— P. 1020.

² Див.: *Майданик Р. А.* Проблеми довірчих відносин в цивільному праві.— К., 2002.— С. 68—99.

ва (Принципи УНІДРУА), Правилах ІНКОТЕРМС та інших міжнародних документах¹.

Оскільки Україна проголосила курс на інтеграцію до Європейського співтовариства, на наближення правової системи до європейських та світових стандартів, то введення до ЦК України таких правових засад, як добросовісність, справедливість та розумність є одним із важливих кроків до реалізації цієї мети.

На жаль, розробники нового ЦК України не поставили за мету розкрити зміст зазначених загальних засад цивільного законодавства. Можливо, вони зробили це свідомо, вважаючи, що це справа цивілістичної науки та майбутньої судової практики. Однак, як засвідчила практика застосування цих юридичних категорій західних європейських країн, їм не вдалося уникнути певного «судового свавілля» з огляду на їх «каучуковий», або «гумовий» оціночний характер. І незважаючи на те, як стверджує Н. С. Кузнєцова, що тут мало місце перебільшення «судового свавілля», недооцінювати можливі негативні наслідки довільного їх тлумачення в судовій практиці України не можна². Щоб знизити ступінь небезпеки «судового свавілля» вкрай важливо всебічно розкрити сутність та зміст добросовісності, справедливості та розумності та їх інтерпретації в нормах договірної права.

Принцип добросовісності фактично є одним із засобів певного обмеження принципу свободи договору сторін, що передбачає вимогу дотримання добросовісності у договірних відносинах. Саме принцип добросовісності надає можливість контролювати виконання сторонами договору, вирішує проблему недопущення зловживання правами за договором, певною мірою захищає слабшу сторону договору³, якою в довірчих відносинах виступає довіритель та вигодонабувач.

Юридичний словник Блека (Black's Law Dictionary) визначає добросовісність як «нематеріальну та абстрактну

¹ ІНКОТЕРМС. Офіційні правила тлумачення торговельних термінів Міжнародної торговельної палати (редакція 2000 р.) // Урядовий кур'єр. — 2002. — 3 квітня, 10 квітня.

² Кузнєцова Н. С. Принципи сучасного зобов'язального права України // Українське право. — 2003. — № 4. — С. 12.

³ Майданик Р. А. Проблеми довірчих відносин в цивільному праві. — К., 2002. — С. 71.

властивість, яка не має формально-юридичного значення чи законодавчого визначення та охоплює, серед іншого, чесне переконання, відсутність злого умислу та наміру ошукати чи здобути безпідставні переваги»¹.

У словнику Даля добросовісність розглядається як «добра совість, праводушність, чесність, правдивість, сувора богобоязливість у вчинках»².

У правових джерелах зверталася увага, що на ранніх стадіях розвитку права добросовісність переважно означала відсутність недобросовісності. Проте поступово добросовісність стала ідентифікуватися з вимогами розумності, здорового глузду та справедливості³.

Підстави застосування принципу добросовісності прямо передбачені в ЦК України. Згідно з ч. 3 ст. 509 ЦК України зобов'язання має ґрунтуватися на засадах добросовісності, розумності та справедливості. Оскільки ж найпоширенішою підставою виникнення зобов'язань є договір, то наведена норма повною мірою має поширюватися на договори, причому на всіх їх стадіях (укладення договору, його динаміки та виконання). Однак не можна не звернути увагу на відсутність прямого посилання на застосування принципу добросовісності в договірних зобов'язаннях у ст. 627 ЦК України, яка передбачає, що сторони є вільними у виборі контрагента, у визначенні умов договору з урахуванням вимог чинних правових актів, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості. Такі випадки застосування зазначених принципів у різному їх співвідношенні для ЦК є непоодинокими. Як зазначає Т. В. Боднар, в одних випадках ЦК вживає усі три терміни одночасно (статті 3, 509), в других — два, наприклад, добросовісність і розумність, розумність і справедливість (статті 92, 627), в третіх — лише один, як правило, розумність (статті 749, 564, 619). Це дало їй підстави для висновку про існування в ЦК трьох самостійних принципів, з чим можна погодитись⁴. Але, як на наш погляд, у

¹ Black's Law Dictionary, ... 1990. — С. 693.

² Даль В. Толковый словарь живого великорусского языка.

³ Стаття Британіка: <http://www/britanica.com>

⁴ Боднар Т. В. Виконання договірних зобов'язань у цивільному праві. — К., 2005. — С. 121.

ЦК це зроблено не завжди вдало і послідовно. Таким прикладом є ст. 627 ЦК, в якій не передбачено, що при укладенні договору сторони повинні, крім усього, діяти добросовісно, а не лише відповідно до вимог розумності та справедливості. Так, відповідно до ст. 659 ЦК продавець зобов'язаний попередити покупця про права третіх осіб на товар, що продається. Невиконання продавцем цієї вимоги закону може дати суду підстави вважати його недобросовісним. Тому ст. 627 ЦК мала б бути доповнена принципом добросовісності.

Цивільне законодавство в окремих випадках обмежується проголошенням презумпції добросовісності та розумності поведінки особи. Згідно з ч. 3 ст. 12 ЦК України, якщо законом встановлено правові наслідки недобросовісного чи нерозумного здійснення особою своїх прав, поведінка особи припускається добросовісною та розумною, якщо інше не встановлено судом. Поняття «добросовісність» застосовується в ЦК України щодо набувача майна в особи, яка не є власником (ст. 388). Так, відповідно до ст. 381 ЦК добросовісним набувачем майна за відплатним договором, придбаним в особи, яка не мала права його відчужувати, буде вважатися лише той набувач, який не знав і не міг знати про це. Наразі відповідно до ч. 1 ст. 390 ЦК недобросовісним набувачем має вважатися та особа, яка знала або могла знати, що вона володіє майном незаконно. Наведені положення найповніше розкривають законодавче розуміння сутності добросовісності та недобросовісності набувача майна і можуть братися до уваги при визначенні поняття принципу добросовісності.

Німецьке цивільне уложення в параграфі 242 передбачає, що сторони договірної зобов'язання повинні керуватися вимогами добросовісності. Під добросовісністю необхідно розуміти не тільки як суб'єктивні уявлення конкретної особи про добросовісність її дій, а й, головним чином, як об'єктивну відповідність цих дій стандартам поведінки у відповідному секторі торгівлі. На думку професора Шлехтрайма, добросовісність є «колективним переконанням або вірою кожної розумної, чесної і порядної людини» з урахуванням специфіки сфери міжнародної торгівлі. Ці переконання є навіть важливішими, ніж стандарти і

цінності, закріплені в Конституції і Німецькому цивільному уложенні¹.

Відомий австралійський вчений Х. Люк порівнював добросовісність зі «справедливістю, чесною поведінкою, розумним стандартом чесного ведення справ, порядністю, розумністю, порядною поведінкою, загальним етичним сенсом, духом солідарності, суспільними стандартами справедливості, а також із фактичною чесністю»². Такі погляди сприяли тому, що «...поряд зі старими договорами «суворого» права (*obligationis stricti juris*) з'являються договори «доброї совісті» (*obligationes bonae fidei*), тобто такі, зміст яких визначається не їх умовою, а справжніми намірами сторін, або, якщо вони незрозумілі, – звичаями ділового обороту»³.

Однією з причин виникнення договорів доброї совісті виступила необхідність захисту інтересів споживачів та інших менш захищених за договорами сторін, що зумовило відхід законодавства розвинених країн від принципу диспозитивності свободи договору і звернення до імперативного реґулювання тих цивільних правовідносин, в яких беруть участь споживачі, учасники інших відносин, спрямованих на запобігання зловживанню підприємцями своїм переважним становищем щодо споживачів і створення для цих контрагентів спеціальних умов у договірних відносинах, спрямованих на посилений захист прав «слабкої сторони», якою є громадянин-споживач.

Нині в Європейському Союзі діють понад десять нормативних актів, що належать до так званого права захисту прав споживачів. Одним із важливих елементів доктрини права захисту споживачів, введеного в правову науку і законодавство європейських держав, є поняття «несправедливі умови договору» (*unfair contracts terms*)⁴.

¹ Смитюх А. «Добросовестные» принципы. Добросовестность и честная деловая практика как основополагающая идея Принципов международных коммерческих договоров и *lex mercatoria* // Юридическая практика. — 2001. — № 37 (195). — 12 сентября. — С. 10.

² Н. К. Lucke. «Good Faith and Contractual Performance», in P. Finn (ed.), *Essays on Contract*, 1987. The Law Book Company Limited, Sydney. — P. 160.

³ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. — М., 1998. — С. 259.

⁴ Павленко Д. Договор по справедливости. Условия договора должны не только исполняться, но и быть справедливыми // Юридическая практика. — 2002. — № 14 (224). — 3 апреля. — С. 6.

У Великобританії у 1977 р. було прийнято Акт «Про несправедливі умови договору», який забороняє особі—підприємцю включати до договору умову про виключення або обмеження своєї відповідальності у випадку смерті або заподіяння шкоди споживачу за своєї необачності, крім випадків, якщо така умова відповідає вимогам справедливості. Таким чином, несправедливими мають вважатися умови про безпідставне виключення або обмеження відповідальності підприємця за шкоду, завдану споживачу. Наявність таких умов у договорі тягне порушення встановленого Актом принципу добросовісності (*good faith*). Прикладом несправедливої умови, в контексті цього закону, може бути випадок, коли особа, яка надає послугу перевезення (наприклад, залізниця), в односторонньому порядку знімає з себе відповідальність за зберігання вантажу пасажирів при перевезеннях¹.

Наведений Акт визнає подібну умову недійсною і зобов'язує особу-перевізника бути добросовісним щодо пасажирів. Власне, і в новому ЦК України таких прикладів може виявитися чимало. Наприклад, відповідно до ч. 4 ст. 698 ЦК умови договору, що обмежують права покупця—фізичної особи порівняно з правами, встановленими цим Кодексом та законодавством про захист прав споживачів, є нікчемними.

Трансформоване поняття концепції добросовісності міститься в англійському законі про купівлю-продаж товарів (*Sale of Goods Act*), відповідно до якого дія вважається добросовісною, якщо особа вважала, що діє чесно (*acted honestly*), незалежно від того, вчинено цю дію належним чином чи ні.

В окремих аспектах подібний підхід збігається з романо-германською концепцією добросовісного незаконного володіння, для якої визначальним є суб'єктивне ставлення незаконного володільця до чужої речі як до своєї, незалежно від того, що в дійсності власником її є інша особа, незаконно позбавлена володіння річчю.

Прийнято вважати, що в Нідерландах *bona fides* виражається через поняття «розумність та справедливість», що забезпечує виконання трьох функцій:

¹ Павленко Д. Договір по справедливості. Умовля договору должны не только исполняться, но и быть справедливыми // Юридическая практика. — 2002. — № 14 (224). — 3 апреля. — С. 6.

по-перше, відповідно до закріпленої в цивільному законодавстві країни концепції всі договори повинні тлумачитися відповідно до принципу добросовісності;

по-друге, добросовісність має «доповнюючу функцію»; між сторонами можуть виникати додаткові права та обов'язки, які прямо не встановлені договором чи законодавством;

по-третє, добросовісність має «обмежувальну» функцію, що виражене в ч. 2 ст. 6:248 ЦК Голландії, яка зазначає, що правило, обов'язкове для сторін, не застосовується настільки, наскільки за даних обставин це буде неприйнятним відповідно до критерію розумності та справедливості. Таким чином, добросовісність може за даних обставин анулювати чи виключити застосування правил, встановлених сторонами¹.

У цьому аспекті всі правила, які створюються сторонами чи законом, підпадають під контроль судів не для того, звісно, щоб оцінити їх внутрішню справедливість, а для того, щоб вирішити, чи не призведе їх застосування в конкретній справі до несправедливих результатів².

Суди приймають рішення «*contra legem*», якщо дотримання норм закону призведе до явно несправедливого щодо сторін договору результату. У зв'язку з цим у літературі зазначається, що «концепція добросовісності може використовуватися в будь-якій ситуації, щоб виправити несправедливість, яка б мала місце, якщо б застосовувалися традиційні правила»³. На жаль, і донині українська судова практика не використовує при розгляді цивільних справ принцип справедливості для постановлення справедливих рішень, що викликано, вочевидь, відповідними традиціями у діяльності судової системи України. З огляду на це становить інтерес справа, розглянута Міжнародним комерційним арбітражним судом при Торгово-промисловій палаті України (МКАС).

¹ Artur S. Hartkamp Judicial Discretion under the New Civil Code of Nether land // Centro di studi e ricerche di diritto comparato e Seminari: <http://www.Cnr.It/CRDCS/hartkamp.htm>

² Див.: Майданик Р. А. Проблеми довірчих відносин. — К., 2002. — С. 74—76.

³ Paul I. Powers Defining the Underfinable God Faith and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 18 Juurnal of Law and Commerce (1999). — P. 338.

Так, МКАС розглянув справу за позовом американської фірми «Х» про стягнення з української фірми «Н» 10,6 млн доларів США за неоплату поставленого обладнання за контрактом від 11 лютого 1998 р. Своїм рішенням у справі, порушеній 24 грудня 2001 р., МКАС відмовив у задоволенні позову через пропуск позовної давності. Судом було встановлено факт неоплати поставленого обладнання. Оскільки остаточне рішення ухвалювалося більшістю голосів, один із суддів висловив окрему думку, зазначивши, що позов слід задовольнити, бо судове рішення повинно бути справедливим¹. Очевидно, суддя виходив також із того, що відповідач безпідставно збагатився на таку велику суму.

Для захисту споживачів від можливих зловживань із боку продавців і постачальників, зокрема у випадку застосування ними підготовлених в односторонньому порядку стандартних договорів до європейського законодавства було введено поняття «несправедливі умови договору» на умовах, визначених Директивою 93/13/ЄЕС «Про несправедливі умови в споживчих договорах» виключно. Ця Директива стосується договорів, з одного боку в яких виступає споживач, а з іншого — продавець чи постачальник відповідного товару чи послуг (ст. 1). При цьому як споживача Директива розглядає будь-яку фізичну особу, що укладає договір з метою, яка не стосується її бізнесу або професії. Під постачальником слід розуміти фізичну чи юридичну особу, яка, вступаючи у відносини зі споживачем, діє відповідно до своєї комерційної чи професійної діяльності (ст. 2).

Чинність наведеної Директиви не повинна застосовуватися до правовідносин з іншим суб'єктним складом, зокрема таких, що випливають із трудових договорів, угод, які опосередковують спадкові, сімейні права (шлюбний договір), договорів про створення компаній, партнерств, контрактів про правонаступництво.

Згідно зі ст. 3 Директиви умова договору, яка не була окремо погоджена, вважається несправедливою (нечесною), якщо всупереч вимозі про добросовісність вона створює нерівність у правах і обов'язках сторін договору, причому на шкоду споживачу².

¹ Архів МКАС при ТПП України за 2002 рік.

² Ханік-Посполітак Р. Деякі аспекти захисту прав споживачів в європейському союзі // Підприємництво, господарство і право. — 2002. — № 4. — С. 35—36.

Несправедливою умова може бути визнана лише в тому випадку, якщо вона не була окремо погоджена сторонами, прийняття не через те, що сторони не бажали цього, а з огляду на те, що споживач з об'єктивних причин не міг висловити свою волю щодо такої умови договору. Головною серед таких причин Директива називає саме наявність заздалегідь підготовленого контрагентом споживача проекту договору, в результаті чого останній був практично позбавлений можливості внесення будь-яких змін до нього.

Відповідно до ст. 6 Директиви несправедливі умови договору, укладеного між споживачем і продавцем, постачальником, не створюють прав і обов'язків для споживача, і договір продовжує діяти в цілому, якщо це можливо без несправедливих умов. Таке правило означає, що суд зобов'язаний встановити можливість реалізації такого договору як угоди за відсутності несправедливих умов. Споживачу надається право висловити бажання залишити таку умову в силі, добровільно відмовившись від визначених прав на користь свого контрагента.

Співставляючи наведений вид дефектних (із недоліками) угод із прийнятим в українському цивільному праві вченням про дійсність правочинів, найбільш близькими до них можуть бути визнані так звані відносно дійсні правочини (угоди). Особливість таких правочинів полягає у визнанні їх юридично дійсними, але із скасувальною умовою такої дійсності на підставі позову про їх недійсність, пред'явленого лише однією із сторін угоди (споживачів у даному випадку). Наприклад, придбання за договором купівлі-продажу цінної речі малолітнім не за його власні кошти, може призвести до недійсності такого договору лише у разі його несхвалення опікуном (статті 31, 221 ЦК), якщо позов про визнання такої угоди недійсною пред'явить саме опікун.

Джерелом регулювання принципу добросовісності є також Принципи міжнародних комерційних договорів, затверджені Адміністративною радою Міжнародного інституту уніфікації приватного права (УНІДРУА). Принципи УНІДРУА є деталізованою системою норм загального договірного права, які регулюють питання укладення, дійсності, тлумачення і наслідків невиконання договорів, що укладаються в сфері міжнародної торгівлі незалежно від правових традицій країн, в яких ці Принципи будуть застосовані.

Принципи УНІДРУА є елементом наднаціональної правової системи *lex mercatoria* і втіленням диспозитивних звичаїв, що підлягають застосуванню лише у випадку, якщо сторони зроблять відповідне застереження в договорі.

Одна з небагатьох імперативних норм Принципів УНІДРУА, дію яких сторони, що обрали Принципи або *lex mercatoria* як належне право, не можуть виключити своєю угодою, є принцип добросовісності й чесної ділової практики (*good faith and fair dealing*). Принципи УНІДРУА не містять поняття добросовісності, яку необхідно розуміти через застосування кількох критеріїв визначення добросовісності.

Виходячи з критерію добросовісності, вирішується питання про визнання договірних положень недійсними внаслідок суттєвої помилки однієї сторони, про яку було відомо іншій стороні (ст. 3.5), обману (ст. 3.8), суттєвої нерівності умов договору, коли одна сторона отримує надмірну і невинуватому перевагу за рахунок іншої (ст. 3.10), зокрема, за застереженнями про обмеження відповідальності (ст. 7.1.6).

Стаття 2.20 Принципів вимагає виявлення прямої згоди однієї сторони з умовами, несподіваними за змістом, формулюванням або засобом вираження, які інша сторона «приховала» серед стандартних умов запропонованої нею редакції договору, інакше такі умови визнаються недійсними. З посиланням на принцип добросовісності можуть бути навіть змінені умови належним чином укладеного договору, як це має місце в Німеччині.

Відповідно до ст. 6.2.3 Принципів УНІДРУА зміни умов можливі, якщо після укладення договору відбулися зміни дійсності, що істотно порушують рівновагу договірних зобов'язань, ризик настання яких не приймався потерпілою стороною (так звані «ускладнення»). Наведені обставини знаходяться поза контролем сторін, їх не можна розумно врахувати при укладенні договору. Це є відображенням зобов'язань, що прямо не впливають зі змісту договорів «суворого» права і характерні для договорів «доброї совісті», зміст яких визначається не їх умовою, а справжніми намірами сторін або, якщо вони незрозумілі, звичаями ділового обороту. Перегляд умов договору повинен здійснюватися добросовісно, а сама вимога щодо перегляду не повинна слугувати «тактичним маневром», тобто засобом шантажу.

Розуміння ідеї добросовісності як джерела можливих зобов'язань, не передбачених прямо ні угодою сторін, ні застосуванням правом, є спільним елементом правових систем, що визнають цей принцип. Такі «забезпечувальні зобов'язання» повинні доповнювати систему взаємних зобов'язань сторін для досягнення цілей, заради яких і укладено договір¹.

Принципи (статті 5.1 і 5.2) встановлюють можливість здійснення можливих зобов'язань та виведення їх із характеру і мети договору, попередніх взаємовідносин сторін, розумності, добросовісності та стандартів чесної ділової практики. Відповідно до ст. 4.8 Принципів суд доповнює договір умовами, які не були погоджені сторонами, але необхідні для здійснення договору, виходячи з тих самих критеріїв.

Добросовісність є визначальним поняттям для тлумачення договору, коли спільний намір сторін неможливо встановити. В Принципах УНІДРУА закріплено похідне від принципу добросовісності правило *contra proferentem*, відповідно до якого двозначні умови повинні тлумачитися так, щоб перевага надавалася розумінню, протилежному інтересам сторони, яка запропонувала таку умову.

Принципами встановлюється загальний обов'язок для суб'єктів комерційних відносин діяти відповідно до прийнятих у практиці міжнародної торгівлі стандартів добросовісності й чесної ділової практики і зумовлює імперативний, фундаментальний характер норми, за якою сторони за договором не можуть обмежити або виключити її дію. Проте ніщо не заважає сторонам передбачити в договорі зобов'язання слідувати більш суворим стандартам, ніж ті, які встановлені практикою міжнародної торгівлі².

Принципи УНІДРУА закріплюють також елементи пріоритету і субсидіарності застосування їх положень перед національними законодавствами окремих правових систем.

Останнім часом із прийняттям нового ГК активізувалися дискусії щодо поняття принципу добросовісності. Так, на

¹ Див.: Майданик Р. А. Проблеми довірчих відносин в цивільному праві. — К., 2002. — С. 80.

² Смитюх А. «Добросовестные» принципы. Добросовестность и честная деловая практика как основополагающая идея Принципов международных коммерческих договоров и *lex mercatoria* // Юридическая практика. — 2001. — № 37 (195). — 12 сентября. — С. 10.

думку Н. С. Кузнєцової, у межах зобов'язання засади добросовісності конкретизують як загальний обов'язок, що передбачає необхідність: а) кожній стороні зробити все, що взаємно полегшить виконання зобов'язання, і уникати того, що може їх ускладнити або унеможливити їх виконання; б) уникати порушення прав іншої сторони; в) дійсно робити спільно все, що необхідно для досягнення мети договору; г) надавати необхідну інформацію про виконання первісних дій з реалізації зобов'язання¹. Визначені автором ознаки добросовісності досить влучно відображають сутність принципу добросовісності у зобов'язальному праві. Водночас зайвим уявляється останній елемент, оскільки він фактично охоплюється другим елементом, який передбачає обов'язок вчиняти все для того, щоб досягти мети зобов'язання.

Т. В. Боднар та О. О. Мережко розглядають принцип добросовісності у зобов'язальному праві як засаду, що передбачає сумлінну і чесну поведінку суб'єктів при виконанні суб'єктивних обов'язків і здійснення суб'єктивних прав у зобов'язальних правовідносинах². Важко заперечувати правильність наведеного визначення принципу добросовісності, але його ефективність у правозастосовчій практиці поки що незначна, оскільки сутність принципу добросовісності розкривається через оціночні терміни сумлінності й чесності, які, в свою чергу, є неоднозначними і потребують спеціального тлумачення.

Р. А. Майданик визначає принцип добросовісності як один із засобів певного обмеження принципу свободи договору сторін та контролю виконання сторонами договору³.

У російській юридичній літературі окремі автори принцип добросовісності визначають як обов'язок учасника цивільних правовідносин при здійсненні своїх прав і виконанні своїх обов'язків турбуватися про дотримання прав і законних інтересів інших учасників майнового обороту⁴. Таке ви-

¹ Кузнєцова Н. Принципи сучасного зобов'язального права України // Українське комерційне право. — 2003. — № 4. — С. 13.

² Боднар Т. В. Виконання договірних зобов'язань у цивільному праві. — К., 2005. — С. 116; Мережко А. А. Lex mercatoria: теорія і принципи транснаціонального торгового права. — К.: Таксон, 1999. — С. 160.

³ Майданик Р. А. Проблеми довірчих відносин в цивільному праві. — К., 2002. — С. 71.

⁴ Чукреев А. А. Добросовестность в системе принципов гражданского права // Журнал российского права. — 2002. — № 11. — С. 103.

значення принципу добросовісності є юридично помилковим, адже не можна зобов'язати особу піклуватися про дотримання прав і законних інтересів невизначеного кола осіб, особливо коли це стосується сфери підприємницької діяльності, яка базується на конкуренції суб'єктів підприємництва.

Підсумовуючи аналіз цивільного законодавства України, юридичної літератури, зарубіжного досвіду щодо принципу добросовісності, можемо дійти висновку, що в договірних відносинах добросовісною має вважатися така поведінка сторони, яка, знаючи (повинна була знати), що здійснення нею або іншою стороною прав або виконання договірних обов'язків може призвести до негативних наслідків, не вжила доступних їй заходів для їх усунення. В іншому випадку вона має вважатися недобросовісною з настанням для неї тих чи інших правових наслідків. Встановлення факту недобросовісності особи можливе за наявності доказів, які спростовують презумпцію добросовісності поведінки учасників цивільних правовідносин. У зв'язку з цим не можна повністю погодитися з думкою про те, що недобросовісність – це знання або нереалізована можливість знання про вірогідну шкоду лише від своїх дій для іншої особи¹.

Наукового осмислення вимагає також зміст *принципу розумності*, який порівняно з іншими принципами (добросовісності та справедливості) застосовується в ЦК понад 50 разів, причому переважно в статтях щодо виконання зобов'язань. Законодавець знову ж таки не дає визначення поняття «розумність», але, як правило, пов'язує його вживання з іншими юридичними категоріями: розумна поведінка (ч. 5 ст. 12); розумний строк (статті 564, 666, 670, 672, 678, 680, 684, 688 та ін.); розумна ціна (ч. 1 ст. 874); розумна плата (ч. 2 ст. 903, ч. 1 ст. 916, ст. 931); розумні витрати (ч. 1 ст. 1232); розумний час (ст. 1146). Таке широке застосування терміна «розумність» дало підставу Т. В. Боднар висловити думку про існування принципу розумності лише в правовідносинах виконання зобов'язань, що є певним перебільшенням².

¹ Див.: Емельянов В. Добросовестность, разумность // аж-Юрист. — 2002. — № 18. — С. 4; Емельянов В. И. Разумность, добросовестность, незлоупотребление гражданскими правами. — М.: Лекс-Книга, 2002.

² Боднар Т. В. Виконання договірних зобов'язань у цивільному праві. — К., 2005. — С. 117.

2.3. Принцип свободи в договірному праві України

У ст. 3 ЦК України серед загальних засад цивільного законодавства окремо виділено свободу договору, яку можна беззастережно визнати принципом договірної права. Підтвердженням цього слугує зміст ст. 627 ЦК, згідно з якою відповідно до ст. 6 цього Кодексу сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням вимог цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості. Оскільки ж свобода договору стосується лише сфери договірних відносин, то, відповідно, ця правова засада має бути визнана принципом лише договірної права, незважаючи на те, що в ЦК він проголошений загально-цивілістичним принципом.

У ЦК РФ у ст. 1 також закріплена норма про те, що цивільне законодавство ґрунтується, зокрема, на свободі договору. Одна відмінність ЦК України від ЦК РФ все ж існує і полягає у тому, що у першому додатково визначається співвідношення актів цивільного законодавства і договору (ст. 6), і у тій самій ст. 6 ЦК України не лише проголошується свобода договору, а й визначаються обмеження дії принципу свободи договору. По-перше, в ній сторонам дозволяється лише укласти договір, не передбачений актами цивільного законодавства, але який відповідає загальним засадам цивільного законодавства; по-друге, сторони можуть врегулювати у передбаченому актами цивільного законодавства договорі не врегульовані ними свої відносини; по-третє, сторони в договорі можуть відступати від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд, за винятками, зазначеними в цих актах або якщо обов'язковість застосування останніх впливає з їх змісту або із суті відносин між ними.

Такими є основні положення статей 3, 6, 627 ЦК, які визначають найголовніші правові засади щодо свободи договору. Для правильного розуміння принципу свободи договору та його правильного застосування на практиці необхідно визначити його зміст, межі дії, правові наслідки вчинення сторонами дій поза цими межами. Поки що ці питання недостатньо досліджувалися українськими вчени-

ми-правознавцями. Найвагомішою науковою працею є дисертаційна робота А. В. Луць «Свобода договору в цивільному праві України»¹. На думку автора, ст. 6 ЦК України встановлює лише межі (рамки) свободи договору, з чим не можна не погодитися в силу вищенаведених міркувань.

У свій час деякими цивілістами радянського періоду також визнавався як загально-цивілістичний принцип свободи у здійсненні цивільних прав відповідно до їх соціального призначення, який знайшов певне опосередковане відображення в ст. 5 Основ цивільного законодавства СРСР та ст. 5 ЦК УРСР². Однак широкої підтримки в наукових колах цей принцип не отримав, оскільки визнавався атрибутом буржуазного договірного права³.

Нині у зв'язку з безпосереднім закріпленням свободи договору в кількох статтях нового ЦК неможливо віднайти аргументи, які могли б заперечити його існування в новітньому цивільному праві. Однак і відтепер можлива його особлива інтерпретація.

Так, Н. С. Кузнецова лише називає серед принципів, закріплених у ст. 3 ЦК, свободу договору, але в подальшому не розкриває його змісту, а піддає детальному аналізу принцип диспозитивності, який, на її думку, у традиційному сенсі визначає модель поведінки учасника цивільних відносин, яка дозволяє відійти їм від нормативної моделі й передбачити інші правила. Однак розробники нового ЦК відмовилися від такого занадто звуженого розуміння диспозитивності у договірних зобов'язаннях і передбачили у ст. 6 ЦК інші підходи. За цією статтею, зокрема, сторони можуть відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд, якщо інше не визначено імперативними приписами актів цивільного законодавства⁴. Викладена позиція Н. С. Кузне-

¹ Луць А. В. Свобода договору в цивільному праві України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2001. — 18 с.

² Советское гражданское право / Под ред. О. А. Красавчикова. — М.: Высшая школа, 1968. — Т. 1. — С. 26.

³ Иоффе О. С. Советское гражданское право. — М.: Юрид. лит., 1967. — С. 31.

⁴ Кузнецова Н. Принципи сучасного зобов'язального права // Українське комерційне право. — 2003. — № 4. — С. 9—17.

цовой не викликала б жодних заперечень, якщо б не звертати увагу на застереження в ст. 627 ЦК про те, що відповідно до ст. 6 цього Кодексу сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору. Наявність такої відсилочної норми до ст. 6 ЦК дає підстави вважати, що начебто остання визначає правові засади свободи договору, що не зовсім так, адже насправді в ст. 6 визначається лише один із аспектів свободи договору в частині співвідношення нормативного і договірної регулювання, в якому Н. С. Кузнецова вбачає ознаки принципу диспозитивності. Відтак з огляду на це можна припустити, що автор розмежує принципи свободи та диспозитивності як самостійні.

М. Сібільов, оцінюючи правила ст. 6 ЦК щодо співвідношення закону і договору, зазначив, що положення актів цивільного законодавства мають тлумачитися як диспозитивні, крім випадків, коли в них прямо вказано на неможливість для сторін у договорі відступати від положень цих актів або коли це впливає з їх змісту або із суті відносин між сторонами¹. Відповідно, автор підтримав точку зору З. В. Ромовської, яка стверджує, що співвідношення питомої ваги імперативних і диспозитивних норм ЦК вирішує на користь останніх². Натомість В. В. Луць зазначає, що статті 6 і 627 ЦК не розкривають повністю змісту принципу свободи договору³. Таким чином, В. В. Луць уникає виділення принципу диспозитивності, вбачаючи у змісті ст. 6 ЦК наявність елементів принципу свободи договору. Отже, існує неузгодженість між юристами в оцінці правової природи свободи договору та диспозитивності в договірному праві.

Як нам вважається, ці дві правові категорії є дуже близькими, хоч і не завжди можуть повністю співпадати. Не випадково видатний російський вчений В. П. Мозолін зауважив, що з поняттям свободи договору, яке розкривається у

¹ Сібільов М. Базові моделі регулювання договірних відносин за новим Цивільним кодексом України // Українське право. — 2003. — № 4. — С. 17—20.

² Ромовська З. Проблеми загальної теорії права у проекті ЦК України // Кодифікація приватного (цивільного) права. — К., 2000. — С. 42.

³ Луць В. В. Проблеми договірної регулювання майнових відносин за новим Цивільним та Господарським кодексами України // Українське комерційне право. — 2003. — № 4. — С. 21—32.

ст. 1 ЦК РФ як право громадян і юридичних осіб вільно встановлювати свої права і обов'язки на основі договору і у визначенні будь-яких умов договору, що не суперечать законодавству, досить тісно пов'язане поняття диспозитивних норм, широко застосовуваних у цивільному законодавстві¹. Однак автор, на жаль, не запропонував свого конкретного бачення «пов'язаності» цих понять.

Вирішуючи цю проблему, насамперед, необхідно, мабуть, враховувати, що диспозитивність здійснення цивільних прав на свій розсуд і наявність диспозитивних норм — різноплщинні правові явища, оскільки останні закладають правові підвалини для диспозитивної поведінки учасників цивільних правовідносин, які врешті-решт закріплюють ідею диспозитивності як визначальної засади побудови договірної права, а також забезпечують учасникам договірних відносин можливість вільного вибору моделі їх поведінки в межах, наданих цими диспозитивними нормами. Відтак можна зробити висновок, що нормативно закріплена диспозитивність є водночас елементом реалізації принципу свободи договору. Власне, таким є положення ст. 6 ЦК. Тому з огляду на сказане є некоректною конструкція ст. 627 ЦК, яка визначає свободу договору таким чином, що повністю базується на положеннях ст. 6 ЦК, яка, як вже було доведено вище, є лише одним із складових елементів функціонування принципу свободи договору. Крім цього, в статтях 6 і 627 ЦК допущена юридична помилка в тій частині, в якій закладається правило про співвідношення актів цивільного законодавства і договору та дію принципу свободи з урахуванням ЦК та інших актів цивільного законодавства. В цих статтях не враховано, що договірні відносини можуть регулюватися як актами цивільного законодавства, так іншими актами законодавства (сімейного, земельного тощо). Відтак, з урахуванням здійсненого аналізу положень статей 3, 6, 627 ЦК, правової природи та змісту принципу свободи договору ст. 627 ЦК могла б бути позбавлена вищезгаданої юридичної некоректності за умови викладення її в

¹ Коментарій к гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой / Под ред. Т. Е. Абовой и А. Ю. Кабалкина. — М.: Юрайт-Издат, 2003. — С. 29.

наступній редакції: «Сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням вимог ст. 6 та вимог інших статей цього Кодексу, інших актів законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості».

У цивілістичній літературі дається різне визначення принципу свободи договору. Однак в усіх випадках визначальним має бути правило римського приватного права про те, що договір не може виникати всупереч волі сторін, а відтак вона має бути лише виявом взаємної згоди¹.

Спроби розкрити зміст принципу свободи договору робилися і за радянського періоду. Так, на думку Ф. І. Гавзе, свобода договору полягає у наступному: 1) договір — це вільне погодження волі суб'єктів; 2) об'єктом договору може бути будь-який предмет або дія; 3) умови договору цілком визначаються волею сторін; 4) форма укладення договору цілком залежить від розсуду сторін; 5) розірвання договору може відбуватися на вимогу однієї зі сторін; 6) наслідки невиконання договору, якщо вони зумовлені у самому договорі, не можуть змінюватися судовими органами; 7) відповідальність за невиконання договору має бути суто цивільною².

Перераховані ознаки чи елементи свободи договору багато в чому прийнятні й нині, оскільки це було зумовлено лібералізацією економічного товарообігу, введенням нової економічної політики (НЕП), від якої досить швидко влада відмовилася, а на зміну їй в економічну політику були привнесені адміністративно-командні методи управління економікою, які стали пануючими і в договірних відносинах, особливо між соціалістичними організаціями. Відтак і свобода договору в соціалістичній економіці виявилася деформованою³.

¹ Підпригора О. А. Основи римського приватного права: Підручник для студентів юрид. вузів та факультетів. — К.: Вентурі, 1997. — С. 198—199.

² Гавзе Ф. И. Договор по Гражданскому кодексу // Еженедельник сов. юстиции. — 1923. — № 13. — С. 289 (Цит. за працею: Денисов С. А. Некоторые общие вопросы о порядке заключения договора // Актуальные вопросы гражданского права / Под ред. М. И. Брагинского; Исследовательский центр частного права. Российская школа частного права. — М.: Статут, 1998. — С. 231.

³ Договор в народном хозяйстве: вопросы общей теории // М. К. Сулейменов, Б. В. Покровский, В. А. Жакенов и др. — Алма-Ата: Наука, 1987. — С. 46.

У пострадянський період активізувалися дослідження принципів цивільного права. Так, О. О. Мережко обґрунтував думку про те, що юридичний зміст принципу свободи зводиться до: а) свободи суб'єктів на свій розсуд укладати договір; б) свободи сторін договору визначати його зміст шляхом взаємної згоди; в) обов'язку сторін при укладенні договору враховувати суспільні та державні інтереси, які виражені, передусім, у нормах публічного права; г) обов'язковості добросовісного виконання договору¹.

З огляду на те, що цю думку автор висловив ще до прийняття нового ЦК України, визначені ним елементи принципу свободи договору досить вдалі. Інша справа, що названий ним обов'язок при укладенні договору враховувати суспільні та державні інтереси не є проявом свободи договору, а, швидше за все, є її обмежувальним механізмом, а тому він не знайшов свого адекватного закріплення в такому сенсі.

Надзвичайно широко визначив свободу договору російський юрист С. А. Денисов, який на основі аналізу положень нового Цивільного кодексу РФ виділив такі елементи договірної права: 1) право учасників цивільного обороту самостійно вирішувати, чи слід їм укладати договір, чи ні; 2) громадяни та юридичні особи є вільними у виборі контрагента за договором; 3) у процесі досягнення згоди сторони є юридично рівноправними одна щодо одної; 4) самостійність сторін у ході укладення договору визначати вид (різновид) договору, якому вони хочуть підпорядковувати свої правовідносини; 5) право сторін укласти договір, в якому є елементи різних договорів, передбачених законом або іншими правовими актами (змішані договори); 6) право сторін вести переговори з метою досягнення угоди будь-якими правовими способами і без обмежень у часі, а також вирішувати, продовжувати їм переговори чи ні; 7) регулювання відносин суб'єктів за зобов'язанням переважно диспозитивними нормами, які діють тільки у випадках, коли інше не передбачено в самому договорі, розробленому сторонами; 8) значне розширення свободи учасників договору, оскільки ЦК

¹ Мережко А. А. *Lex mercatoria: теория и принципы транснационального торгового права.* — К.: Таксон, 2002. — С. 169.

РФ, зокрема, наділив загальною правоздатністю комерційні організації, а також розширив правоздатність громадян, давши їм можливість здійснювати підприємницьку діяльність; 9) істотне розширення сфери застосування договору, включаючи питання інтелектуальної власності, біржової та банківської діяльності, обігу цінних паперів, страхування, використання застави тощо; 10) розширення кола об'єктів, з приводу яких можливе укладення договору (нерухомість, майнові права, інформація тощо)¹.

Наведений автором перелік елементів свободи договору не можна визнати вдалим та продуманим. По-перше, розташовані вони несистемно, без урахування особливостей того чи іншого етапу розвитку договірних відносин; по-друге, недоречно до свободи договору автор відносить рівноправність сторін в укладенні договору, оскільки вона є проявом дії загального принципу рівноправності суб'єктів цивільних правовідносин; по-третє, окремі з зазначених елементів мають досить віддалене стосування до принципу свободи, наприклад, право сторін вести переговори про укладення договору без обмеження в часі.

Занадто звужене розуміння принципу договірної свободи запропонував А. М. Статівка, на думку якого під ним необхідно розуміти укладення договору будь-якого змісту з метою реалізації суб'єктами своїх індивідуальних інтересів².

Однак особливий інтерес викликає зміст принципу свободи договору, запропонований А. В. Луць, яка вважає, що хоч ст. 627 нового ЦК України названо «Свобода договору», проте в ній не повністю розкривається зміст договірної свободи в цивільному праві. Крім можливості вибору контрагента та визначення змісту договору, свобода договору включає також: а) вільний вияв волі особи на вступ у договірні відносини; б) свободу договору у виборі сторонами форм договору; в) право сторін укладати як договори, передбачені законом, так і договори, які законом не передбачені, але йому не суперечать; г) право сторін за своєю угодою зміню-

¹ Денисов С. А. Некоторые общие вопросы о порядке заключения договора // Актуальные проблемы гражданского права / Под ред. М. И. Брагинского. — М.: Статут, 1998. — С. 231—235.

² Статівка А. Н. Договори в агропромисловому комплексі України в умовах ринку. — Харьков: Право, 1997. — С. 136—143.

вати, розривати або подовжувати дію укладеного ними договору; г) право визначати способи забезпечення договірних зобов'язань; д) право встановлювати форми (міри) відповідальності за порушення договірних зобов'язань тощо. Зазначені аспекти договірної свободи закріплені іншими положеннями цивільного законодавства, але в узагальненому вигляді мають розкривати зміст поняття свободи договору¹.

Автором досить вдало визначені окремі елементи, що мають характеризувати свободу договору. Інша справа, що не на усіх етапах договірних відносин можна говорити про дію перерахованих елементів свободи договору. Наприклад, обмежену сферу дії має право сторін встановлювати способи забезпечення договірних зобов'язань. Більше того, це право співпадає з загальним елементом свободи договору, згідно з яким сторони можуть укладати будь-які договори, які не суперечать закону. Крім того, право сторін на вибір форми договору вимагає застереження, адже ці форми однозначно визначені законом, відтак сторони можуть у певних випадках диспозитивно обрати форму договору, але ту, яка визначена законом. Тобто є більше підстав констатувати факт наявності у цих ситуаціях ознак диспозитивної поведінки. Так у ч. 1 ст. 205 ЦК прямо зазначається, що правочин може вчинятися усно або в письмовій формі та його сторони мають право обирати форму правочину, якщо інше не встановлено законом. При цьому, як свідчить аналіз норм ЦК, переважна частина правочинів мають вчинятися у письмовій формі (ст. 208 ЦК) або у письмовій формі з нотаріальним посвідченням (ст. 209 ЦК). Більше того, недотримання вимог закону щодо форми правочину може спричинити для сторін відповідні негативні правові наслідки (визнання його недійсним, позбавлення його учасників права посилалися на підтвердження цього факту на свідчення свідків). За таких обставин говорити про свободу сторін у виборі форми договору було б дещо некоректно. Така свобода має «коригований» характер.

Вимагає уточнення також висновок автора про те, що елементом свободи є право встановлювати форми (міри)

¹ Луць А. В. Свобода договору в цивільному праві. — К.: Школа, 2004. — С. 47.

відповідальності за порушення договірних зобов'язань, адже цивільна відповідальність — не єдиний вияв можливих негативних правових наслідків порушення договору. Крім того, необхідно враховувати, що сторони можуть на свій розсуд визначати не лише форми (міри) цивільної відповідальності, а й розмір (обсяг) застосовуваних санкцій.

У чому ж полягають особливості дії принципу свободи в договірних відносинах? Багато в чому вони визначаються залежно від того, на якій стадії відбуваються договірні відносини.

1. Насамперед, у переддоговірній стадії принцип свободи означає, що, по-перше, кожний суб'єкт цивільних правовідносин має можливість вільно обрати контрагента для укладення договору; по-друге, такий суб'єкт вправі вільно обрати будь-який різновид правочину, який має забезпечити досягнення бажаної правової мети; по-третє, кожний правомочний суб'єкт має право вільно обрати об'єкт договірної зобов'язання; по-четверте, кандидати в контрагенти майбутнього договору можуть вільно до моменту його укладення відмовитися від своєї пропозиції укласти договір, або від своєї згоди (акцепту) про прийняття пропозиції (оферти) іншої особи (статті 641, 642 ЦК); по-п'яте, до моменту укладення договору сторони можуть вільно визначати умови майбутнього договору та свої права і обов'язки.

Однак усі перераховані елементи прояву свободи сторін на переддоговірній стадії договірної правовідносини та в момент укладення договору виявляються у межах відповідного правового поля. Більше того, законодавство України може містити винятки щодо свободи сторін на цій стадії. Іншими словами, в законодавстві можуть міститися норми, які безпосередньо або опосередковано обмежують дію принципу свободи договору. Чи немає тут певної суперечності? Чи логічно в одній нормі проголошувати принцип свободи договору, а в іншій — її обмежувати? Суперечності тут може не бути, але лише у разі, коли ці обмеження є обґрунтованими юридично, економічно та соціально. Власне, в іноземних правопорядках вже утвердилася відповідна система обмежень договірної системи. Аналізуючи ці правопорядки, О. О. Мережко доходить висновку про те, що в них утверджуються обмеження свободи договору з боку закону або з боку «публічного» порядку, добрих «нравів», добросовіс-

ності й міркувань соціальної справедливості. Спершу традиційний публічний порядок спрямовується на охорону індивідуальної свободи, забезпечення суверенітету держави і міцності сім'ї, забезпечення загальних правил моралі. Згодом концепція публічного порядку оновилася і стала однією з базових концепцій європейського міжнародного приватного права і має підпорядковуватися цілям: 1) національних інтересів держави, зовнішньої політики, військової безпеки, захисту довкілля тощо; 2) соціальним (наприклад, захисту прав споживачів, найманих працівників та наймачів житла); 3) основоположним вимогам справедливості, наприклад захисту прав людини¹.

Вищенаведені критерії для введення обмежень договірної свободи в тій чи іншій інтерпретації можна віднайти і в українській правовій системі. Вони містяться в ЦК України або опосередковано впливають із загальних засад цивільного законодавства, у тому числі засад публічного порядку і стосуються більшою чи меншою мірою усіх стадій договірної правовідносини.

Так, на перший погляд важко уявити допустимість примусового укладення договору. Між тим, це може мати місце. Т. В. Боднар визнає, що договірні зобов'язання виникають на підставі договору, а у ряді випадків — на підставі судового рішення². Однак автор не визначає випадки примусового укладення договору. Між тим, за законодавством радянського періоду закріплювалася система обов'язковості договірних зв'язків, що зумовлювалося існуванням адміністративно-командних методів управління економікою в соціалістичному суспільстві, одним із проявів яких було введення планової системи розподілу матеріально-технічних благ, будівництва, надання послуг тощо. Відповідно, ця система знайшла своє закріплення в цивільному законодавстві. Наприклад, згідно зі ст. 245 ЦК УРСР за договором поставки організація-постачальник зобов'язується передати у певні строки чи строк організації-покупцю (за-

¹ Мережко А. А. Договір в частному праві. — К.: А.С.К., 2003. — С. 87—93.

² Боднар Т. В. Виконання договірних зобов'язань у цивільному праві. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — С. 17.

мовнику) у власність (в оперативне управління) певну продукцію відповідно до обов'язкового для обох організацій планового акта розподілу продукції, а організація-покупець зобов'язується прийняти продукцію і оплатити її за встановленими цінами. При цьому в плановому акті вже завідомо визначалися сторони майбутнього договору.

Положенням про поставки продукції виробничо-технічного призначення та Положенням про поставки товарів народного споживання передбачалися індивідуальні планові акти (зокрема, наряди, плани прикріплення), в яких визначалися постачальники і покупці, обсяги і терміни поставки, а також інші реквізити. Усі розбіжності, які виникали при укладенні договорів, заснованих на обов'язковому для сторін плановому акті, повинні були вирішуватися судом, який мав право змусити сторони укласти договір відповідно до умов планового акта (ст. 159 ЦК УРСР). До постачальників (виготівників, підрядників, перевізників), які вчинили поза планом поставку продукції, що мала розподілятися в плановому порядку, застосовувалися досить суворі штрафні санкції (20% вартості такої продукції). Соціалістичні організації мали право вільно укладати договори лише щодо продукції (товарів), що не розподілялася в плановому порядку (ч. 2 ст. 245 ЦК УРСР).

О. А. Беляневич вважає, що спонукання до укладення господарського договору можливе тоді, коли хоча б одна із сторін зобов'язана укласти договір: через пряму вказівку закону; на підставі обов'язкового для виконання акта планування (у т. ч. державного замовлення); якщо сторони зв'язані зобов'язанням укласти договір на підставі існуючого між ними попереднього договору¹. За радянського періоду досить поширеною підставою для виникнення спорів про спонукання до укладення господарського договору було ухилення суб'єктів господарювання від здійснення дій, необхідних за законодавством для встановлення договірних відносин (невисилання оферентом проекту договору, неповернення акцептантом підписаного договору)².

¹ Беляневич О. А. Господарський договір та способи його укладання. — К.: Наукова думка, 2002. — С. 111—112.

² Побирченко И. Г. Преддоговорные споры о понуждении заключить договор поставки: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 1964. — С. 7.

За новим законодавством також можливі подібні випадки обмежень свободи вибору контрагента, наприклад у разі укладення господарських договорів за державним замовленням. У ЦК України це питання не знайшло належного врегулювання. В ст. 648 ЦК лише зазначається, що зміст договору, укладеного на підставі правового акта органу державної влади, органу влади АРК, органу місцевого самоврядування, обов'язкового для сторін договору, має відповідати цьому акту і особливості його укладення встановлюються актами цивільного законодавства. Насправді ж ці відносини врегульовані актами законодавства, які не можна визнати повною мірою цивільно-правовими, наприклад законами України «Про поставки продукції для державних потреб», «Про державний матеріальний резерв». За цими законами державне замовлення є обов'язковим для підприємств та організацій, заснованих повністю або частково на державній власності (державні підприємства, установи і організації, акціонерні товариства, у статутному фонді яких контрольний пакет акцій належить державі, орендні підприємства, засновані на державній власності), а також для суб'єктів господарської діяльності всіх форм власності, визнаних відповідно до чинного законодавства монополістами на відповідному ринку продукції. Цілком зрозуміло, що перераховані суб'єкти в силу цих законів в обов'язковому порядку мають бути контрагентами за такими договорами.

Особливий склад сторін є у зовнішньоекономічних договорах, обов'язковим суб'єктом яких має бути іноземна фізична чи юридична особа. У таких договірних відносинах також виявляється принцип свободи, але з певними особливостями¹.

У ст. 183 ГК України дещо деталізовано особливості укладення господарських договорів за державним замовленням. Так, за ст. 183 ГК України договори за державним замовленням укладаються між визначеними законом суб'єктами господарювання—виконавцями державного замовлення

¹ Див.: *Беляєва А. П.* Принцип свободи договору в правовому регулюванні зовнішньоекономічного контракту: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Жарків, 2005. — С. 4—16.

та державними замовниками, що уповноважені від імені держави укладати договори (державні контракти), в яких визначаються господарські зобов'язання сторін та регулюються відносини замовника з виконавцем щодо виконання державного замовлення. Отже, наведеною нормою однозначно утверджується обмежене коло контрагентів господарських договорів за державним замовленням. Частина 4 ст. 183 ГК посилює цю тезу, оскільки ухилення від укладення договору за державним замовленням є порушенням господарського законодавства і тягне за собою відповідальність, передбачену цим Кодексом та іншими законами. Спори з цих питань вирішуються у судовому порядку. Звісно ж, суд не позбавлений права визнати відмову контрагента від укладення договору безпідставною, а врешті й змусити виконавця державного замовлення укласти договір відповідно до умов державного замовлення. За таких обставин є усі підстави стверджувати про відсутність дії принципу свободи договору у наведеній ситуації.

Однак цивільне законодавство передбачає й інші підстави обмеження дії свободи у виборі контрагента договору. Так, відповідно до ст. 362 ЦК у разі продажу частки у праві спільної часткової власності з порушенням переважного права купівлі співвласник може пред'явити до суду позов про переведення на нього прав та обов'язків покупця. І хоча в наведеній нормі прямо не передбачається право суду задовольнити такий позов, наявність у суду такого права не викликає жодних сумнівів, а відтак має місце ще один випадок примусового укладення договору. Відповідно до ст. 372 ЦК майно, що є у спільній частковій чи сумісній власності, може бути поділене в натурі між співвласниками за домовленістю між ними. Під такою домовленістю необхідно розуміти, очевидно, договір про поділ спільного майна, що впливає з ч. 3 ст. 367 та ч. 4 ст. 372 ЦК, згідно з якими договір про поділ нерухомого майна, що є у спільній частковій або сумісній власності, укладається у письмовій формі й підлягає нотаріальному посвідченню. Таким самим чином це питання вирішене і у Сімейному кодексі України, оскільки згідно зі ст. 69 цього Кодексу дружина і чоловік мають право розділити майно за взаємною згодою і договір про поділ жилого будинку, квартири, іншого неру-

хомого майна, а також про виділ нерухомого майна дружині, чоловікові зі складу усього майна подружжя має бути нотаріально посвідчений. Однак, якщо такої домовленості між співвласниками не досягнуто, то такий поділ (виділ) може бути здійснений у судовому порядку, хоч у ЦК про це прямо не говориться. Але це впливає опосередковано зі змісту ч. 2 ст. 372 ЦК, в якій зазначається, що за рішенням суду частка співвласника може бути збільшена або зменшена з урахуванням обставин, які мають істотне значення. Звісно, такий висновок, який будується на припущенні, свідчить про вади у нормотворенні. Тому було б доцільно у ст. 367 та ст. 372 ЦК прямо передбачити норму про те, що у разі відсутності між співвласниками згоди щодо поділу спільного майна, спір між ними вирішується судом, рішення якого замінює договір про поділ (виділ) спільного майна.

Останнє застереження про заміну судовим рішенням договору поділу (виділу) спільного майна є досить важливим із правової точки зору, адже воно визначає його правову природу. Як відомо, судове рішення може бути безпосередньою правовою підставою виникнення цивільних прав і обов'язків (ч. 5 ст. 11 ЦК). Врешті-решт, поділ спільного майна у примусовому судовому порядку можна розглядати і як своєрідну санкцію за небажання укласти договір поділу спільного майна за взаємною згодою. Тут також варто зазначити, що в договорах про поділ спільного майна в силу самого закону обмежене коло його учасників, якими можуть бути лише співвласники. Лише вони можуть укласти договір поділу майна, що перебуває у їхній спільній власності.

Межі свободи у виборі контрагента можуть обумовлюватися багатьма чинниками: правовою природою того чи іншого договору, особливими вимогами до суб'єктного складу окремих видів договорів. Серед таких договорів найпоширенішими є публічні договори. Згідно зі ст. 633 ЦК 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). В одних публічних договорах (дого-

ворі роздрібної купівлі-продажу, побутовому підряді тощо) другою стороною (споживачем) може бути лише фізична особа, в деяких інших (наприклад у договорі зберігання на складах загального користування відповідно до ст. 936 ЦК) — також юридичні особи. У таких публічних договорах підприємець не може відмовитися від укладення договору за наявності у нього можливостей надання споживачеві відповідних товарів (робіт, послуг). І хоч у ч. 4 ст. 633 ЦК лише передбачено, що у разі необґрунтованої відмови підприємця від укладення публічного договору він має відшкодувати збитки, завдані споживачеві такою відмовою, але, як, на наш погляд, не існує правових перешкод також для задоволення позову споживача про примусове укладення договору з підприємцем, якщо у нього є можливості виконання такого договору.

Примусове укладення договору можливе на підставі положень ст. 635 ЦК, якою визначаються порядок та правові наслідки укладення попереднього договору. На жаль, і у цьому разі законодавець не визначив однозначно усіх правових наслідків відмови однієї зі сторін від укладення основного договору, адже у ч. 2 ст. 635 ЦК записано, що сторона, яка необґрунтовано ухиляється від укладення договору, передбаченого попереднім договором, повинна відшкодувати другій стороні збитки, завдані простроченням, якщо інше не встановлено попереднім договором або актами цивільного законодавства. Таким чином, залишається відкритим питання про примусове укладення основного договору за вимогою однієї зі сторін. Відтак знову доводиться констатувати факт юридичної незавершеності побудови норм ст. 635 ЦК. І лише з огляду на зміст ст. 16 ЦК, за якою кожна особа має право звернутися до суду за захистом свого особистого немайнового або майнового права та інтересу, можна дійти висновку про можливість сторони попереднього договору звернутися до суду з позовом про примусове укладення основного договору відповідно до умов попереднього договору. Між тим, є певні сумніви у праві суду задовольняти такий позов з огляду на відсутність у ст. 635 ЦК такого способу захисту. Власне, у ст. 16 ЦК серед перерахованих способів захисту цивільних прав та інтересів також відсутній такий спосіб захисту, який би надавав суду право примусового укладення того чи іншого

договору. Тому застосування такого способу захисту можливе лише за наявності в спеціальній нормі відповідного про це застереження, оскільки в тій самій ст. 16 ЦК зазначається, що суд може захистити цивільне право або інтерес іншим способом, що встановлений договором або законом. За таких обставин не підлягає сумніву право суду прийняти рішення про примусове укладення основного договору лише у разі, коли це передбачено або попереднім договором, або спеціальною нормою ЦК чи іншого закону.

Важко перерахувати усі можливі випадки існування меж у виборі offerentом бажаного контрагента, формуванні умов договору, що укладається, тощо, оскільки це може залежати від вимог, встановлюваних законодавством (наприклад законодавством про приватизацію державного майна), від способу організації договірних зв'язків (на біржах, аукціонах, конкурсах) тощо.

З огляду на викладене, на нашу думку, дія принципу свободи у формуванні суб'єктного складу договору найповніше виявляється у разі, коли обидві сторони, по-перше, мають необхідну для укладення відповідного договору договірну праводієздатність, по-друге, мають взаємоузгоджену волю для укладення договору. В інших випадках свобода формування договірних суб'єктів є «регульованою і контрольованою».

В окремих випадках коло учасників певних договорів є завідомо визначеним у силу самої правової природи договору чи його змісту. Такими є, наприклад, шлюбний чи спадковий договори. Так, відповідно до ст. 92 СК України шлюбний договір може бути укладено між особами, які подали заяву про реєстрацію шлюбу, а також між подружжям, тобто між особами, які вже перебувають у шлюбі.

Згідно зі ст. 1303 ЦК у спадковому договорі відчужувачем може бути подружжя, один із подружжя або інша особа. Цілком очевидно, що такою «іншою особою» може бути лише фізична особа, оскільки за статтями 1216, 1233 ЦК спадкодавцями можуть бути лише фізичні особи. Натомість, набувачем у спадковому договорі може бути як фізична, так і юридична особа.

Контрагенти того чи іншого договору можуть бути обмежені прямо чи опосередковано щодо вибору форми та змісту договору.

ЦК України (ст. 209), інші закони України передбачають обов'язковість нотаріального посвідчення окремих видів правочинів. Недотримання цієї вимоги призводить до нікчемності договору (ст. 220 ЦК). Таким чином, за таких обставин контрагенти зобов'язані укласти договір у посвідченій нотаріально письмовій формі. Фактично це означає, що контрагенти не повною мірою вільні у виборі форми договору, що укладається. У зв'язку з цим необхідно зазначити певну негативну тенденцію до збільшення кількості договорів, що потребують обов'язкового нотаріального посвідчення. За новим ЦК України та іншими законами таких випадків нараховуються десятки¹, на відміну від ЦК УРСР, в якому таких договорів було лише кілька (договори відчуження жилих будинків, квартир, дарування на суму понад 500 крб). Іншими словами, за новим ЦК фактично у контрагентів договору зменшуються можливості вільно обирати форму договору, що укладається.

Лише на перший погляд можна вважати, що наявність у контрагентів є повна свобода у виборі умов договору, у формуванні прав і обов'язків, які становлять зміст договору. За ст. 638 ЦК України договір вважається укладеним, якщо між сторонами в належній формі досягнуто згоду з усіх істотних умов договору. Такими є умови про предмет договору, умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї зі сторін має бути досягнуто згоди. Таким чином, за цією статтею безпосередньо виділена одна істотна умова, обов'язкова для будь-якого договору, — умова про предмет. Інші істотні умови мають визначатися нормами ЦК, які регулюють окремі види договірних зобов'язань, спеціальними законами. Нарешті, такі умови можуть зумовлюватися правовою природою самого договору. Виявляється, що контрагенти вільні у виборі лише тих умов, які не входять до вищезазначених умов. Певною мірою можна погодитися з А. В. Луць, що з переходом до ринкової економіки свобода договору розширилася, по-

¹ Див.: Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — Т. 1. — С. 354—355.

рівняно з радянським періодом¹. Проте не можна обійти увагою факт існування багатьох законів, у яких встановлюється надмірна кількість істотних умов (закони України «Про оренду державного та комунального майна» — дев'ять істотних умов, «Про фінансовий лізинг» — чотирнадцять). Крім того, численними нормативно-правовими актами, типовими договорами також передбачаються істотні умови договору, без включення яких договір може вважатися неукладеним.

Фактично створюється ситуація, в якій принижується та нівелюється дія принципу свободи. Між тим, ЦК України не передбачає правових застережень, які б унеможливили поширення такої негативної тенденції.

Мають свої особливості прояви принципу свободи на стадії виконання договірних зобов'язань. Найповніше виявила та проаналізувала їх Т. В. Боднар, яка назвала наступні прояви принципу свободи, які мають відношення до виконання зобов'язань:

а) визначення у договорі предмета, місця, строку, способу виконання (статті 529, 530, 532 ЦК);

б) вибір сторонами договору виду забезпечення виконання зобов'язання з переліку, встановленого законом, або встановлення його (виду) самими сторонами у договорі (статті 546, 547, 548 ЦК);

в) заміна осіб у зобов'язанні (статті 512, 520 ЦК);

г) вибір суб'єктами зобов'язання підстав його припинення шляхом вільного волевиявлення (статті 600, 601, 604, 605 ЦК);

г) встановлення в договорі підстав і заходів відповідальності суб'єктів зобов'язання за невиконання або неналежне виконання договірних зобов'язань².

Автор обґрунтовано і правильно визначила прояви принципу свободи стосовно виконання договору, але його реалізація відбувається переважно на стадії укладення договору, а не на стадії виконання договору. Проте і на цій стадії

¹ Луць А. В. Свобода договору в цивільному праві України. — К.: Школа, 2004. — С. 103—118.

² Боднар Т. В. Виконання договірних зобов'язань у цивільному праві. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — С. 39.

можлива дія певних елементів свободи, і заперечувати цей факт неможливо. Тому не можна погодитися з А. В. Луць у тому, що проявом свободи договору є також надана сторонам можливість вносити до нього зміни, доповнення або розірвати договір за взаємною згодою. При цьому право на зміну чи розірвання договору є логічним продовженням свободи сторін на вступ у договірні відносини та визначення змісту договору¹. В основу цього висновку автор поклала твердження М. І. Брагинського про те, що «ті, хто володіє правом за власною волею укладати договір, повинні бути у принципі настільки ж вільними у питаннях про його розірвання або зміну окремих договірних умов»². Безумовно, це справедливий і логічний висновок, але знову ж таки дія принципу свободи сторін на стадії виконання договору не є абстрактною, а її обсяг залежить від багатьох чинників, які зумовлюють необхідність встановлення певних обмежень у реалізації принципу свободи.

По-перше, принцип свободи, проявом якого є право сторін на зміну чи розірвання договору, не є визначальним на стадії виконання договору, оскільки його дія є лише вимушеною реакцією на аномальність ситуації, викликаной негативними об'єктивними чи суб'єктивними обставинами. Укладаючи договір, сторони мають на меті досягти певного юридичного результату, а тому на стадії після набрання чинності договору визначальним є принцип обов'язкового і належного виконання умов договору. І якщо це неможливо відповідно до встановлених договором або законом вимог або відпала потреба у його виконанні, сторони можуть за взаємною згодою реалізувати принцип свободи договору на стадії його виконання.

По-друге, і тут можливі обмеження щодо внесення тих змін чи доповнень до укладеного договору, якщо їх внесення суперечить тим самим вимогам законів України, інших актів законодавства, яких сторони повинні дотримуватися при укладенні договору. Наприклад, сторони публічного

¹ Луць А. В. Свобода договору в цивільному праві. — К.: Школа, 2004. — С. 119—120.

² Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Общие положения. — М.: Статут, 1997. — С. 348.

договору не можуть внести до нього такі зміни чи доповнення, які б суперечили правилам ст. 633 ЦК України під загрозою їх нікчемності. Відповідно до ч. 3 ст. 614 ЦК правочин, яким скасовується чи обмежується відповідальність за умисне порушення зобов'язання, є нікчемним. Сторони не можуть вносити також такі зміни щодо належного їм майна, внаслідок чого можливе його використання на шкоду правам, свободам та гідності громадян, інтересам суспільства, на погіршення екологічної ситуації та природних якостей землі (ст. 319 ЦК).

Здійснення сторонами дій щодо змін чи розірвання договору не повинно містити ознак протиправності. Наприклад, внесення змін до договору чи його розірвання не повинно бути спрямоване на вчинення кримінально-правових дій, а саме: на фіктивне банкрутство (ст. 218 КК України), на доведення до банкрутства (ст. 219 КК України), на випуск або реалізацію недоброякісної продукції (ст. 112 КК України) тощо.

Від зміни договору, його розірвання за взаємною згодою сторін необхідно відмежовувати зміну чи розірвання договору на вимогу однієї сторони у зв'язку з істотним чи іншим порушенням договору іншою стороною (статті 651–654, 678, 708 ЦК тощо), яка розглядається у судовому порядку. У разі обґрунтованості такої вимоги суд має право її задовольнити. Однак за таких обставин внесення змін до договору або його розірвання за судовим рішенням є способом захисту порушених прав (ст. 16 ЦК України), а відтак не є проявом свободи сторони в односторонньому порядку вимагати через суд примусового внесення змін до договору чи його розірвання.

На особливу увагу заслуговує проблема відмови сторони від договору. ЦК УРСР також передбачав можливість односторонньої відмови від договору, але за наявності загального правила, закріпленого у ст. 162, про недопустимість односторонньої відмови від договору чи його зміни, за винятками, передбаченими законом. Новий ЦК значно розширив коло випадків односторонньої відмови від договору, на що вже цілком справедливо зверталася увага в юридичній літературі¹. В ЦК України є також загальна норма ст. 214 ЦК, в якій записано, що осо-

¹ Блащук А. Відмова від виконання договору як підстава припинення зобов'язання // *Юридична Україна*. — 2004. — № 12. — С. 44–45.

би, які вчинили дво- або багатосторонній правочин, мають право за взаємною згодою сторін, а також у випадках, передбачених законом, відмовитися від нього, навіть і в тому разі, якщо його умови повністю ними виконані. Тобто аналіз цієї норми дає певні підстави вважати, що за загальним правилом одностороння відмова від правочину недопустима. Однак у подальшому норми книги 5 «Зобов'язальне право» знівелювали це загальне правило, оскільки в десятках статей ЦК (статті 651, 665, 666, 672, 678, 684, 690, 692, 695, 686, 700, 1009, 1026, 1044, 1126 тощо)¹ передбачається можливість односторонньої відмови від договору в односторонньому порядку.

При цьому у побудові норм, що передбачають односторонню відмову від договору, спостерігаються дві основні тенденції. По-перше, право на відмову сторона набуває у разі порушення умов договору чи закону другою стороною, що цілком зрозуміло і юридично є виправданою правовою мірою. Фактично одностороння відмова від договору у цьому разі має усі ознаки оперативної санкції. По-друге, в багатьох випадках законодавець надає стороні право на односторонню відмову від договору за відсутності будь-якого порушення з боку іншого контрагента і навіть без наведення причин та підстав такої відмови. Наприклад, статті 1025, 1026 ЦК України надають право комітенту та комісіонеру на відмову від договору комісії без зазначення причин. У разі відмови комітента від договору комісії, комісіонер має право на відшкодування витрат, зроблених ним у зв'язку з виконанням договору. Натомість, у разі відмови комісіонера від договору комісії законодавець не передбачає за комітентом права на відшкодування витрат, понесених ним у зв'язку з відмовою від договору комісіонера. Між тим, такі витрати у комітента також можуть виникнути. Відтак і комітент, і комісіонер мають бути за таких обставин поставлені в однакові умови, тобто в ст. 1026 ЦК мало б бути правило про право комітента на відшкодування витрат, понесених ним у разі безпідставної відмови комісіонера від договору.

Сторони договору комісії також можуть понести збитки у разі односторонньої відмови від договору. На наш погляд,

¹ Детальніше про це див.: *Блащук А.* Відмова від виконання договору як підстава припинення зобов'язання // *Юридична Україна.* — 2004. — № 12. — С. 43—47.

такі збитки мають відшкодовуватися у разі безпідставності односторонньої відмови від договору, незважаючи на відсутність у главі 69 «Комісія» спеціального про це застереження. Підставою для задоволення таких вимог можуть слугувати загальні положення зобов'язального права. Зокрема, такі положення закріплені в статтях 610, 611, 623 ЦК України. Сказане не повинно стосуватися лише права покупця-споживача на обмін протягом чотирнадцяти днів із моменту передання йому непродуктивного товару належної якості, встановленого ст. 707 ЦК України.

Оцінюючи доцільність введення до нового ЦК широкого кола випадків безпідставної односторонньої відмови сторони від договору, ми не можемо назвати таку тенденцію позитивним явищем, оскільки це не гармонізується з принципом обов'язковості договору і надає контрагенту право зловживати своїми правами, не сприяє стабілізації договірних відносин. Фактично законодавець всупереч юридичній логіці надав стороні абсолютну і надмірну свободу і принизив безпідставно роль інших принципів договірного права.

Нарешті постає питання про допустимість дії принципу свободи на стадії порушеного договірного зобов'язання. І відразу ж даємо позитивну відповідь на поставлене питання, адже навіть Конституція України в ст. 92 передбачає, що виключно законами України визначаються засади цивільно-правової відповідальності. Тобто законами України, у тому числі ЦК України, визначаються лише засади цивільно-правової відповідальності, що не виключає договірного визначення правових наслідків порушення договору, у тому числі у вигляді мір цивільно-правової відповідальності. Власне, вже в ст. 16 ЦК України, в якій визначаються способи захисту цивільних прав, серед яких передбачені й міри відповідальності у виді відшкодування майнової та моральної шкоди, міститься пряме застереження про те, що суд може захистити цивільне право або інтерес іншим способом, що встановлений договором або законом. Отже, відповідно до зазначеної статті, сторони мають право обирати на власний розсуд способи захисту прав у разі їх порушення. Ці способи можуть бути і не передбачені законом.

У главі 51 ЦК також окреслені правові наслідки порушення зобов'язання та права сторін щодо їх застосування.

Так, як зазначається у ст. 611 ЦК, у разі порушення зобов'язання настають правові наслідки, встановлені договором або законом, зокрема: 1) припинення зобов'язання внаслідок односторонньої відмови від зобов'язання, якщо це встановлено договором або законом, або розірвання договору; 2) зміна умов зобов'язання; 3) сплата неустойки; 4) відшкодування збитків та моральної шкоди. Зрозуміло, що укладаючи договір, сторони можуть передбачити перераховані правові наслідки в договорі, конкретизувати їх. Якщо вони цього не зроблять, то мають діяти правила, передбачені ст. 611 ЦК.

Крім того, необхідно враховувати, що правові наслідки можуть конкретизуватися в статтях, що регулюють окремі види договірних зобов'язань. Показовою тут може бути, наприклад, ч. 2 ст. 672 ЦК, згідно з якою, якщо продавець передав покупцеві частину товару, асортимент якого відповідає умовам договору купівлі-продажу, і частину товару з порушенням асортименту, покупець має право на свій вибір: 1) прийняти частину товару, що відповідає умовам договору і відмовитися від решти товару; 2) відмовитися від усього товару; 3) вимагати заміни частини товару, що не відповідає асортименту; 4) прийняти весь товар.

У даному разі покупець на свій розсуд обирає спосіб захисту свого порушеного права, але в межах передбаченої нормою цієї статті диспозитивної поведінки. А тому свобода у виборі способів захисту порушеного права здійснюється у врегульованих (контрольованих) законом межах.

Оцінюючи дію принципу свободи на стадії порушення договору, можна констатувати, що її прояв залежить від багатьох чинників, у тому числі визначеності механізму захисту у договорі, що виявляється, зокрема, у наступному.

1. Сторони можуть реалізувати принцип свободи у виборі способів захисту порушених договірних прав, якщо це не суперечить закону, на стадії укладення договору. Водночас сторони не позбавлені права внести зміни до договору в частині умов про захист як на стадії виконання договору, так і на стадії порушення договірних зобов'язань.

2. Сторони у договорі можуть взагалі не передбачити умов про правові наслідки порушення умов договору або зробити застереження про їх визначення законом. Звісно, у разі порушення зобов'язання сторони можуть укласти правочин

щодо правових наслідків порушення зобов'язання, але на практиці укладення такого правочину, як правило, є проблемним. Тому якщо такої домовленості не досягнуто, потерпіла сторона може вільно обрати будь-який спосіб захисту своїх порушених прав, передбачений законом.

Нарешті, може постати питання про право сторони відмовитися, наприклад, від стягнення збитків та неустойки. Чинне цивільне законодавство за загальним правилом заборони щодо такої відмови не містить, за винятком норми ч. 3 ст. 614 ЦК, за якою правочин, яким скасовується чи обмежується відповідальність за умисне порушення зобов'язання, є нікчемним. Відтак можна вважати нікчемною і відмову від застосування відповідальності за таке порушення. Однак, на наш погляд, сторони позбавлені певної свободи у незастосуванні правових наслідків порушення договірнього зобов'язання, якщо це суперечить статуту юридичної особи, призведе до банкрутства потерпілої сторони, містить ознаки зловживання правом тощо.

2.4. Принцип неприпустимості зловживання правом у договірних зобов'язаннях

Складовою частиною концептуальних положень про договірні зобов'язання є *принцип неприпустимості зловживання правом*.

Зазначений принцип визначає межі свободи, закладеної у суб'єктивному праві, вихід за які приводить особу до зловживання правом¹.

Реалізація суб'єктивних прав можлива при обов'язковому дотриманні меж реалізації цих прав уповноваженими суб'єктами, оскільки для зобов'язаної особи створюється значний ризик, пов'язаний з тим, що уповноважений суб'єкт, не порушуючи норм права, може скористатися ним не за призначенням і порушити інтереси зобов'язаної особи².

¹ Хміль М. М. Принцип неприпустимості зловживання правом (теоретико-правові аспекти): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Харків, 2005. — С. 1.

² Бирюкова Л. А. Злоупотребление правом в теории и практике применения норм о банковской гарантии // Цивилистические записки: Межвуз. сб. науч. тр. — Вып. 2. — М.: Статут — Екатеринбург: Институт частного права, 2002. — С. 280.

Перевищення зазначених меж має кваліфікуватися як зловживання правом з настанням певних правових наслідків, передбачених законом.

В європейському праві нормативне регулювання недопущення зловживання правом при здійсненні зобов'язань реалізується за допомогою трьох груп правових норм: 1) тих, що прямо забороняють шикану, як форму зловживання правом; 2) тих, що містять вимоги щодо здійснення суб'єктивних прав відповідно до «чеснот», або «сумлінно»; 3) тих, що містять вимоги здійснювати суб'єктивні права з урахуванням суспільних інтересів¹.

Питання щодо коректності застосування терміна «зловживання правом» є предметом наукових дискусій. На думку деяких вчених (В. П. Камішанський, М. М. Агарков, О. А. Папкова), він позбавлений будь-якого змісту, оскільки здійснення права не може бути протиправним.

Прихильники протилежної точки зору справедливо вважають, що ця правова категорія є цілком прийнятною і не суперечить здійсненню суб'єктивного права.

На нашу думку, визнання припустимості існування конструкції зловживання правом більш адекватно відображає реалії здійснення суб'єктивного права, оскільки використання права в такому випадку є не здійсненням права, а використанням переважного становища, забезпеченого цим правом, стосовно особи, якій заподіюється шкода. Існування цього явища підтверджується тим, що суб'єктивне право може використовуватися особою для здійснення протиправної дії².

Конструкція недопущення зловживання правом є одним із наріжних принципів договірних зобов'язань. Відповідно до ч. 3 ст. 13 ЦК України не допускаються дії осіб, що вчиняються з наміром заподіяти шкоду іншій особі, а також зловживання правом в інших формах.

Наведене положення певною мірою поширюється також на договірно-зобов'язальні правовідношення, що підтверджується також змістом ч. 1 ст. 13 ЦК, згідно з якою цивільні права особа здійснює в межах, наданих їй договором або

¹ Хміль М. М. Принцип неприпустимості зловживання правом (теоретико-правові аспекти): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Харків, 2005. — С. 7.

² Хміль М. М. Зазнач. праця. — С. 9.

актами цивільного законодавства. Такі загальні вимоги закону щодо меж здійснення цивільних прав знайшли своє продовження в інших статтях ЦК, що регулюють договірні зобов'язання. Так, відповідно до ст. 627 ЦК сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням вимог цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості. Свідоме ігнорування стороною договору цих вимог може завдати шкоди іншим особам або набути інших ознак зловживання правом.

Встановлення факту зловживання судом є для нього правовою підставою зобов'язати особу припинити зловживання своїми правами або застосувати інші наслідки, встановлені законом (ч. 6 ст. 13 ЦК). Зміст цих «інших наслідків» у Цивільному кодексі безпосередньо не визначений. Поза сумнівом, що такими наслідками може бути застосування загальних способів захисту цивільних прав та інтересів, передбачених ст. 16 ЦК, іншими статтями ЦК, які регулюють окремі види договірних зобов'язань, а також нормами інших актів цивільного законодавства.

У зв'язку з цим показовими є норми Закону України «Про захист прав споживачів» від 12 травня 1991 р. (в редакції Закону від 1 грудня 2005 р.), в якому передбачено, зокрема, 17 підстав визнання недійсними умов договорів, що обмежують права споживача (ст. 18) та багато конкретних видів нечесної підприємницької практики, використання якої при укладенні правочинів є також підставою визнання їх недійсними (ст. 19).

Наприклад, за ст. 18 Закону недійсними можуть визнаватися умови договору, спрямовані на встановлення продавцем (виконавцем, виробником) дисбалансу договірних прав та обов'язків на шкоду споживача. Такі умови є несправедливими і водночас містять ознаки зловживання продавцем (виконавцем, виробником) своїм правом «сильнішої» сторони щодо споживача як «слабшої» сторони.

У літературі слушно звертається увага на те, що здійснення суб'єктивних прав у тому чи іншому випадках призводить до небажаних, з точки зору правопорядка, наслідків, на які право повинно реагувати¹. За загальним правилом,

¹ Майданик Р. А. Проблеми довірчих відносин в цивільному праві. — К.: Вид.-поліграф. центр «Київський університет», 2002. — С. 81.

той, хто має будь-яке право, може його здійснювати, незважаючи на те, що в результаті такого здійснення може виникнути шкода для іншого; ще римські юристи говорили: «*Qui jure suo utitur, nemini facit injuriam*» («Хто використовує своє право, не порушує прав будь-кого»).

Привертає своєю чіткістю і глибиною аналіз конструкції зловживання правом, проведений Й. О. Покровським, який зазначає: «Я можу побудувати на своїй ділянці величезний будинок, який повністю позбавить світла вашу сусідню будівлю. Я можу стягнути з вас борг, хоч би мені гроші були в даний момент не потрібні, а ви будете внаслідок стягнення зовсім розорені тощо. Кожний, таким чином, у галузі цивільного права може діяти, виключно керуючись своїми власними інтересами і не піклуватися про інтереси інших: ці останні повинні піклуватися про себе самі. Необхідно лише, щоб той, хто здійснює своє право, залишався у формальних межах цього останнього»¹.

Однак егоїзм суб'єкта цивільних правовідносин має свої межі, критерії якого визначаються за допомогою конструкції зловживання правом, яка охоплює випадки, коли особа, яка має право, скористається ним не для задоволення якихось своїх інтересів, а з виключною метою нанести іншій шкоду, що кваліфікується як зловживання правом.

У цілому зловживання правом полягає в тому, що особа, якій формально належить суб'єктивне право, неправомірно його здійснює. Вважається, що уповноважена особа допускає зловживання правом у випадку, коли її дії ґрунтуються на суб'єктивному праві, передбачають недозволене використання свого права, порушують міру і вид поведінки, визначені законом, посилаючись при цьому на формально належне їй суб'єктивне право².

У зв'язку з цим зловживання правом розглядають у літературі формою здійснення власного права, за допомогою чи з використанням якої заподіюється шкода іншим учасникам суспільних відносин шляхом здійснення права в супе-

¹ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. — 3-е изд., стереотип. — М.: Статут, 2001. — С. 112—113.

² Майданик Р. А. Проблеми довірчих відносин в цивільному праві. — С. 81.

речності з його цільовим призначенням або здійсненням дій, що виходять за межі наданих законом прав, якщо такі межі й цілі здійснення права встановлені в законі¹.

Суб'єктивне право є мірою можливої поведінки уповноваженої особи і тому має певні межі за змістом і за характером здійснення. У зв'язку з цим В. П. Грибанов справедливо зазначає, що межі є невід'ємною рисою будь-якого суб'єктивного права. За їх відсутності будь-яке суб'єктивне право перетвориться на свавілля². В силу наведеного загальновизнаною вважається доцільність законодавчої заборони зловживання правом як найбільш загальної межі їх здійснення, що видається теоретично виправданим³ і необхідним на практиці. Не можна погодитися з тезою про неприпустимість існування конструкції «зловживання правом» лише в силу того, що той, хто користується своїм правом, нікому не заподіє шкоди⁴ або виходить за межі змісту права, тобто за межі самого права і тому це є не зловживання правом, а класична неправомірна дія⁵. З наведеним підходом не можна повністю погодитися, оскільки зловживати можна лише існуючим суб'єктивним правом шляхом виходу за межі дозволеної поведінки⁶.

Отже, кожне суб'єктивне право має свої межі. Останні визначають міру можливої поведінки уповноваженої особи. При порушенні встановлених меж здійснення суб'єктивного права настають несприятливі правові наслідки для порушника. У вигляді відмови в примусовому виконанні вимог з такого права, стягнення у доход держави отриманого за угодою, інші наслідки.

¹ Хміль М. М. Принцип неприпустимості зловживання правом (теоретико-правові аспекти). — С. 10.

² Грибанов В. П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. — М., 1972. — С. 139.

³ Грибанов В. П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. — М., 1992. — С. 39—40.

⁴ Агарков М. М. Проблема злоупотребления правом в советском гражданском праве // Известия АН СССР. Отделение экономики и права. — 1946. — № 6. — С. 249.

⁵ Белов В. А. Гражданское право: Общая часть: Учебник. — М.: АО «Центр ЮрИнфоР», 2002. — С. 579.

⁶ Советское гражданское право. — К., 1983. — С. 247.

Межі здійснення цивільних прав можуть визначатися різними способами. Межа може встановлюватися залежно від строку існування суб'єктивного права, суб'єктного складу учасників правовідносин, кола їх повноважень¹. До меж відносять порушення чинного законодавства, зокрема, реалізацію наданих правом можливостей недозволеними способами, використання суб'єктом недозволених засобів примусового здійснення чи захисту свого права, порушення прав і охоронюваних законом інтересів інших осіб і держави, заподіяння шкоди навколишньому середовищу, дії підприємців щодо здійснення наданих їм прав, спрямовані на обмеження конкуренції та використання з цієї метою домінуючого становища на ринку. Порушення наведених меж здійснення цивільних прав веде до зловживання правом, тобто є підставою виникнення цього правового явища².

Загальний перелік меж вільного здійснення цивільних прав закріплено в ст. 13 ЦК України. Вони полягають у наступному.

Аналіз чинного законодавства дає підстави для висновку про здійснення особою цивільних прав у межах, наданих їй договором або актами цивільного законодавства. Загальне конституційне положення полягає в недопущенні порушення прав і охоронюваних законом інтересів інших осіб і держави³. У зв'язку з цим при здійсненні своїх прав особа зобов'язана утримуватися від дій, які могли б порушити права інших осіб, завдати шкоди довікілью або культурній спадщині. Тому не допускаються дії особи, що вчиняються з наміром завдати шкоди іншій особі, а також зловживання правом в інших формах. Не допускається використання цивільних прав із метою неправомірного обмеження конкуренції, зловживання монопольним становищем на ринку, а також недобросовісна конкуренція. При

¹ Косак В. М. Здійснення та захист цивільних прав // Цивільне право України: Підручник: У 2 кн. / О. В. Дзера (кер. авт. кол.), Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін.; За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. — 2-е вид., перероб. і доп. — К.: Юрінком Інтер, 2003. — Кн. 1. — С. 225.

² Майданик Р. А. Проблеми довірчих відносин в цивільному праві. — С. 82.

³ Косак В. М. Знач. праця. — С. 225.

здійсненні цивільних прав особа повинна додержуватися моральних засад суспільства¹.

ЦК України не досить чітко визначив юридичні наслідки порушення суб'єктом меж здійснення своїх прав. Відповідно до ч. 6. ст. 13 ЦК України у разі недодержання особою при здійсненні своїх прав вимог, які встановлені щодо меж здійснення особою суб'єктивних прав, суд може зобов'язати її припинити зловживання своїми правами, а також застосувати інші наслідки, встановлені законом.

Інші наслідки зловживання правом закон прямо не встановлює. В літературі обґрунтовується припустимість віднесення до таких наслідків відмови у примусовому захисті права судом, примусового виконання обов'язку про припинення зловживання своїми правами на підставі рішення суду, можливості використання способів судового захисту особи, права якої порушено в результаті зловживання правом².

Зловживання правом можна розглядати як загальний принцип, «в основі якого лежить ідея добросовісного здійснення права, тобто такого, яке не заподіює шкоди іншим учасникам правовідносин»³, так і специфічним джерелом права, характерним для романо-германської правової системи.

Особливістю даного принципу є те, що він має пряму дію. У ході розгляду конкретних спорів у суді даний принцип-норма може безпосередньо застосовуватися. Зокрема, особі, яка зловживає своїми правами, може бути відмовлено в судовому захисті такого права. Неприпустимість зловживання правом є універсальним принципом-нормою, що зумовлено його загальнозначимістю, загальнообов'язковістю, вищою імперативністю та прямою дією⁴.

На думку французьких юристів Р. Давида і К. Жоффре-Спінозі подібні «... принципи показують підкорення права велінням справедливості у тому вигляді, як остання розуміється в певну епоху і певний момент; вони розкривають також характер не тільки систем законодавчих норм, а й права юристів у романо-германській правовій сім'ї. Жодна

¹ Майданик Р. А. Проблеми довірчих відносин в цивільному праві. — С. 82.

² Майданик Р. А. Знач. праця. — С. 83.

³ Хміль М. М. Принцип неприпустимості зловживання правом (теоретико-правові аспекти). — С. 13.

⁴ Хміль М. М. Знач. праця. — С. 14.

законодавча система не може обійтися без таких коректив чи застережень; їх відсутність може призвести до розбіжностей між правом і справедливістю»¹.

Конструкція незловживання правом нормативно реалізована законодавством різних країн континентального права. Так, у приватному праві Франції існує теорія незловживання правом, концепція якої була спочатку заснована на ст. 1382 ФЦК, що використовувалася в багатьох відношеннях².

Конституція Японії проголошує, що народ повинен утримуватися від будь-яких зловживань свободами і правами та несе постійну відповідальність за використання їх в інтересах суспільного добробуту.

Подібним чином розвиває ідею зловживання правом і швейцарське законодавство, яке провело універсалізацію випадків заборони здійснення права власності виключно з метою завдання шкоди іншій особі і закріпило цю конструкцію на початку Швейцарського Цивільного Уложення, в ст. 2 якого проголошується, що: «...будь-хто при здійсненні своїх прав і виконанні своїх обов'язків повинен поступати за доброю совістю. Очевидне зловживання правом неприпустиме» («Jeder mann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln. Der offenbare Missbrauch eines Rechts ist unzulässig»). Таким чином, на відміну від Німецького Цивільного Уложення (яке вважає зловживанням лише таке здійснення права, яке може мати своєю єдиною метою завдання шкоди іншій особі), швейцарська ст. 2 проголошує неприпустимим будь-яке здійснення, противне засадам «доброї совісті» («Treu und Glauben»). Наведене свідчить, що закріплене в швейцарському законі поняття шикани є ширшим за його німецький аналог. Для німецького законодавця важливою властивістю цього поняття є суб'єктивний умисел завдання іншій особі шкоди.

Швейцарське Уложення визнає достатньою об'єктивну невідповідність принципам «Treu und Glauben»³. У цьому

¹ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. — М., 1998.

² Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования / Пер. с англ. — М.: Изд-во МГУ, 1994. — С. 147.

³ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. — Изд. 3-е, стереотип. — М.: Статут, 2001. — С. 116; 259—262.

контексті Й. О. Покровський небезпідставно зазначає, що під це поняття можуть бути підведені, наприклад, і ті випадки, коли «я здійсняю свій малий інтерес на шкоду вашому великому, або коли я заподіюю вам шкоду не тому, що бажаю її, а просто тому, що не звертаю на ваші інтереси жодної уваги». На думку К. Huber'а, ст. 2 Швейцарського Уложення передбачає не лише випадки навмисного зловживання, а й випадки «зловживання через недбалість» («auch den culposen»). Інший коментатор, Treub'а, зазначає, що ст. 2 передбачає з боку судді зважування зустрічних «з точки зору справедливості» («aus Billigkeitsgrunden und aus Gründen der Ruchsichtsnahme auf die Lebensinteressen»). Одним словом, ст. 2 розглядається в юридичній літературі як відновлення знаменитої пандектної *exceptio doli generalis* (загальне посилення на умисел — лат.). Широкий резонанс отримав вислів зазначеного автора про те, що ст. 2 Швейцарського Цивільного Уложення являє собою один із тих «каучукових» параграфів надмірно широкого розуміння шикани, коли «на місце твердих правових норм стануть суб'єктивні почуття суддів, межі між приписами права і вимогами моралі зітруться»¹.

Однак, з іншого боку, саме завдяки швейцарському прикладу в сучасних умовах стало очевидним те, що сформульоване в законодавстві правило про недопущення зловживання правом не є принципом відповідальності. Йдеться про загальний принцип, який по-праву посідає своє місце на початку Цивільного кодексу, в його «загальній частині».

У зв'язку з цим конструкцію неприпустимості зловживання правом необхідно розглядати не як принцип відповідальності, а як загальний принцип права, що зумовлює його місце в системі цивільно-правового законодавства (а саме, у «Загальній частині» цивільного кодексу)².

Згідно з концепцією зловживання правом закон виступає проти того, хто недобросовісно, користуючись владою батька, опікуна, господаря, духовника, лікаря примусив іншу сторону укласти договір або отримав будь-яку іншу не

¹ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. — С. 116—117.

² Майданик Р. А. Проблеми довірчих відносин в цивільному праві. — С. 85.

належну йому перевагу. В цьому випадку закон може заборонити скористатися таким договором і заборонити вимагати його виконання.

Наведена доктрина отримала в англо-американському праві назву так званого неналежного впливу (рос. «недолжное влияние», англ. *undual influence*) і внесла певний моральний критерій в концепцію примусу («принуждения»).

За правовою природою «зловживання правом» є особливим типом цивільного правопорушення, що вчинене уповноваженою особою при здійсненні належного їй права, пов'язане з використанням недозволених конкретних форм у рамках дозволеного їй законом загального типу поведінки¹.

Зловживання правом може виступати як делікт (позадовірне порушення) або у вигляді порушення умов договору чи прийнятого одностороннього зобов'язання. Однак, зловживання правом не можна ототожнювати із деліктом.

Відмітна властивість зловживання правом полягає в його пов'язаності не з суб'єктивним правом у цілому чи з його змістом, а з процесом його реалізації, тобто з його здійсненням. Зловживання правом пов'язане із здійсненням належного особі суб'єктивного цивільного права, за рамки якого воно виходить². Тому зловживання правом може мати місце лише в тому випадку, коли уповноважений суб'єкт має певні права, при здійсненні яких він порушує права і законні інтереси інших осіб. Коли ж особа здійснює певні дії, не засновані на суб'єктивному праві, говорити про зловживання правом не можна.

Зміст зловживання правом в особливому характері протиправності такого діяння, що виявляється в неналежній реалізації наданого особі чи визнаного за нею права.

Аналогічна ситуація виникає тоді, коли особа, яка володіє певним правом, у своїй поведінці виходить за межі змісту належного їй права. Подібні дії можуть виступати як: а) протиправні (суперечать вимогам закону); б) правомірні (такі, що не ґрунтуються на суб'єктивному праві

¹ Грибанов В. П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. — С. 139.

² Садиков О. Н. Злоупотребление правом в Гражданском кодексе России // Хозяйство и право. — 2002. — № 2. — С. 40.

особи, але ця поведінка особи підпадає під категорію «охоронюваний інтерес»).

Отже, проблема зловживання пов'язана не з суб'єктивним правом у цілому чи з його змістом, а саме з процесом його реалізації, тобто з його здійсненням. Специфіка зловживання правом у тому, що воно (як явище суспільно шкідливе і заборонене) виникає на базі реалізації суб'єктивного права, тобто на базі дозволеної законом поведінки. При цьому цивільні суб'єктивні права органічно поєднуються з обов'язками уповноваженої особи використовувати своє право належним чином.

У доктрині обґрунтовуються різні підходи щодо виділення форм зловживання правом. В основу розподілу зловживань правом на форми (види) може бути покладено як юридичний критерій оцінки шкоди, так і правова природа суспільних відносин, тобто той факт, чи знаходиться воно у сфері правового регулювання або ні. У зв'язку з цим залежно від того, яким суспільним відносинам заподіюється шкода в процесі здійснення права в суперечності з його призначенням, зловживання правом класифікують на зовні правомірні, але такі, що суперечать «духу права» і протиправні (ті, що суперечать «букві закону»). Залежно від характеру заподіяної шкоди протиправні зловживання право класифікують на злочини й інші правопорушення¹.

Водночас буквально тлумачення положень ч. 3 ст. 13 ЦК України дає підстави для виокремлення двох основних форм зловживання правом у вигляді «дії з наміром завдання шкоди» та «зловживання в іншій формі»².

Здійснення суб'єктивних прав виключно з наміром завдання шкоди іншій особі було відоме науці цивільного права ще з часів римського приватного права і носить назву «шикана». Шикана (*abus de droit, Chikane, Rechtsmiss-*

¹ Хміль М. М. Принцип неприпустимості зловживання правом (теоретико-правові аспекти). — С. 11.

² Стефанчук М. До питання про форми та види зловживання суб'єктивними правами за новим ЦК України // Матеріали VI Всеукраїнської науково-практичної конференції «Верховенство права у процесі державотворення та захисту прав людини в Україні (28—29 квітня 2005 р.)». — Острозька правничий факультет Національного університету «Острозька академія», 2005. — С. 290.

brauch)¹, є особливою формою зловживання правом, під якою розуміють здійснення свого права з виключною метою — завдання шкоди іншій особі. Реалізація шикани призводить до задоволення самих низьких людських почуттів — помсти і злорадства, злоби і ненависті. Одним із найтиповіших та історично давніх випадків цього роду був випадок назло сусіду (так зване *Neidbau*): я будую на межі своєї ділянки високу стіну з виключною метою позбавити світла вікна вашого будинку².

Близький до шикани інститут англо-американського «*nuisance*» (зловмисність), поняття якого відображено в ст. 857 Зводу англійського цивільного права: «Зловмисництвом необхідно вважати дію чи бездіяльність, внаслідок якої особі незаконно створюються незручності, перешкоди або турботи, пов'язані із користуванням нерухомістю, шляхом заподіяння їй матеріальної шкоди або іншого втручання в користування нерухомістю, угіддями, перевагами або іншими схожими правами, або шляхом впливу на здоров'я особи, її комфорт і зручності. Якщо така поведінка створює порушення володіння, то це перешкоджає особі подавати позов про зловмисництво». Прикладами окремих випадків зловмисництва називаються розповсюдження шкідливих газів, надмірний шум, створення перешкод для нормально-го користування угіддями чи сервітутами, спрямування води на ділянку сусіда тощо³.

Юридична природа шикани близька до цивільного поза-договірного правопорушення (делікту). На відміну від делікту зловживання правом шляхом заподіяння шкоди при шикані є здійсненням права, а не протиправною поведінкою суб'єкта.

ЦК України не містить визначеного, закритого переліку форм зловживання правом, що допускає існування, поряд із шиканою, й інших форм зловживання. Тому другою формою зловживання вважається здійснення суб'єктивних прав без наміру завдання шкоди, але за фактичного завдання її. В літе-

¹ *Покровский И. А.* Основные проблемы гражданского права. — С. 113.

² *Майданик Р. А.* Проблеми довірчих відносин в цивільному праві. — С. 86.

³ *Стефанчук М.* До питання про форми та види зловживання суб'єктивними правами за новим ЦК України. — С. 291.

ратурі з цього приводу зазначається, що «при цьому суб'єкт права може як допускати (та ігнорувати) настання таких наслідків, так і не звертати уваги на їх можливе настання»¹.

Підтвердженням зазначеного підходу є той факт, що цивільне законодавство містить окремі норми, які можуть бути віднесені до інших форм зловживання правом, наведених у ст. 13 ЦК, незважаючи на те, що в них сам термін «зловживання правом» не використовується. До числа таких норм належать правила ст. 354 ЦК України про викуп безгосподарно утримуваних пам'яток історії та культури, згідно з якими, якщо власник пам'ятки історії та культури не вживе заходів щодо її збереження, зокрема у зв'язку з неможливістю створення необхідних для цього умов, суд за позовом державного органу з питань охорони пам'яток історії та культури може постановити рішення про її викуп державою. Формою зловживання правом необхідно визнати і неналежне поводження власника з тваринами².

У наведених випадках йдеться про реалізацію належного власнику права, яке веде до такого результату, який право і правосвідомість вважають неприпустимими і такими, що вимагають правового впливу шляхом застосування правових наслідків такої поведінки у вигляді викупу майна за судом, що цілком охоплюється формулою інституту зловживання правом.

Визнання зловживання правом різновидом правопорушення зумовлене наявністю специфічних особливостей в цій правовій конструкції.

Зловживання правом не обов'язково пов'язане із заподіянням шкоди третім особам. Наприклад, коли обрання автором невдалого псевдоніму здатне ввести публіку в оману. Наведений приклад свідчить, що зловживання правом є особливого роду правопорушенням і воно, вочевидь, має присікатися саме по собі. Для такого правопорушення наявність шкоди як прямих майнових збитків не повинно бути необхідною умовою застосування ст. 13 ЦК України. Навіть і щодо шикани закон говорить не про наявність шкоди, а

¹ Стефанчук М. До питання про форми та види зловживання суб'єктивними правами за новим ЦК України. — С. 290.

² Садиков О. Н. Злоупотребление правом в Гражданском кодексе России // Хозяйство и право. — 2002. — № 2. — С. 41.

лише про намір її заподіяти, який може ще й не реалізуватися.

У цьому зв'язку О. М. Садиков слушно зазначає, що шкода в наведених випадках повинна розумітися в широкому значенні й включати в себе не лише прямі майнові втрати, а й всі інші несприятливі наслідки (створення небезпечної ситуації, порушення громадських інтересів, незручності користування, погіршення товарного вигляду тощо), які можуть виникнути внаслідок зловживання правами, належними учасникам цивільного обороту¹. Рішення в цьому сенсі вже виносилися господарськими судами, які дійшли висновку, що «використання цивільного права в суперечності з інтересами певного соціуму неприпустимо... і воно повинно кваліфікуватися як зловживання правом»².

Важливу роль відіграють питання розподілу тягара доказування при зловживанні правом. Варто зазначити, що в силу загальних положень цивільного процесу подібний тягар лежить на особі, яка заявляє про зловживання правом, і вона повинна доказувати його факт, настання несприятливих наслідків і причинний зв'язок, а при шикані — також і наявність умислу відповідної особи.

У доктрині неоднозначно вирішується питання наявності вини в зловживанні правом. Окремі автори вважають, що вина повинна бути умовою зловживання правом³. Інші слушно вказують на те, що презумпція в даному випадку навмисної вини, з урахуванням загальних засад цивільно-правової відповідальності, недостатньо обгрунтовано, адже йдеться про різні правові інститути⁴.

Щодо інших форм зловживання правом вина взагалі не згадується в ст. 13 ЦК України як необхідна підстава таких правопорушень. Застосування в цих випадках загальних засад деліктної і договірної відповідальності створює низку складних правових питань щодо обов'язковості встанов-

¹ Садиков О. Н. Злоупотребление правом в Гражданском кодексе России // Хозяйство и право. — 2002. — № 2. — С. 42.

² Громова Н. В. Споры, связанные с применением ст. 10 ГК РФ / Комментарий судебно-арбитражной практики. — Вып. 4. — М., 1997. — С. 81.

³ Грибанов В. П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. — С. 60—62.

⁴ Садиков О. Н. Злоупотребление правом в Гражданском кодексе России. — С. 42.

лення для цього вини, що не узгоджується із сутністю і завданнями положень ст. 13 ЦК України. Тому підтримуємо позицію про те, що вина не повинна визнаватися необхідною умовою наявності зловживання правом в інших його формах, що підпадають під дію Цивільного кодексу щодо зловживання правом¹.

Заборона зловживання правом, закріплена в ст. 13 ЦК України, є нормою загальної частини цивільного законодавства, про що свідчать місце цієї статті в системі норм ЦК і її загальний зміст.

Поряд із зловживанням правом цивільне законодавство передбачає інші правопорушення (зокрема, перевищення повноважень, самочинне будівництво тощо), які за своїми зовнішніми ознаками схожі із зловживанням правом, правове регулювання яких, однак, суттєво відрізняється від правил ст. 13 ЦК України.

Вважається, що в наведених випадках у силу загально-визнаного правила *lex specialis derogat generalis* підлягають застосуванню ці спеціальні норми цивільного права, а не норми цивільного права про зловживання правом. У зв'язку з цим сторони і суди не мають права звертатися до ст. 13 ЦК України в ситуаціях, коли щодо спірного питання наявні спеціальні норми цивільного законодавства, що справедливо і розумно визначають взаємовідносини сторін. Зокрема, безпідставно посилатися на ст. 13 ЦК при розгляді вимог про визнання недійсними договорів і корпоративних актів, при трактуванні як зловживання правом надмірно високу ціну договору, укладеного за взаємною згодою сторін².

Проте, при зловживанні права бенефіціара при застосуванні норм про банківську гарантію, при стягненні подвійної неустойки, нарахуванні надмірних процентів при кабальних умовах відповідальності за прострочку орендної плати і завідомо помилковому розрахунку суми боргів, припустимим доцільно визнати застосування наслідків зловживання правом, оскільки застосування інших засобів захис-

¹ Майданик Р. А. Проблеми довірчих відносин в цивільному праві. — С. 89.

² Куликова Л. А. Закон или судебное усмотрение // Юридический мир. — 2000. — № 12. — С. 50.

ту неефективне і може охоплюватися поняттям зловживання правом.

Наведених позицій дотримується і судова практика.

Інститут банківської гарантії характерний тим, що надає, з одного боку, стягувачеві можливість швидко відшкодувати втрати, заподіяні невиконанням основного зобов'язання, а з іншого боку, щодо гаранта встановлюються обмеження за підставами для заявлення заперечень проти вимог кредитора (бенефіціара). В російській судовій практиці мали місце два випадки, коли суд розцінив дії бенефіціара як зловживання своїм правом. У першому випадку вимоги бенефіціара про виплату суми гарантії були заявлені за відсутності порушень основного зобов'язання з боку принципала – зобов'язання було виконано третьою особою на прохання принципала. В другому випадку бенефіціар вимагав виплати суми гарантії при тому, що у зв'язку з невиконанням зобов'язання принципалом бенефіціар вже отримав задоволення за рахунок реалізації предмета застави, яким поряд із банківською гарантією було забезпечено основне зобов'язання. В обох випадках суд відмовив бенефіціару в задоволенні його вимог на підставі ст. 10 ЦК РФ (у ЦК України ці відносини регулює норма ст. 13).

Подібний підхід судової практики вважаємо досить обґрунтованим, адже задоволення вимог бенефіціара в наведених випадках «могло б породити серію зустрічних позовів (із безпідставного збагачення тощо), що є недоречним»¹.

Інший приклад стосовно зловживання правом стосується корпоративних правовідносин. Акціонерне товариство (продавець) звернулося до арбітражного суду з позовом до іншого акціонерного товариства (покупця) про застосування наслідків недійсності нікчемної угоди купівлі-продажу акцій дочірнього підприємства позивача шляхом внесення відповідних змін до реєстру акціонерів останнього, повернення позивачем покупцю суми, отриманої як оплату за акції, а покупцем — продавцю — отриманих дивідендів за зазначеними акціями. На обґрунтування позову продавець

¹ *Бирюкова Л. А.* Злоупотребление правом в теории и практике применения норм о банковской гарантии // *Гражданско-правовые записки: Межвуз. сб. науч. тр. — Вып. 2. — М.: Статут — Екатеринбург: Институт частного права, 2002. — С. 280—281.*

акцій послався на те, що його керівник при вчиненні угоди купівлі-продажу діяв щодо юридичної особи, яку він представляв, недобросовісно і нерозумно, чим спричинив збитки у вигляді неотриманої вигоди.

Згідно з матеріалами справи позивач, в особі його президента, уклав договір купівлі-продажу акцій свого дочірнього підприємства, акціонером якого позивач виступав. За твердженням позивача президент перевищив свої повноваження, приймаючи одноосібне рішення про продаж акцій, які становили 55 відсотків статутного капіталу дочірнього підприємства. Крім того, будучи власником наведених акцій, позивач вправі був розраховувати на отримання дивідендів по закінченні року (угода купівлі-продажу укладена в жовтні), тоді як наведені дивіденди через 3 місяці (по закінченні року) отримав покупець акцій. Арбітражний суд частково задовольнив позовні вимоги, застосувавши наслідки недійсності нікчемної угоди купівлі-продажу акцій. Пославшись на статтю ЦК «Межі здійснення цивільних прав», суд зазначив у рішенні, що при укладенні вказаної угоди особа, яка на підставі установчих документів юридичної особи виступала від її імені, повинна була діяти добросовісно і розумно. В дійсності президент, уклавши угоду, в результаті якої позивач був позбавлений дивідендів, на які завідомо міг розраховувати, діяв щодо юридичної особи, яку представляв, недобросовісно і нерозумно.

Задовольнивши вимогу про застосування наслідків недійсності нікчемної угоди шляхом внесення змін до реєстру акціонерів дочірнього підприємства і зобов'язання позивача повернути суму, отриману за акції, суд відмовив у позові в частині повернення покупцем акцій, отриманих останнім дивідендів, бо з такою вимогою до останнього вправі звернутися дочірнє підприємство позивача.

Касаційна інстанція залишила рішення змін, зазначивши в постанові, що розпорядження майном, яке знаходиться у власності юридичної особи, здійснюється за згодою її учасників. Оскільки загальними зборами акціонерів президент не був уповноважений на продаж акцій, належних його дочірньому підприємству, і в наступному договір купівлі-продажу акцій не був схвалений, арбітражний суд правомірно визнав цю угоду нікчемною.

Аналіз наведеної справи дає можливість виявити співвідношення способів захисту цивільних прав у вигляді визнання угоди недійсною і зловживання правом.

Якщо в результаті угоди, вчиненої органом юридичної особи від його імені, юридична особа позбавилась того, на що завідомо могла розраховувати, якщо б така угода не була вчинена, за наявності підстав для визнання її недійсною, положення ЦК України про зловживання правом не застосовуються.

У правозастосовчій практиці нерідко виникають ситуації, коли закріплені в спеціальних нормах способи захисту порушених прав дають можливість встановлювати сторонам договору надмірно «сильні» механізми захисту порушених прав кредиторів, що тягне непропорційно несприятливі наслідки для боржника і не відповідає уявленням про добросовісність та розумність виконання зобов'язань в цивільному праві. В цьому випадку цілком припустимим є можливість застосування наслідків зловживання правом.

Саме з цих міркувань виходив суд при розгляді справи за позовом комерційного банку в особі його філіалу про стягнення з поручителя підвищених процентів від суми неповернутого кредиту, наданого позивачем позичальнику за кредитним договором.

Згідно з матеріалами суду між банком і позичальником було укладено договір на надання останньому кредитної лінії на шість місяців під 150 процентів річних. При порушенні строку повернення кредиту розмір процентів становить 300 процентів. На забезпечення повернення кредиту банком було укладено договір поручительства, згідно з яким поручитель прийняв на себе зобов'язання відповідати перед кредитором у тому самому обсязі, що і боржник, зокрема, за сплату процентів, неустойки, відшкодування збитків. У договорі була встановлена солідарна відповідальність поручителя і боржника.

У зв'язку з порушенням позичальником строку повернення кредиту банк звернувся з позовом до поручителя про стягнення суми боргу та процентів. До прийняття рішення позивач у встановленому процесуальним законодавством порядку збільшив суму процентів. Арбітражний суд задовольнив позов в уточненій позивачем сумі. Апеляційна і

касаційна інстанція залишила рішення без змін. Вища судова інстанція відмінила всі зазначені судові акти і стягнула з поручителя лише підвищені проценти за мінусом звичайних процентів за користування кредитом¹. У іншій справі рішенням арбітражного суду позовні вимоги були задоволені частково.

Апеляційна інстанція уточнила в постанові суми, що підлягають стягненню з поручителя, в тому числі основного боргу і процентів, включаючи підвищені за користування кредитом. Оскільки поручитель рішенням суду своєчасно не виконав у зв'язку з відсутністю достатніх грошових коштів на розрахунковому рахунку і наступною реалізацією майна судовим виконавцем, банк пред'явив до поручителя позов про додаткове стягнення з нього підвищених процентів за порушення строку повернення позикових коштів. Судові інстанції, задовольняючи повністю позовні вимоги, виходили з того, що зобов'язання боржника з повернення кредиту з причини неперерахування поручителем частини основного боргу не припинено, тому банк вправі за умовами кредитного договору нараховувати підвищені проценти на залишок заборгованості. Проте підвищені проценти, по суті, є мірою відповідальності позичальника за неповернення кредиту в строк. Належні до сплати підвищені проценти явно невідповідні наслідкам порушення зобов'язання, у зв'язку з чим судовим інстанціям необхідно застосувати норми щодо зменшення штрафних санкцій і знизити їх розмір при задоволенні позовних вимог. Більше того, встановлення в кредитному договорі необгрунтовано завищених процентів (300 процентів річних) при неповерненні кредиту в строк, по суті, є зловживанням правом, адже втрати банку повністю покриваються ставкою звичайних процентів (150 процентів річних).

За таких обставин суд знайшов можливим застосувати положення Цивільного кодексу про зловживання правом і залишив до стягнення з поручителя лише проценти по ставці 150 процентів за користування кредитом, а в стягненні іншої частини процентів відмовив.

¹ Аналіз практики применения норм ГК РФ о злоупотреблении правом. Обзор судебных дел // эж-ЮРИСТ. — 2001. — № 20. — С. 4.

З наведених справ випливає, що у випадку, коли втрати кредитора в результаті несвоєчасного повернення кредиту боржником компенсуються ставкою звичайних процентів, обумовлених сторонами, то вимогу про стягнення безпідставно завищених процентів за користування кредитом необхідно кваліфікувати як зловживання правом¹.

Проте, не будь-які невігідні для боржника умови договірної зобов'язання можуть визнаватися зловживанням правом. Положення про зловживання правом не застосовуються у випадку, коли суттєві умови укладеного за взаємною згодою сторін договору є невігідними для боржника, оскільки в протилежному разі це несправедливо завдасть шкоди інтересам кредитора.

З цих позицій виходив арбітражний суд при розгляді справи за позовом постачальника до покупця про стягнення заборгованості по оплаті поставленої відповідачу поліграфічної продукції і пені за прострочку платежу. Арбітражний суд задовольнив позовні вимоги щодо основної заборгованості. В іншій частині позову було відмовлено. Апеляційна і касаційна інстанції залишили рішення без змін. Із матеріалів справи видно, що сторони уклали договір на поставку поліграфічної продукції, згідно з яким позивач зобов'язався передати у власність, а відповідач прийняти і оплатити поліграфічну продукцію за погодженою в договорі ціною. Позивач свої зобов'язання за договором виконав, що підтверджується матеріалами справи і відповідачем. Проте відповідач оплату продукції в повному обсязі не провів, у зв'язку з чим і був пред'явлений позов про стягнення заборгованості та пені за прострочку платежу. Оспорюючи обґрунтованість всіх судових актів, прийнятих у справі, відповідач стверджував, що позивачем при укладенні договору допущено зловживання правом. На думку відповідача, позивач при укладенні договору і його виконанні діяв недобросовісно, приховавши від нього факти, які мали відношення до виконання своїх зобов'язань, а також витребував надмірну ціну за свої послуги, що суперечить

¹ Аналіз практики применення норм ГК РФ о злоупотреблении правом. Обзор судебных дел // эж-ЮРИСТ. — 2001. — № 20. — С. 4.

звичаям ділового обороту на ринку виробництва і продажу бланків цінних та інших паперів.

Допущене позивачем зловживання правом призвело до порушення прав та інтересів акціонерів та інвесторів відповідача, оскільки ціна договору, безумовно, зачіпає інтереси третіх осіб. Зловживання правом позивач здійснив у вигляді приховування конкретних відомостей щодо фактичного виготовлювача продукції та умов виконання замовлення, а також навмисних дій, що виявилися в знищенні найменування виготовлювача на зразках бланків, затверджених пізніше сторонами. За твердженням відповідача, викладене свідчить про те, що позивач діяв виключно на шкоду відповідачу. Доводи відповідача про допущене позивачем при укладенні договору зловживання правом суди всіх інстанцій визнали безпідставними, оскільки відповідно до положень Цивільного кодексу умови договору визначаються на розсуд сторін, крім випадків, коли зміст відповідної умови зумовлений законом або іншими правовими актами. Якщо при укладенні договору відповідача не влаштувала ціна, він мав право відмовитися від його укладення або у встановленому законодавством порядку до його закінчення змінити умови договору. Проаналізувавши відносини, встановлені договором, суд правомірно вказав, що для застосування положень Цивільного кодексу про зловживання правом відсутні підстави, оскільки при укладенні договору його умови, в тому числі й ціна, визначені сторонами взаємним волевиявленням¹.

Отже, добропорядність як правова категорія існує доти, поки володар суб'єктивного права не використовує належні йому правомочності на шкоду іншим особам або громадському порядку в прямо передбачених законом випадках; настання будь-якого з них тягне за собою визнання подібного використання як зловживання правом.

Загальнонормативне правило про недопущення можливості зловживання правом набуває особливої актуальності в договірних зобов'язаннях, оскільки останні зазвичай пе-

¹ Аналіз практики применення норм ГК РФ о злоупотреблении правом. Обзор судебных дел // *эж-ЮРИСТ*. — 2001. — № 20. — С. 4.

редбачають відмінність у часі між первинним і зустрічним наданням, яке зумовлює виникнення довіри, що надає зобов'язаній особі сприятливі можливості для безпідставного збагачення чи інших наслідків зловживання наданими йому правами. Зобов'язані особи (боржники) не повинні ущемлювати права кредиторів і вигодонабувачів, а будь-яке зловживання має присікатися. У зв'язку з цим боржник повинен добросовісно користуватися своїми правами.

У зв'язку з цим доцільним вважаємо використовувати замість нечіткого критерію, що двозначно трактується, визначення такої межі здійснення цивільних прав у вигляді обов'язку особи «додержуватися моральних засад суспільства при здійсненні цивільних прав», близький за змістом, але більш традиційний і досліджений критерій, заснований на відсиланні до «доброї совісті». В даному випадку категорію «доброї совісті» (*Bona fideas*) необхідно розуміти як певне зовнішнє «мірило», що береться до уваги законом, судом, який застосовує закон, і яке рекомендується учасникам цивільного обороту у їх відносинах.

Нова для українського законодавства ст. 13 ЦК України, яка забороняє зловживання правом, сформульована надмірно лаконічно і її доцільно розширити, доповнивши більш повною характеристикою поняття, елементів та інших форм зловживання правом, взявши за основу положення про принцип добросовісності в доктрині й цивільному законодавстві Нідерландів, положення про несправедливі умови договорів у Європейському Союзі та добросовісність згідно з Принципами УНІДРУА.

Положення ст. 13 ЦК України є загальною нормою цивільного законодавства і, за умови справедливого відновлення порушених прав і законних інтересів кредиторів традиційними засобами захисту цивільних прав, не повинні застосовуватись щодо тих цивільних правопорушень, які мають правові особливості й врегульовані спеціальними нормами, що передбачають для них інші підстави застосування і правові наслідки.

Наведений аналіз дає можливість визначити зміст недопущення зловживання правом як принципу здійснення договірних зобов'язань.

1. Договір має виконуватися з урахуванням принципу недопущення зловживання правом, що передбачає здійснення належних сторонам договору суб'єктивних прав і виконання суб'єктивних обов'язків припустимими способами їх здійснення, з урахуванням неприпустимості вчинення сторонами договору дій, що вчиняються з наміром заподіяти шкоду іншій особі, а також зловживання правом у інших формах.

2. Неприпустимість зловживання правом виконує функцію меж дії принципу свободи сторін у договірних зобов'язаннях.

3. Недодержання принципу недопущення зловживання правом може бути підставою для суду зобов'язати особу припинити зловживання своїм правом та застосувати інші загальні та спеціальні способи захисту цивільних прав, передбачені Цивільним кодексом України, іншими актами цивільного законодавства.

Розділ III

СТАДІЇ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОГО ДОГОВОРУ

3.1. Стадія укладення договору

Як відомо, договір є таким правовим механізмом, який забезпечує обіг матеріальних та нематеріальних благ, тобто відображає динаміку суспільних відносин. Відповідно, норми договірної права забезпечують цю динаміку. Як вже зазначалося, договір є правовою підставою виникнення зобов'язання, а зрештою, і зобов'язального правовідношення. Таке правовідношення не є абсолютно однорідним та незмінним, воно проходить кілька стадій свого розвитку, які характеризуються певними правовим особливостями. Ці особливості найрельєфніше виявляються на таких стадіях як: *укладення договору, виконання договору, невиконання (порушення) договору*. Може постати питання про доцільність такого розчленування договірної зобов'язання. Відповідь має бути позитивною, адже, якщо договір розглядати і як підставу виникнення зобов'язання, і як юридичний факт (правочин), не можна його вважати одномоментним явищем. Так, можуть бути рідкісні ситуації виконання договорів одночасно в момент їх укладання, але переважна частина договорів виконуються зі впливом певного часу різної тривалості.

Первинною стадією (етапом) будь-якого договірної зобов'язального правовідношення, як правило, є

укладення договору, функціонально наділеної правоутворюючим характером і перетворенням фактичних дій у зобов'язально-правові відносини, які виникають із договору.

Порядок укладення договору є визначеною законом системою дій учасників договірних відносин і важливою складовою частиною договірного права.

У доктрині права порядок укладання договору розглядається як визначена правовими нормами юридико-логічна послідовність стадій встановлення цивільних прав і обов'язків, здійснених на основі погоджених дій осіб, звернених назустріч одна одній та виражених у різноманітних способах узгодження змісту договору¹.

Іншими словами, йдеться про нормативно закріплені взаємні дії сторін, спрямовані на встановлення договірних відносин та визначення змісту договірного зобов'язання. При цьому законодавець визнає діями щодо укладання договору тільки ті, які здійснюються зовні та звернені до іншої сторони².

Способами укладання договору є нормативно врегульована система здійснення суб'єктами дій, через які досягається вільне і взаємне узгодження волі сторін договору³.

Залежно від критерію поділу виділяють різні способи укладення договорів. За способом узгодження змісту договору виділяють *загальний, спеціальний і судовий* порядок укладення договору.

Загальний порядок укладення договору виявляє себе у формуванні договору в порядку, передбаченому ЦК України (статті 641—646). Спеціальний порядок передбачає укладення договорів, які мають свої особливості, і залежить від способів укладення договору (аукціон, конкурс, біржовий спосіб). Судовий порядок укладення договору є окремою стадією, що регулюється спільно матеріальними і процесуальними нормами законодавства, з тією особливістю, що волевиявлення сторін затверджується судовим рішенням та

¹ Бородавський С. О. Укладення, зміна та розірвання договору у цивільному праві України // Дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2005. — С. 3.

² Хозяйственный договор: Общие положения / Отв. ред. Д. Н. Сафиуллин. — Свердловск: Свердлов. юрид. ин-т им. Р. Руденко. — С. 30.

³ Бородавський С. О. Знач. праця. — С. 8.

вступає в дію з моменту набрання чинності самого рішення суду¹.

За характером формування волевиявлення виділяють неконкурентний і конкурентний. Неконкурентний спосіб укладення договору передбачає визначений суб'єктний склад майбутнього договору, що підтверджується адресованістю оферти конкретному суб'єкту (суб'єктам)². Специфіка конкурентного способу укладення договорів обумовлена існуванням механізму ринкової конкуренції при проведенні різного роду торгів (аукціонів, конкурсів), за результатами яких договір укладається з переможцем торгів³.

За ступенем свободи волевиявлення договори можуть бути поділені на договори, які укладають на ос­нові вільного волевиявлення або в обов'язковому порядку.

На основі вільного волевиявлення укладаються договори, сторони яких мають право погоджувати на свій розсуд будь-які умови договору, що не суперечать законодавству. Законодавство виходить із презумпції права будь-якої особи укласти договір на основі вільного волевиявлення, якщо інше не впливає в силу прямої вказівки закону або сутності зобов'язання, породжуваного договором.

Укладення договорів у обов'язковому порядку пояснюється необхідністю виправданого (інтересами економічно більш слабкої сторони та інтересами суспільства в цілому) втручання держави в економічні відносини учасників цивільного обороту. В цих випадках укладенню договору в обов'язковому порядку передують наявність специфічного виду зобов'язання — зобов'язання укласти договір, яке виникає зі складного юридичного складу: акту законодавства або передбаченого законодавством юридичного факту, що дозволяє вимагати укладення договору, та оферти, заінтересованої в укладенні договору сторони⁴.

¹ *Бородовський С. О.* Укладення, зміна та розірвання договору у цивільному праві України: Дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2005. — С. 3, 8.

² *Беляневич О. А.* Господарський договір та способи його укладання: Навч. посібник. — К.: Наукова думка, 2002. — С. 88.

³ *Беляневич О. А.* Там само. — С. 126 — 127.

⁴ *Попова Е. А.* Заключение договора в обязательном порядке: Дис. ... канд. юрид. наук. — Минск, 2004. — С. 4.

Відповідно до ч. 3 ст. 179 ГК України укладення договору є обов'язковим для сторін, якщо він заснований на державному замовленні, виконання якого є обов'язком для суб'єкта господарювання у випадках, передбачених законом, або існує пряма вказівка закону щодо обов'язковості укладення договору для певних категорій суб'єктів господарювання чи органів державної влади або органів місцевого самоврядування. Правові засади укладання господарських договорів за державним замовленням визначаються відповідно до ст. 183 ГК України, законів України «Про поставки продукції для державних потреб»¹, «Про державний матеріальний резерв»², «Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти»³ тощо.

За сферою поширення укладення договору охоплює загальні умови укладення договору (наявність взаємної згоди з усіх істотних умов), порядку укладення (шляхом вчинення оферти в обмін на акцепт), місця і часу (моменту) укладення, а також встановлення особливостей укладення окремих видів договорів.

Загальний порядок укладення договору закріплено в ЦК України в Главі 53 «Укладення, зміна і розірвання договору» (статті 638—650). Особливості укладення господарських договорів передбачено ГК України в Главі 20 «Господарські договори» (статті 179—187).

Відповідно до ч. 1 ст. 638 ЦК України договір вважається укладеним, якщо сторони у належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору.

Істотні умови договору, визначені у ч. 1 ст. 638 ЦК України, можна поділити на 4 групи: 1) умови про предмет договору; 2) умови, визначені законом як істотні; 3) умови, які є необхідними для договорів даного виду; 4) умови, щодо яких за заявою хоча б однієї зі сторін має бути досягнуто згоди⁴.

¹ Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 3. — Ст. 9.

² Там само. — 1997. — № 13. — Ст. 112.

³ Урядовий кур'єр. — 2000. — 24 травня.

⁴ Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. / За відповід. ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — Т. II. — С. 165.

Сутність укладення договорів обумовлена самою природою конструкції договору як угоди, і тому передбачає вираження волі кожної із сторін та її співпадіння¹.

У зв'язку з цим укладення договору має розглядатися як процес формування волі та її закріплення в умовах договору, що являють собою форму існування волевиявлення.

При цьому правове регулювання договірних відносин починається зі стадії вираження стороною волі укласти договір, яка відповідає поняттю оферти. Все, що передує цій стадії, створити договір не може, за винятком зобов'язань із попереднього договору, якому законодавець надає правове значення окремого договору. Тому переписка сторін, протокол про наміри, інші акти, які є виявленням бажання кожної зі сторін або обох сторін укласти договір, не мають юридичного значення, якщо ці документи не підпадають під ознаки оферти та (або) акцепту².

Водночас матеріали, які передують укладенню договору, набувають правового значення у випадку тлумачення договору для цілей з'ясування спільної волі сторін відповідно до ст. 213 ЦК України. В цьому випадку при тлумаченні договору до уваги беруться зміст попередніх переговорів, ustalена практика відносин між сторонами, подальша поведінка сторін.

Однак у даному випадку переговори та інші фактичні дії, які передують договору, визнаються лише обставинами, пов'язаними з укладенням договору (ч. 4 ст. 213 ЦК).

У зв'язку з цим у літературі зазначені переддоговірні дії небезпідставно кваліфікують лише як доказовий характер дій, які не мають правоутворюючого значення³. За відсутності ustalених традицій і нерозвинутої системи попередніх правочинів зазначений підхід є цілком виправданим.

Однак із формуванням повноцінної доктрини і правозастосовчої практики переддоговірних правочинів та переддоговірної відповідальності не можна виключити можли-

¹ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Общие положения: Изд. 3-е, стереотип. — М.: Статут, 2001. — Кн. 1. — С. 193.

² Там само. — С. 194.

³ Там само. — С. 194—195.

вості визнання переписки і переговорів як правоутворюючих елементів переддоговірних правочинів.

У результаті укладення договору виникає договірний правочин, момент виникнення якого одночасно вважається моментом виникнення цивільних прав та обов'язків сторін цього правочину. З цього моменту на відносини сторін поширюється дія норм закону, інших актів цивільного законодавства, що стосуються даного виду договорів¹.

Питанню щодо моменту укладення договірною правочину присвячена ст. 640 ЦК, згідно з якою договір є укладеним із моменту одержання особою, яка направила пропозицію укласти договір, відповіді про прийняття цієї пропозиції.

При цьому має бути дотримане загальне правило про те, що обмін офертою та акцептом має правоутворююче значення за умови досягнення згоди з усіх істотних умов договору відповідно до ст. 638 ЦК.

Момент укладення договору — це момент досягнення згоди (домовленості) щодо істотних умов договору. Як спільний вольовий акт домовленість (згода) досягається або шляхом безпосереднього спілкування (контакту) фізичних осіб чи представників юридичних осіб, або вчинення розділених у часі дій сторін (оферти та акцепту). Тому договір вважається укладеним у момент одержання особою, яка направила пропозицію укласти договір (оферту), відповіді другої сторони про прийняття цієї пропозиції (акцепту). Це правило стосується так званих консенсуальних договорів, які вважаються укладеними в момент досягнення згоди сторін².

Виняток із наведеного вище правила про правоутворююче значення отримання акцепту міститься в частинах 2 і 3 ст. 640 ЦК, згідно з якими, якщо для договору необхідне також передання майна (зокрема, йдеться про реальні договори) або вчинення іншої дії, то договір є укладеним із

¹ Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. / За відповід. ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — Т. II. — С. 166.

² Там само. — С. 167.

моменту передання відповідного майна або вчинення певної дії, а якщо договір підлягає державній реєстрації, то він є укладеним із моменту вчинення такої реєстрації.

Існують і деякі спеціальні правила про момент укладення окремих видів договорів. Так, ч. 1 ст. 275 ГК України закріплено реальний характер договору енергопостачання, згідно з яким енергопостачальне підприємство (енергопостачальник) відпускає енергію споживачеві (абоненту). У зв'язку з цим можна погодитися з тим, що договір енергозабезпечення для побутового споживання вважається укладеним із моменту першого фактичного підключення абонента у встановленому порядку до приєднаної мережі¹.

Отже, договір набирає чинності й стає обов'язковим для сторін із моменту його укладення у належній формі (наприклад, із моменту підписання письмового договору).

Погодження умов договору між його сторонами проходить принаймні дві стадії: шляхом пропозиції однієї сторони укласти договір, який має назву оферти, і прийняття пропозиції другою стороною, або акцепту. Відповідно, сторона, яка зробила пропозицію, називається оферентом, а сторона, яка прийняла її, — акцептантом.

За змістом ст. 641 ЦК України офертою визнається пропозиція укласти договір, яка адресована одній чи кільком особам, містить вказівку на істотні умови договору і є виявленням наміру особи, яка зробила пропозицію, вважати себе зв'язаною договором у разі її прийняття.

У доктрині оферту розглядають як адресовану чітко визначеній особі пропозицію про укладення договору, що містить всі істотні умови майбутнього договору, є виявленням згоди оферента бути пов'язаним такими умовами, породжує для оферента обов'язок укласти договір із моменту її отримання вказаною особою та вимагає повного і безумовного її акцепту².

Рисами оферти виступає низка ознак, які індивідуалізують таку пропозицію і в сукупності тягнуть за собою вста-

¹ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Общие положения. — Изд. 3-е. стереотип. — М.: Статут, 2001. — Кн. 1. — С. 196.

² Бородовський С. О. Укладення, зміна та розірвання договору у цивільному праві України: Дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2005. — С. 3.

новлені законом правові наслідки для оферента та акцептанта.

По-перше, така пропозиція має бути достатньо визначеною. У випадку невизначеності оферти, що викликає можливість різного розуміння змісту оферти, така невизначеність повинна бути витлумачена на користь акцептанта (того, хто отримав оферту), виходячи із загального принципу, в силу якого, в першу чергу, враховуються інтереси сторони, яка сприйняла виявлення волі, що потребує тлумачення¹.

З наведеної ознаки щодо визначеності оферти впливає адресність оферти, з якої має бути ясно, до кого саме вона звернена. Адресність у літературі нерідко розглядається як адресування (спрямованість) оферти конкретно одній чи кільком особам (конкретним особам) і ніколи не може бути «кинута в юрбу» (рос. — «толпу»). Прихильники цього підходу (Р. О. Халфіна, Ф. І. Гавзе) вважали, що «пропозиція не може розглядатися як оферта, оскільки тут ще не встановлено один із істотних елементів договору — його сторона»².

Інші автори висловлювали думку про те, що офертою можна визнавати й пропозицію, яка адресована невизначеному колу осіб, якщо з неї впливає намір оферента укласти договір «з будь-ким і кожним»³.

За сучасних умов, коли учасники обороту мають можливість самі знаходити собі партнерів шляхом попереднього розміщення різного роду запрошень (пропозицій) до укладення договорів по радіо, телебаченню, в пресі тощо, можливо визнати офертою достатньо визначену і повну пропозицію, яка виражає волю укласти договір на зазначених у пропозиції умовах з будь-ким, хто відізветься.

До такої «публічної» оферти може бути віднесено повідомлення в газеті, по радіо або телебаченню про надання точно визначених послуг, адреси оферента, готовності вступити на оголошених умовах у договір з будь-ким, хто бажає. З точки

¹ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Общие положения. — Изд. 3-е, стереотип. — М.: Статут, 2001. — Кн. 1. — С. 196.

² Халфина Р. О. Значение и сущность договора в советском социалистическом гражданском праве. — М.: Изд-во АН СССР, 1952. — С. 207.

³ Див.: Новицкий И. Б., Лунц Л. А. Общее учение об обязательстве. — М.: Госюриздат, 1954. — С. 151—152; Иоффе О. С. Обязательственное право. — М.: Госюриздат, 1975. — С. 50.

зору законодавця, жодної різниці між такою публічною офертою і звичайною, адресованою конкретній особі, немає.

Незважаючи на це, ЦК України містить загальну презумпцію про те, що реклама та інші пропозиції, які адресовані невизначеному колу осіб, визнаються лише запрошеннями до оферти, але не офертою.

Відповідно до ч. 2 ст. 641 ЦК пропозиція, розрахована на невизначене коло осіб (наприклад, реклама), визнається запрошенням до оферти, якщо інше не зазначено в цій пропозиції.

У цьому контексті актуальним є питання щодо відмежування публічної оферти від реклами. У зв'язку з цим заслуговує на увагу позиція М. І. Брагинського, на думку якого «при публічній оферті визначеність пропозиції у взаємовідносинах сторін залежить від характеру пропозиції, а отже, зняти невизначеність повинен той, хто звертається з пропозицією. Якщо він бажає виступити з офертою, йому необхідно прямо висловити це в пропозиції, не примушуючи іншу сторону здогадуватися, що слід розуміти під відповідним повідомленням»¹.

З наведеним підходом у цілому можна погодитися, незважаючи на певну невизначеність критерію щодо того, яким чином залежно від характеру кваліфікувати публічну пропозицію в як оферту.

Більш конкретним і визначеним видається сформульоване С. О. Бородовським визначення публічної оферти як зверненої до необмеженого кола осіб пропозиції про укладення договору, що містить всі істотні умови майбутнього договору, є виявленням згоди оферента бути пов'язаним її умовами та вимагає повного і безумовного акцепту².

У зв'язку з цим недостатньо обґрунтованими є спроби поділу публічної оферти на колективну та абстрактну. Цілком слушно в літературі піддано критиці виділення колективної оферти як самостійного виду оферти³.

¹ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Общие положения. — Изд. 3-е. стереотип. — М.: Статут, 2001. — Кн. 1. — С. 198.

² Бородовський С. О. Укладення, зміна та розірвання договору у цивільному праві України: Дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2005. — С. 3—4.

³ Там само. — С. 4.

Друга ознака оферти належить до її змісту. Оферта має містити вказівку на істотні умови майбутнього договору. Зазначена вимога має подвійний зміст, оскільки обов'язково повинні бути визначені умови, визнані істотними в силу закону, а зазначений в оферті набір умов визнається для акцептанта максимальним. Відповідно, після того, як адресат прийме пропозицію, не запропонувавши зі свого боку жодних змін або доповнень до оферти, оферент не зможе змінювати набір умов, які містяться в оферті¹.

У кінцевому рахунку смисл цієї важливої вимоги до оферти полягає в тому, що вона «повинна бути настільки визначеною, щоб можна було шляхом її прийняття досягнути домовленості про весь договір»².

Третя вимога щодо оферти стосується її направленості. Оферта повинна бути виявленням наміру особи, яка її зробила (оферента), вважати себе зобов'язаною у разі її прийняття. Це означає, що зі змісту оферти акцептант повинен зробити висновок про те, що для укладення договору достатньо висловлення ним волі, яка співпадає з офертою.

Зазначені ознаки оферти дають можливість відмежувати її від звичайних переговорів, які вчиняються усно або письмово і для уточнення намірів контрагента або щоб викликати його на те, аби він виступив із зустрічною пропозицією.

Оферта може бути зроблена із зазначенням або без зазначення строку для відповіді. Пропозицію укласти договір можна змінити або взагалі відкликати (скасувати), але не пізніше, як до моменту або в момент її одержання адресатом. У цьому разі раніше зроблена оферта втрачає свою значимість і не зв'язує оферента. Оферта, яку одержав адресат, не може бути відкликана протягом строку для її акцепту, якщо інше не застережено в самій оферті або не впливає із суті пропозиції чи з обстановки, в якій вона зроблена.

Відповідь особи, якій адресовано оферту, про прийняття нею пропозиції визнається акцептом. Акцепт має бути повним і безумовним. Це означає, що акцептант повністю по-

¹ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Общие положения. — Изд. 3-е. стереотип. — М.: Статут, 2001. — Кн. 1. — С. 197.

² Эннексерус Л. Курс гражданского права. — М.: Инстр. лит., 1950. — Т. 1. — Полутом 2. — С. 207.

годжується із запропонованими умовами договору і повідомляє про це оферента. Якщо пропозицію укласти договір зроблено із зазначенням строку для відповіді, то договір вважається укладеним за умови, що особа, яка зробила пропозицію, одержала від другої сторони відповідь про прийняття пропозиції протягом цього строку (ст. 643 ЦК України).

У пропозиції укласти договір, яка адресується другій стороні, строк для відповіді може не зазначатись. У цьому разі укладення договору залежить від того, в якій формі зроблено пропозицію — усній чи письмовій. Коли оферта зроблена усно, без зазначення строку для відповіді, договір вважається укладеним, якщо друга сторона негайно заявила оферентові про прийняття нею пропозиції. Якщо ж таку пропозицію зроблено в письмовій формі, договір вважається укладеним, коли відповідь про прийняття пропозиції одержано протягом нормально-необхідного для цього часу.

Відповідно до ст. 646 ЦК України, якщо письмова оферта не містить строку для акцепту, договір вважається укладеним за умови, що акцепт одержано оферентом до закінчення строку, встановленого законом чи іншим нормативно-правовим актом, а якщо такий строк не встановлений — протягом нормально-необхідного для цього часу. При цьому враховуються й встановлені строки для пересилання кореспонденції певного виду в обидва кінці.

Вчинення конклюдентних дій (відвантаження продукції, надання послуг тощо) з виконання зазначених в оферті умов договору вважається акцептом, якщо інше не передбачено законодавчими актами або не зазначено в оферті.

Вчинення таких дій (конклюдентних) означає і згоду на укладення договору, і, водночас, його виконання. Як і оферта, акцепт може бути відкликаний акцептантом однієї зі сторін і втратити чинність, якщо повідомлення про його скасування оферент одержав до моменту або в момент одержання самого акцепту. В разі відкликання акцепту або не одержання відповіді від акцептанта протягом встановленого для цього часу оферент вважається вільним від обов'язків, що пов'язані з раніше зробленою ним пропозицією.

Якщо з одержаної із запізненням відповіді про згоду укласти договір видно, що відповідь було надіслано своєчасно, вона визнається такою, що запізнилася, лише в тому разі,

коли offerent негайно повідомить другу сторону про одержання відповіді із запізненням. У цьому разі відповідь, що запізнилася, вважається новою пропозицією. Якщо ж такого повідомлення offerent не зробить, то він повинен виконати укладений договір або відшкодувати збитки, заподіяні акцептантові у зв'язку з невиконанням договору. Offerent може підтвердити чинність раніше зробленої пропозиції і в тому разі, коли відповідь на неї запізнилася.

Відповідно до ст. 646 ЦК України відповідь про згоду укласти договір на інших, ніж було запропоновано, умовах визнається відмовою від пропозиції і водночас є новою пропозицією. Сторони в цьому разі міняються місцями: акцептант стає offerentом, а offerent — акцептантом, бо на нову пропозицію потрібна згода колишнього offerenta. Тому не може вважатися акцептом згода, яка супроводжується застереженнями та контрпропозиціями.

Раніше зазначалося, що договір вважається укладеним у момент одержання акцепту особою, яка направила offerту. Якщо ж для укладення договору, крім згоди сторін, потрібна передача майна або вчинення іншої дії (реальний договір), то він вважається укладеним із моменту передачі відповідного майна або вчинення певної дії (частини 1 і 2 ст. 640 ЦК України).

Договір укладається в певній формі: усній, письмовій чи шляхом вчинення конклюдентних дій. Коли сторони домовились укласти договір у певній формі, він вважається укладеним з моменту надання йому обумовленої форми, хоч би за законом для даного виду договорів ця форма і не була передбачена. Якщо згідно із законом або угодою сторін договір має бути укладений у письмовій формі, він може бути укладений як шляхом складання одного документа, так і шляхом обміну листами, телеграмами, телефонограмами тощо, підписаними сторонами. Допускається застосування виявлення волі за допомогою факсимільного, електронного чи іншого зв'язку, які дають можливість достовірно встановити, що документ виходить від сторони за договором.

Порушення порядку укладення договору тягне за собою визнання договору неукладеним або недійсним.

Неукладеним вважається договір щодо якого сторонами не досягнуто згоди з однієї чи з усіх істотних умов догово-

ру. При цьому йдеться саме про відсутність згоди сторін. Неприпустимо кваліфікувати неоднозначне розуміння сторонами тієї чи іншої умови як відсутність згоди між ними¹.

Недійсність договору настає у разі наявності умов виникнення нікчемної (абсолютної) та оспорюваної (відносної) недійсності. Недійсність виникає за наявності у разі визнання договірною правочину недійсним із підстав, визначених ст. 203 ЦК України.

Тривалий час у науці, в судовій практиці не існувало чіткого розмежування між недійсними та неукладеними договорами, що зумовлювалося змістом ст. 153 ЦК УРСР, згідно з якою договір вважався укладеним з моменту досягнення сторонами в потрібній формі згоди за всіма істотними умовами, але, на жаль, у ній не визначалися правові наслідки недотримання цієї вимоги. Певна визначеність у вирішенні цієї проблеми була внесена Роз'ясненнями Президії Вищого арбітражного (нині — господарського) суду України «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з визнанням угод недійсними» від 24 грудня 1999 р. (з наступними змінами). В роз'ясненнях (п. 17), зокрема, було звернено увагу судів на те, що недійсною може бути визнана лише укладена угода, тобто така, щодо якої сторонами в потрібній формі досягнуто згоди з усіх істотних умов, а тому якщо у процесі вирішення спору буде встановлено, що угоду між сторонами фактично не було укладено, арбітражному суду слід припинити провадження у справі. Однак Президія не визначила у даному випадку правових наслідків неукладеності договору.

Заради справедливості необхідно зазначити, що поступово в судовій практиці та в юридичній літературі сформувалася певна позиція щодо поняття неукладеності договору та її правових наслідків. Так, Арбітражний суд м. Києва своїм рішенням від 13.12.1999 р. визнав недійсним договір оренди нежилого приміщення від 27.09.1995 р., укладений між АТЗТ «А» і АКБ «Велес». І таке рішення було залишене в силі постановою голови Арбітражного суду м. Києва від 22.02.2000 р. Судова колегія Вищого арбітражного суду

¹ *Беляневич О. А.* Господарський договір та способи його укладання: Навч. посібник. — К.: Наукова думка, 2002. — С. 121.

своєю постановою від 12.07.2000 р. скасувала рішення від 13.12.1999 р. та постанову від 22.02.2000 р. Арбітражного суду м. Києва і постановила визнати неукладеним договір від 27.09.1995 р. щодо оренди частини нежилорог будинку на тій підставі, зокрема, що в договорі фактично не були визначені такі істотні умови договору, як орендна плата, порядок використання амортизаційних відрахувань та страхування орендарем, вартість орендованого майна відповідно до Закону України «Про оренду державного та комунального майна»¹.

Новий ЦК не заповнив прогалину у вирішенні цього питання, зберігши формулу укладеності договору (ст. 638). Натомість, така проблема знайшла своє вирішення у ГК України, у ст. 184 якого записано, що у разі якщо сторони не досягли згоди з усіх істотних умов господарського договору, такий договір вважається неукладеним (таким, що не відбувся), а у разі здійснення однією зі сторін фактичних дій щодо його виконання, правові наслідки таких дій визначаються нормами Цивільного кодексу України (п. 8). Однак і тут немає повної завершеності вирішення проблеми неукладеності договору, оскільки в ЦК України, до якого відсилає п. 8 ст. 181 ГК, такі правові наслідки вчинення фактичних дій прямо не визначені.

В окремих випадках позивачі зверталися з вимогами про повернення переданого за неукладеним договором майна на підставі норм, що регулюють зобов'язання із безпідставного придбання чи збереження майна (статті 469—470 ЦК УРСР, статті 1212—1215 ЦК України). Власне, така позиція сформувалася в юридичній літературі.

Проте існуючі норми щодо неукладеності договору не враховують існуючої тенденції до введення законодавцем надмірної кількості істотних умов, у тому числі тих, без яких договір може функціонувати. Наприклад, у ст. 10 Закону України «Про оренду державного та комунального майна» передбачені такі істотні умови: об'єкт оренди, термін оренди, орендна плата, порядок використання амортизаційних відрахувань, відновлення орендованого майна та умови його повернення, виконання зобов'язань, відпові-

¹ Юридичний вісник України. — 2000. — 9—15 листопада. — С. 27—28.

дальність сторін, страхування орендарем взятого в оренду майна, обов'язки сторін щодо забезпечення пожежної безпеки орендованого майна. Формальна відсутність у договорі оренди державного майна будь-якої з перерахованих умов, у тому числі умови про пожежну безпеку майна, безумовно, це юридичний абсурд. Навіть якщо не передбачені у договорі умови про повернення майна, про виконання зобов'язань, про відповідальність сторін, то жодної правової необхідності у визнанні такого договору неукладеним немає, оскільки ці відносини повною мірою врегульовані ЦК України та іншим законодавством. Тому вважаємо, що договори мають визнаватися неукладеними лише тоді, коли сторони не досягли згоди, наприклад, щодо істотних умов про предмет та ціну. Усі інші умови можуть бути визначені у судовому порядку. Бажано було б, щоб висловлене положення знайшло відображення у ст. 638 ЦК та ст. 181 ГК та визначити коло істотних умов, за відсутності погодження яких договір ні за яких обставин не може вважатися укладеним.

Відмежування неукладених договорів від недійсних договорів має практичне значення, оскільки у цих випадках настають різні правові наслідки. У зв'язку з цим у літературі цілком слушно зазначається, що при неукладеному договорі застосовуються наслідки, передбачені нормами, що регулюють зобов'язання з безпідставного збагачення, а при недійсному — ті наслідки, що встановлені законом стосовно недійсних правочинів, за правилами статей 215—236 ЦК України¹.

Певні особливості укладення мають господарські договори, специфіка яких зумовлена «особливим суб'єктним складом та обмеженням договірної свободи у господарських відносинах»².

Договори між юридичними особами мають укладатися у письмовій формі (ч. 1 ст. 208 ЦК України) шляхом скла-

¹ Дзера О., Отраднова О. Недійсність правочину (угоди) за новим Цивільним кодексом України // Юридична Україна. — 2003. — № 10. — С. 8; Гостюк В. І. Цивільно-правові договори з цінними паперами за законодавством України: Дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2005. — С. 13.

² Беляневич О. А. Господарський договір та способи його укладання: Навч. посібник. — К.: Наукова думка, 2002. — С. 14.

дення проекту договору або листа (телеграми тощо), які виконують роль пропозиції укласти договір (оферти).

ГК України (ч. 1 ст. 181) допускає 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.

Складанню проекту договору в окремих видах господарських відносин можуть передувати так звані переддоговірні контакти (передача підрядникові необхідної проектно-кошторисної документації, а проектантові — вихідних даних для проектування тощо).

Одержавши проект договору у двох примірниках, друга сторона підписує його й один примірник надсилає оферентові або надсилає відповідь на лист, факсограму тощо у двадцятиденний строк після одержання договору. У цьому разі договір вважається укладеним.

За наявності заперечень щодо окремих умов договору сторона, яка одержала проект договору, складає протокол розбіжностей, про що робиться застереження у договорі, та у двадцятиденний строк надсилає другій стороні два примірники протоколу розбіжностей разом із підписаним договором (ч. 4 ст. 181 ГК).

У цьому разі укладення договору проходить ще одну стадію — стадію переддоговірного спору.

Розбіжності, які виникають при укладенні договору між організаціями, що ґрунтується на обов'язковому для обох сторін державному замовленні, розв'язує господарський суд. В інших випадках (коли договір не ґрунтується на обов'язковому для обох сторін державному замовленні) такі розбіжності можуть розв'язуватися господарським судом за згодою сторін.

Окремі правила діють при укладенні біржових угод (договорів). Біржові договори (угоди) називають ще біржовими операціями. Біржові договори дозволяється здійснювати лише членам біржі або брокерам на основі попередньо поданого клієнтом замовлення. Біржове посередництво можуть здійснювати й дилери — особи, які укладають біржові

угоди від власного імені та за власний рахунок з метою подальшого перепродажу товару на біржі. Надання послуг щодо укладення біржових угод здійснює ведучий торгів, який є службовцем біржі¹.

Укладення договорів на аукціоні та в порядку конкурсу передбачає пряму передачу права власності на об'єкт покупцеві, який запропонував під час торгів найвищу ціну або найкращі умови подальшої експлуатації об'єкта (конкурсу).

Аукціон проводиться відповідним органом приватизації або уповноваженою ним юридичною особою за наявності не менш як трьох покупців, які повинні зареєструвати себе як учасники аукціону. Торги на аукціоні здійснює безпосередньо ведучий (ліцитатор), який спочатку описує об'єкт продажу та умови його продажу. Початком торгів вважається момент оголошення початкової ціни об'єкта. Якщо протягом трьох хвилин після оголошення не буде запропоновано вищу ціну, ліцитатор одночасно з ударом молотка робить оголошення про придбання об'єкта тією особою, яка запропонувала найвищу ціну. Результати продажу майна на аукціоні оформлюються договором купівлі-продажу, який укладається між покупцем та уповноваженим представником відповідного органу приватизації чи іншого продавця. Цей договір підлягає нотаріальному посвідченню та реєстрації у відповідному органі.

Договори можуть укладатися за результатами проведення різного роду конкурсів (договори купівлі-продажу об'єктів приватизації, закупівлі продукції для державних потреб, оренди майна, підряду на капітальне будівництво, на користування надрами тощо).

Конкурс здійснюється у два етапи. На першому етапі оголошується попередній переможець конкурсу. Інформація про його пропозиції доводиться до відома усіх учасників конкурсу. Якщо протягом п'яти робочих днів від них не надійдуть додаткові пропозиції, то попередній переможець оголошується покупцем. За наявності інших пропозицій проводиться додаткове засідання конкурсної комісії,

¹ Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. / За відповід. ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — Т. II. — С. 176.

яка розглядає ці пропозиції та визначає остаточного переможця.

Результати конкурсу оформлюються протоколом і затверджуються органом приватизації. З переможцем конкурсу укладається договір купівлі-продажу об'єкта, який підлягає нотаріальному посвідченню та реєстрації у відповідному органі¹.

Проведений аналіз дає підстави для наступних висновків.

1. Порядок укладення договору є визначеною законом правоутворюючою стадією договірних правовідношення, що складається з послідовних взаємних дій сторін одна щодо одної з приводу надання та прийняття пропозиції згідно з вимогами закону про оферту та акцепт, які спрямовані на встановлення договірних відносин, визначення змісту договірних зобов'язань та підтверджують досягнення узгодженої волі, закріпленої в умовах договору.

2. Способами укладення договору є нормативно врегульована організація здійснення суб'єктами дій, через які досягається вільне і взаємне узгодження волі сторін договору.

Способи укладення договорів можуть бути поділені на: загальний, спеціальний і судовий (за способом узгодження змісту договору); конкурентний і неконкурентний (за характером формування волевиявлення); договори, які укладають на основі вільного волевиявлення або в обов'язковому порядку (за ступенем свободи волевиявлення).

3. Сфера укладення договору охоплює загальні умови укладання договору (наявність взаємної згоди з усіх істотних умов), порядок укладання (шляхом вчинення оферти в обмін на акцепт), місце і час (момент) укладання, а також встановлення особливостей укладання окремих видів договорів.

Правова природа укладення договору полягає у визнанні його процесом формування волі та її закріплення в умовах договору, що являють собою форму існування волевиявлення.

Переддоговірні дії переважно виступають діями лише доказового характеру, які не мають правоутворюючого

¹ Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. / За відповід. ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — Т. II. — С. 178.

значення, якщо інше не передбачено прямою вказівкою закону.

4. Якщо інше не передбачено законом, договір вважається укладеним із моменту досягнення згоди (домовленості) щодо істотних умов договору, яка виникає у момент одержання особою, яка направила пропозицію укласти договір (оферту), відповіді другої сторони про прийняття цієї пропозиції (акцепту).

3.2. Стадія виконання договору

Існування стадії виконання договору є необхідним його елементом, адже без цього укладання будь-якого договору втрачає будь-який сенс. Більше того, вчинення правочину без наміру створення правових наслідків, обумовлених цим правочином (фіктивний правочин), відповідно до ст. 234 ЦК України визнається судом недійсним.

Виконання зобов'язання (у тому числі договірною) Т. В. Боднар та інші автори запропонували розглядати у трьох аспектах: як правовий інститут, як процес і як підставу припинення зобов'язання¹. Як уже зазначалося раніше, норми, що регулюють виконання договору та функціонують відповідно на стадії його виконання, ми не схильні визнавати самостійним правовим інститутом, оскільки вони є лише певною частиною усієї сукупності норм, які забезпечують функціонування усього договірного зобов'язального правовідношення. Тим самим вони лише забезпечують функцію реалізації умов укладеного договору, завдяки чому вони і можуть бути об'єднані у відповідну сукупність правових норм у формі, наприклад, функціонального субінституту договірною права. Відповідно, ці норми базуються на загальних засадах (принципах) цивільного законодавства, визначених у ст. 3 ЦК України та інших законах України. Щоб досягти реалізації умов договору, необхідна реалізація прав і обов'язків сторін, для чого необхідні відповідні

¹ Сейтмустафа А. Понятие исполнения обязательства // Актуальные проблемы частного права: Матер. междунар. науч.-практ. конф. (Алматы, 23—24 мая 2002 г.). — Алматы: КазТЮУ, 2003. — С. 285—288; Боднар Т. В. Виконання договірних зобов'язань у цивільному праві. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — С. 18.

їх дії, тобто має включатися механізм динаміки договору на стадії виконання, яке, за висловом Т. В. Боднар, характеризує динамічний стан зобов'язання, завдяки якому реалізуються права та обов'язки сторін зобов'язання¹.

Однак дії сторін на стадії виконання договору повинні здійснюватися згідно з певними правилами. Виконання зобов'язання відповідно до ст. 526 ЦК, має здійснюватися належним чином відповідно до умов договору та вимог цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, а за відсутності таких умов та вимог — відповідно до звичаїв ділового обороту або інших вимог, що зазвичай ставляться. В цьому якраз і полягає зміст принципу належного виконання договору. Перераховані в ст. 526 ЦК загальні умови виконання зобов'язання деталізуються в наступних статтях глави 48 ЦК (статті 527—545) та спеціальних статтях, що регулюють окремі види договірних зобов'язань. Усі ці умови так чи інакше стосуються: виконання зобов'язання належними сторонами або іншими визначеними договором або законом особами; виконання зобов'язання у повному обсязі за винятками, передбаченими законом; строку та місця виконання зобов'язання; порядку виконання обов'язків сторонами; порядку та способу виконання сторонами розрахунків. Саме таким вимогам мають підпорядковуватися дії сторін на стадії виконання договірних зобов'язання.

Другим за своїм значенням на стадії виконання договору вважається принцип *реального* виконання договірних обов'язків, який в цивілістичній науці характеризується як прояв «необхідності здійснення боржником саме цих дій, які передбачені змістом договірних зобов'язання, і неможливості їх заміни грошовою компенсацією (відшкодуванням збитків)»². Задовго до прийняття нового ЦК України М. М. Сибільов прогнозував певне поступове зменшення в умовах ринкової економіки ролі принципу реального виконання порівняно з його роллю в умовах планової економіки³. Дійсно,

¹ Боднар Т. В. Виконання договірних зобов'язань у цивільному праві. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — С. 17—19.

² Сибільов М. Договірне зобов'язання та його виконання // Вісник Академії правових наук України. — Харків, 2003. — № 2—3. — С. 423—424.

³ Сибільов М. Загальна характеристика сфери приватного права // Вісник Академії правових наук України. — 2001. — № 2. — С. 134.

ст. 622 ЦК України побудована таким чином, що обмежує певною мірою дію цього принципу, адже з її змісту випливає, що боржник звільняється від обов'язку виконання зобов'язання в натурі, якщо це встановлено договором або законом, якщо кредитор відмовився від прийняття простроченого виконання через втрату у цьому інтересу, якщо кредитор відмовився від договору на підставах, передбачених ст. 615 ЦК. Однак необхідність в існуванні принципу реального виконання зобов'язання буде зберігатися в майбутньому, оскільки його дія покликана забезпечити реалізацію інтересу кредитора у виконанні зобов'язання саме в натурі, а не у будь-який інший спосіб.

В юридичній літературі вважається за аксіому те, що виконання зобов'язання, у тому числі договірною, забезпечується завдяки вчиненню боржником активних дій (позитивних дій)¹. Н. С. Кузнєцова не заперечує також наявності в окремих випадках негативного змісту в договірних зобов'язаннях, що є проявом здійснення учасником зобов'язання пасивної функції (наприклад, наймодавець не повинен перешкоджати наймачеві користуватися одержаним за договором найму майном. Однак, на наш погляд, пасивна поведінка учасників договірною зобов'язання не є рідкісним явищем, як це вважає Н. С. Кузнєцова. Більше того, вона може бути притаманна не лише кредитору, а й боржникові.

У цивілістичній науці досить поширеним є розподіл виконання зобов'язання на активне (позитивне) і пасивне (негативне). Активним (позитивним) є виконання зобов'язання шляхом вчинення боржником дій, передбачених цим зобов'язанням, пасивним (негативним) виконання має вважатися тоді, коли боржник повинен утримуватися від вчинення певних дій. Термін «негативна поведінка» у свій час був ведений О. С. Іоффе, який стверджував, що утримання від певних дій неодмінно супроводжує активну діяльність боржника, а не замінює її, тобто негативна поведінка (утримання від вчинення певних дій) може бути лише доповненням або наслідком виконуваної боржником активної функції². В сучасній ук-

¹ Див.: Цивільне право України / За ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнєцовой. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — Кн. 1. — С. 626.

² *Иоффе О. С.* Обязательственное право. — М.: Юрид. лит., 1975. — С. 8—14.

раїнській науці така оцінка сутності поведінки боржника щодо виконання зобов'язання одержало підтримку, але із застереженням про доцільність заміни поняття «негативна поведінка» на поняття «пасивне виконання»¹, що у нас не викликає принципових заперечень, адже обов'язок боржника утримуватися від вчинення певних дій фактично сприяє належному виконанню зобов'язання, тобто є позитивним явищем.

Інша справа, що автори звертали увагу на відсутність у чинному законодавстві прикладів утримання боржника від вчинення певних дій². Дійсно, в цивільному законодавстві важко віднайти норму, яка б передбачала основним зобов'язанням, що виникло з договору, обов'язок боржника утримуватися від вчинення певних дій. Але звертаємо увагу і на те, що законодавство не забороняє укладати договори з пасивним (негативним) змістом. Наприклад, співвласники можуть домовитися про порядок володіння та користування майном, що є їхньою спільною частковою власністю (ст. 358 ЦК). Відповідно, співвласники жилого будинку не позбавлені права укласти договір, у якому передбачити єдиний для усіх обов'язок утримуватися від вирощування та утримання тварин у використувуваних ними жилих та нежилых приміщеннях.

Отже, в договірних зобов'язаннях поведінка як кредитора, так і боржника на стадії їх виконання може бути як активною (позитивною), так і пасивною (негативною). Проте тут може спостерігатися певна тенденція: у боржника активна поведінка є домінуючою, а пасивна — супроводжувальною (додатковою), у кредитора домінуючою є пасивна поведінка, а активна є супроводжувальною (додатковою). Кредитор в усіх випадках зобов'язаний не перешкоджати виконанню боржником договірних обов'язків. Водночас, він може вчиняти певні активні дії (прийняти виконане боржником, підготувати складські приміщення для прийняття поставленого товару тощо).

Продовжує залишатися невирішеною проблема правової природи дій боржника щодо виконання зобов'язання. З цьо-

¹ Боднар Т. В. Виконання договірних зобов'язань у цивільному праві. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — С. 21—22.

² Боднар Т. В. Зазнач. праця. — С. 21—22.

го питання сформувалися дві основні точки зору: а) вони є юридичними вчинками¹; б) вони є односторонньою угодою (правочином)².

Такий підхід до вирішення питання правової природи дій боржника, спрямованих на виконання договірної чи іншого зобов'язання, є поверховим і занадто спрощеним із наступних міркувань. Загальновідомим у цивілістичній науці є поділ підстав виникнення зміни і припинення правовідносин на юридичні факти-дії та юридичні факти-події. В свою чергу, усі правомірні дії поділяються на *юридичні акти* та *юридичні вчинки (поступки)*. І ті й другі можуть бути підставою виникнення цивільних прав та обов'язків чи їх припинення. Такі міркування базуються безпосередньо на положеннях ст. 11 ЦК України, згідно з якими підставою виникнення цивільних прав та обов'язків є, зокрема: 1) договори та інші правочини; 2) створення літературних, художніх творів, винаходів та інших результатів інтелектуальної, творчої діяльності; 3) завдання майнової (матеріальної) та моральної шкоди іншій особі; 4) інші юридичні факти.

Правочини як правомірний юридичний факт є основним видом юридичних актів, спрямованих на виникнення, зміну чи припинення цивільного правовідношення, тобто — безпосередньо на досягнення конкретного правового результату. Такими можуть бути певні адміністративні акти, правові акти органів державної влади чи місцевого самоврядування тощо.

Юридичними вчинками (поступками) в юридичній науці визначаються правомірні дії осіб, які за законом можуть призводити до певних юридичних наслідків незалежно від безпосередньої наявності у цих осіб мети і волі досягти конкретного правового результату (наприклад, у разі створен-

¹ Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве. — М.: Госюриздат, 1958. — С. 154.

² Братусь С. Н. Субъекты гражданского права. — М.: Госюриздат, 1950. — С. 11; Толстой В. С. Исполнение обязательств. — М.: Юрид. лит., 1973. — С. 23; Охоцимский В. Н. Основные моменты исполнения по обязательствам. — Саратов, 1929. — С. 81; Цивільне право України (за заг. ред. В. І. Борисової та ін. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — Т. 2. — С. 20; Боднар Т. В. Виконання договірних зобов'язань у цивільному праві. — С. 20—21.

ня художнього твору у автора можуть виникнути права, яких він і не передбачав)¹. Коло таких юридичних вчинків може бути значно ширшим, ніж це наводиться в літературі. У юристів не виникає заперечень можливість існування складних юридичних фактів, які призводять до виникнення, зміни чи припинення цивільних правовідносин². Тому не можна зводити виконання договору лише до одностороннього правочину. Так, виконання договору позики шляхом перерахування боржником грошових сум на розрахунковий рахунок кредитора — односторонній правочин. Але передача продавцем покупцеві проданого товару, оформленої актом передачі-прийому — двосторонній правочин. Виконання договорів довгострокової дії може складатися з кількох юридичних фактів. Наприклад, завершення першого етапу будівництва торговельного комплексу за договором будівельного підряду — це юридичний вчинок (оскільки це може бути підставою для фінансування другого етапу робіт), задача першого етапу замовника та відповідне його оформлення — двосторонній правочин. Хід виконання будівельних робіт — організаційно-технічні дії (факти), які не є правочинами, але спрямовані на виконання договірних зобов'язань.

Аналізуючи ст. 526 та інші статті глави 48 ЦК «Виконання зобов'язання», не можна не зауважити, що фактично в цій главі врегульовані відносини виконання лише договірних зобов'язань, і фактично поза врегулюванням залишилося виконання позадоговірних зобов'язань, що свідчить про невдалу юридичну конструкцію цієї глави, яка б за таких обставин повинна отримати назву: «Виконання договірних зобов'язань». З цієї ситуації можливий і інший вихід, який полягає у необхідності введення до цієї глави статей, які визначали б особливості виконання позадоговірних зобов'язань.

На стадії виконання договору зобов'язальне правовідношення виявляє ознаки динаміки, тобто його певного руху, який може виявлятися у цілком конкретних об'єктивних формах. У цивілістичній науці знайшла обґрунтування

¹ Гражданское право / Под ред. Е. А. Суханова. — М.: БЕК, 1994. — Т. 1. — С. 123—125.

² Цивільне право України / За ред. В. І. Борисової та ін. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — Т. 1. — С. 88—90.

різноманітна термінологія, яка відображає динаміку договору на стадії його виконання або іншого правовідношення, а саме: 1) *динаміка укладеного договору*¹; 2) *динаміка договірною зобов'язання*²; 3) *динаміка або рух правовідношення*³; 4) *рух зобов'язального правовідношення*⁴ тощо. І хоча між наведеними поняттями є певні термінологічні розбіжності, але усі вони є прийнятними і можуть бути вживаними з урахуванням правової природи предмета дослідження. У нашому випадку будуть вживатися терміни «динаміка договору» та «динаміка договірною зобов'язання» як такі, що характеризують не статику, а рух договірною правовідношення. Як нам вважається, невдалим є поняття «динаміка укладеного договору», начебто може існувати і динаміка неукладеного договору.

Важливим завданням є встановлення часових (строкових) меж та форм виявлення динаміки договору як зобов'язального правовідношення. І тут в юридичній науці чимало поглядів, часом і суперечливих.

Так, у свій час Р. Сават'є зазначав, що зобов'язання виникає, змінюється і згодом зникає, тобто зобов'язання є рухомими і гнучкими, мають схильність до трансформації⁵. Погляди Р. Сават'є не могли не вплинути на формування концепції в цивілістиці радянського періоду та в сучасній науці як Росії, так і України. Відповідно з цього питання були встановлені наступні концептуальні положення.

1) Рух правовідношення розпочинається з його виникнення і завершується його припиненням, у цих межах воно існує і діє в один момент або тривалий період, продовжуючи зберігати свої риси, але зазначаючи при цьому тих або

¹ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Общие положения. — М., 1997. — С. 417.

² Боднар Т. В. Виконання договірних зобов'язань у цивільному праві. — С. 124.

³ Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении. — М.: Юрид. лит., 1974. — С. 283; Черепахин Б. Б. Труды по гражданскому праву. — М.: Статут, 2001. — С. 310.

⁴ Рожкова М. А. Судебный акт и динамика обязательства. — М.: Статут, 2003. — С. 63.

⁵ Сават'є Р. Теория обязательств. — М.: Прогресс, 1972. — С. 305—306.

інших змін у змісті чи суб'єктному складі (Б. Б. Черепакін)¹.

2) Загалом динаміці правовідношення притаманні виникнення і припинення правовідношення, в межах проміжного моменту якого можливі зміни правовідношення по лінії його змісту чи (та) його суб'єктного складу (О. О. Красавчиков)².

3) Виникнення і припинення правових відносин відображають собою початкову і заключну стадії їх руху, в межах яких можуть відбуватися повні або часткові зміни правових відносин (О. С. Іоффе)³.

4) Нормальний перебіг зобов'язального правовідношення проходить стадії виникнення, виконання і припинення (Є. О. Богатих)⁴.

5) До динаміки договірною правовідношення включаються як виконання, так і зміна та розірвання такого правовідношення (М. І. Брагинський)⁵.

6) Динаміка договірною зобов'язання може мати такі різні за тривалістю стадії: виникнення зобов'язального правовідношення; існування договірною зобов'язання, протягом якого зобов'язальне правовідношення може зазнавати змін; виконання (здійснення, реалізація) договірною зобов'язання, у процесі якого правовідношення також може зазнавати змін; припинення договірною зобов'язання (зобов'язального правовідношення), у тому числі внаслідок його виконання (Т. В. Боднар)⁶.

Незважаючи на певні істотні розбіжності між авторами щодо розуміння динаміки договірною зобов'язального правовідношення, всі вони визначають притаманність йому тієї чи іншої кількості стадій. Найпривабливішою серед них є

¹ Черепакин Б. В. Труды по гражданскому праву. — М.: Статут, 2001. — С. 310.

² Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве. — М.: Госюриздат, 1958. — С. 89.

³ Иоффе О. С. Избранные труды по гражданскому праву. — М.: Статут, 2000. — С. 622.

⁴ Богатых Е. А. Гражданское и торговое право. — М.: ИНФРА-М, 1996. — С. 192.

⁵ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Общие положения. — М., 1997. — С. 417.

⁶ Боднар Т. В. Зазнач. праця. — С. 128.

концепція Т. В. Боднар, яка запропонувала чотири стадії динаміки договірною правовідношення. Інша справа, що доцільність введення такої нової стадії, як існування договірною зобов'язання, вимагає додаткового обґрунтування, оскільки автор так і не розкрила конкретний зміст цієї стадії. Як на наш погляд, у динаміці договірною зобов'язання може бути такий період, в якому відсутній стан руху правовідношення, наприклад, коли за договором момент виконання обов'язку віддалений у часі від моменту укладення договору. Таке може бути, зокрема, у разі укладення договору позики з умовою повернення через рік. За таких обставин правовідношення перебуває у стані стагнації. Тобто можна також стверджувати, що і за таких обставин має місце пасивна динаміка правовідношення. Якщо ж сторона вчиняє дії, спрямовані на виконання договору, динаміка правовідношення стає активною, що, власне, необхідно враховувати при вирішенні цієї проблеми.

Однак, гадаємо, що усі висловлені позиції мають вразливі елементи, оскільки розглядати виникнення та припинення зобов'язального правовідношення як самостійні стадії юридично некоректно з огляду на те, що і виникнення, і припинення договірною зобов'язання є одномоментними актами, підставою яких слугують у першому випадку укладення договору, а у другому — виконання договірних обов'язків та інші юридичні факти, передбачені договором, статтями 599—609 ЦК та нормами інших законів України. Безумовно, виникнення і припинення договірною зобов'язального правовідношення вкрай необхідні в ньому, але аж ніяк вони не можуть набувати статусу стадії, під якою, як правило, необхідно розуміти певний момент, період, етап у житті, розвитку чого-небудь, що має свої якісні особливості¹. Тобто йдеться про такі моменти, періоди, етапи, які існують упродовж певного проміжку часу. Відтак, із моменту укладення договору одночасно виникає зобов'язальне правовідношення, яке набуває ознак пасивної чи активної динаміки, спрямованої на виконання договору. Однак, щоб дати правильну оцінку динаміці договір-

¹ Див.: Новий тлумачний словник української мови. — Т. 4. — К.: Аконіт, 2000. — С. 368.

ного зобов'язання, необхідно розглянути два варіанти його можливого розвитку. Перший полягає у позитивному (нормальному) розвитку чи функціонуванні правовідношення, тобто у повній відповідності до умов договору та закону, другий — в аномальному відхиленні розвитку правовідношення від умов договору та закону.

Таким чином, із моменту укладення договору виникає зобов'язальне правовідношення, яке при позитивному його розвитку виявляє активну динаміку (у певних випадках — пасивну та активну динаміку), яка реалізується в стадії виконання договірного зобов'язання, що припиняється в момент досягнення правового результату, обумовленого договором або законом.

У разі ж аномального розвитку зобов'язального правовідношення, яке виникло з моменту укладення договору, його динаміка на стадії виконання договору може зазнавати змін у змісті чи суб'єктному складі договору на підставі додаткових правочинів чи вимог закону (наприклад статті 651, 652 ЦК України) до моменту його припинення.

3.3. Стадія порушеного договірного права та його захисту

Наступною можливою стадією договору є стадія порушеного зобов'язального правовідношення (стадія захисту порушеного права), якої може і не бути у разі відсутності порушення умов договору та закону. Відповідно до ст. 610 ЦК України порушенням зобов'язання є його невиконання або виконання з порушенням умов, визначених змістом зобов'язання (неналежне виконання)». Якщо ж таке зобов'язання виникло на підставі договору, то порушенням договірного зобов'язання, таким чином, може бути його невиконання або виконання з порушенням умов, визначених змістом договору.

Навіть після побіжного ознайомлення зі змістом наведеної норми напрошується висновок про хибність конструкції ст. 610 ЦК, оскільки в ній не враховано, що виконання зобов'язання, як зазначається в ст. 526 ЦК, має виконуватися належним чином відповідно до умов договору та вимог цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, а за відсутності таких умов та вимог — відповідно до звичаїв

ділового обороту або інших вимог, що звичайно ставляться. Подібна неузгодженість між зазначеними статтями є істотною і небажаною вадою нового ЦК, але вона може бути порівняно легко усунена, наприклад, шляхом введення до ст. 610 ЦК відповідного застереження про те, що порушенням зобов'язання є також невиконання або виконання з порушенням вимог, встановлених ст. 526 ЦК України.

Порушення договірної, як і будь-якого іншого, зобов'язання безумовно може призвести до негативних наслідків у потерпілої сторони, права якої піддані такому порушенню. Стаття 611 ЦК на такі випадки визначає певні правові наслідки, встановлені договором або законом:

а) припинення зобов'язання внаслідок односторонньої відмови від зобов'язання, якщо це встановлено договором або законом, або розірвання договору;

б) зміна умов зобов'язання;

в) сплата неустойки;

г) відшкодування збитків та моральної шкоди.

Іншими словами, сторона договору, яка вважає свої права порушеними, може вимагати, у тому числі у судовому порядку, застосування до порушника перерахованих правових наслідків. У такому разі правові наслідки набувають ознак способів захисту цивільних прав та інтересів, що визначаються ст. 16 ЦК. Серед десяти способів захисту цивільних прав передбачені такі, як відшкодування майнової та моральної немайнової шкоди, які безпосередньо передбачені також у ст. 611 ЦК у формі правових наслідків. Поняттю цих способів захисту присвячені окремі статті 22 і 23 ЦК, що свідчить про їх велику значимість у цивільному праві. Дійсно, відшкодування збитків є найбільш універсальним і ефективним способом відновлення порушених цивільних прав та інтересів.

Аналіз змісту статей 22 і 611 ЦК дозволяє виділити певні неспівпадіння у визначенні способів захисту цивільних прав та законних інтересів. Очевидно, тут необхідно врахувати, що в ст. 22 ЦК способи захисту визначаються в узагальненій формі, що розраховано на регулювання усіх цивільних відносин. Тому, наприклад, таким правовим наслідком, передбаченим в ст. 611 ЦК, як припинення зобов'язання внаслідок односторонньої відмови від зобов'я-

зання та розірвання договору, а також зміна умов зобов'язання кореспондуються, відповідно, такі способи захисту, як припинення та зміна правовідношення. В статті 611 ЦК серед правових наслідків передбачено неустойку, яка не значиться серед способів захисту цивільних прав, що не суперечить ст. 16 ЦК, в якій міститься спеціальне застереження, згідно з яким суд може захистити цивільне право або інтерес іншим способом, встановленим договором або законом. Власне, в статтях ЦК, що регулюють окремі види договірних зобов'язань, передбачають спеціальні способи захисту порушених цивільних прав сторін договору. Наприклад, за ст. 678 ЦК покупець, якому було передано товар неналежної якості, має право, зокрема, вимагати від продавця пропорційного зменшення ціни, безоплатного усунення недоліків, відшкодування витрат на усунення недоліків такого товару. Спеціальні способи захисту можуть передбачатися іншими законами, зокрема, Господарським кодексом України.

При цьому важливо правильно визначати правову природу правових наслідків порушення договору, враховуючи їх неоднорідність та встановлення законодавством різних підстав їх застосування. В юридичній літературі з цього приводу висловлюються різні точки зору.

Таке розмаїття думок зрозуміле, адже закон не дає визначення правового захисту, перераховуючи лише засоби (способи) захисту цивільних прав. Не аналізуючи детально усі висловлені думки з даного питання, можна погодитися з І. О. Дзєрою, яка цивільно-правовий захист щодо права власності визначила як систему активних заходів, які застосовує власник, компетентні державні чи інші органи, спрямовану на усунення порушень права власності, покладення виконання обов'язку з відновлення порушеного права на порушника¹.

Однак якщо питання про правову охорону та про правовий захист у регулюванні зберігальних відносин має переважно загальнонаукове значення, то безпосередньо практичного значення набуває встановлення правової природи

¹ Дзєра І. О. Цивільно-правові засоби захисту права власності в Україні. — К., 2001. — С. 27.

та змісту конкретних способів захисту цивільних прав, перерахованих у ст. 16 ЦК України, оскільки від цього багато в чому залежить вибір уповноваженою особою адекватного способу захисту та умови його застосування.

Цілком очевидно, що застосування будь-якого передбаченого законом способу захисту породжує для порушника ті чи інші правові наслідки, як правило, негативні та небажані для нього.

Так, досить поширеним є поділ способів захисту цивільних прав на міри захисту та міри відповідальності¹. Однак у такої точки зору є істотні вади, адже міри відповідальності є водночас і мірами захисту. Досить складну систему способів захисту цивільних прав запропонувала Н. В. Коробцова, на думку якої способи захисту можна поділити на: способи фактичного характеру, що застосовуються уповноваженою особою при самозахисті, і способи оперативного характеру (наприклад відмова від прийняття простроченого виконання); правоохоронні способи державно-примусового характеру, які застосовують державні або громадські органи, що розглядають спір, до яких входять цивільно-правові санкції як способи цивільно-правової відповідальності та способи державно-примусового характеру, що не мають ознак цивільно-правової відповідальності (поділ майна між співвласниками, застосування наслідків недійсності правочину)². До вад такої класифікації необхідно віднести невключення автором оперативних способів захисту до цивільно-правових санкцій.

За іншою точкою зору, усі негативні правові наслідки, що настають для порушника, являють собою результат застосування так званої санкції, притаманної кожному зі способів захисту цивільних прав.

З цього приводу О. Е. Лейст зазначав, що у кожному юридичному обов'язку відображено вимогу належної поведінки, а санкція є спосіб державного примусу до виконання

¹ Гражданское право. — М., 1999. — Ч. 1. — С. 286; Шевченко Н. М. Господарсько-правова відповідальність та господарські санкції // Університетські наукові записки. — 2005. — № 3. — С. 175—179.

² Цивільне право України / За ред. І. В. Борисової та ін. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — Т. 1. — С. 211.

(додержання) цієї вимоги, загроза примусом на випадок її порушення¹.

У теорії права санкції розглядаються як невід'ємний елемент відповідальності незалежно від правової природи порушення. Загалом погляди на юридичну відповідальність у загальній теорії права в узагальненому вигляді зводяться до того, що юридичною відповідальністю є застосування до порушника юридичних санкцій у формі заходів державно-примусового характеру, що містять відповідні позбавлення та обмеження щодо особи, її майна, містять для неї несприятливі правові наслідки тощо². Тобто в загальній теорії будь-які заходи державно-примусового характеру (санкції), застосовувані до порушника, становлять юридичну відповідальність. Звичайно, загальнотеоретичні концепції юридичної відповідальності використовуються в цивілістичній науці. Однак цивільне законодавство побудоване таким чином, що виділяє з усіх норм, що передбачають застосування до порушника негативних чи несприятливих правових наслідків, ті норми, які містять санкції у формі цивільно-правової відповідальності (стягнення збитків, неустойки та деякі інші). Невипадково глава 51 ЦК України має назву: «Правові наслідки порушення зобов'язання. Відповідальність за порушення зобов'язання».

На думку О. О. Красавчикова, цивільно-правовою санкцією необхідно вважати установлену законом міру майнових або інших правових невігідних для особи наслідків, які застосовуються в разі недодержання закону, невиконання прийнятих зобов'язань, заподіяння шкоди³.

¹ Лейст О. Э. Санкции и ответственность по советскому праву (теоретические проблемы). — М., 1981. — С. 29.

² Теория государства и права: Учебник / Под ред. В. М. Корельского и В. Д. Перевалова. — М.: Изд. группа НОРМА-ИНФРА-М, 1998. — С. 418; *Енгибарян Р. В., Краснов Ю. К.* Теория государства и права: Учеб. пособие. — М.: Юристъ, 1999. — С. 233; *Общая теория государства и права. Академический курс в двух томах / Под ред. М. Н. Марченко.* Теория права. — М.: Зерцало, 1998. — Т. 2. — С. 592; *Марчук В. Н., Ніколаєва Л. В.* Основні поняття та категорії права: Навч. посібник. — К.: Істина, 2001. — С. 94; *Общая теория права и государства: Учебник / Под ред. В. В. Лазарева.* — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: Юристъ, 1996. — С. 41; *Венгеров А. Б.* Теория государства и права: Учебник для юрид. вузов. — М.: Новый Юристъ, 1998. — С. 558.

³ *Красавчиков О. А.* Санкции и ответственность в советском праве // Проблемы гражданско-правовой ответственности и защиты гражданских прав. — Свердловск, 1973. — С. 13.

У цивільному законодавстві передбачаються різноманітні санкції на випадок порушення зобов'язань. Серед цих санкцій особлива роль належить мірам цивільно-правової відповідальності. Зміст цивільно-правової відповідальності надзвичайно вдало сформулював О. С. Іоффе, на думку якого це — покладення на правопорушника основаних на законі невиконаних правових наслідків, які виявляються у позбавленні його певних прав, або в заміні невиконаного обов'язку новим, або у приєднанні до невиконаного обов'язку нового додаткового¹. Таке визначення цивільно-правової відповідальності знайшло підтримку в тій чи іншій модифікації серед вчених радянського і сучасного періодів. Воно дозволяє виокремити серед багатьох санкцій міри цивільно-правової відповідальності, які покликані виконувати забезпечувальну і компенсаційну функцію щодо порушених прав особи.

На думку В. В. Луця, до них належать, зокрема, відшкодування збитків, сплата неустойки, втрата стороною завдатку або повернення завдатку у подвійному розмірі². На наш погляд, відповідальністю має вважатися примушення сторони до усунення недоліків у проданій нею речі, у виправленні недоліків у виконаній роботі тощо. Правильне відмежування мір відповідальності від інших санкцій має досить велике практичне значення, адже для їх застосування законом передбачаються різні умови та підстави їх застосування. Відповідно, немає підстав вважати відповідальністю покладення на поклажодавця обов'язку забрати поклажу після спливу строку зберігання (ст. 948 ЦК). В. П. Грибанов обґрунтував концепцію існування оперативних санкцій, які не мають ознак цивільної відповідальності³. Концепція про оперативні санкції знайшла підтримку у багатьох вчених⁴. Важ-

¹ *Іоффе О. С.* Ответственность по советскому гражданскому праву. — М., 1955. — С. 14.

² *Луць В. В.* Контракты у підприємницькій діяльності. — К., 2001. — С. 64—66.

³ *Грибанов В. П.* Ответственность за нарушение гражданских прав и обязанностей. — М., 1973. — С. 38—39.

⁴ *Пугинский В. И.* Гражданско-правовые средства в хозяйственных отношениях. — М., 1976. — С. 143—144; *Басин Ю. Г., Диденко А. Г.* Дисциплинирующее значение оперативных санкций // Советское государство и право. — 1983. — С. 4. — С. 52.

ливо також зазначити, що оперативні санкції, як правило, не вимагають державного примусу. Оперативною санкцією, наприклад, є відмова однієї сторони від договору у разі неналежного виконання його умов другою стороною.

Отже, будь-яка міра цивільно-правової відповідальності та захисту є водночас санкцією, але не кожна санкція є мірою такої відповідальності¹. Іншими словами, у разі порушення договірних зобов'язань до порушника можуть застосовуватися як міри цивільно-правової відповідальності, так й інші правові наслідки. Але у будь-якому разі серед цих правових наслідків центральне місце займає цивільна відповідальність.

Особливі підходи до проблем відповідальності та її співвідношення з санкціями сформувався у господарсько-правовій науці, які знайшли певне відображення у ГК України. В результаті з'явилася концепція «господарсько-правової відповідальності». Так, В. Г. Пронська вважає, що господарсько-правова відповідальність — це економічні за змістом і юридичні за формою методи впливу на економічні інтереси суб'єкта господарювання (правопорушника)². На думку В. С. Щербини, відповідальністю в господарському праві є застосування до правопорушника встановлених законом або договором санкцій, внаслідок чого він зазнає майнових втрат, відтак господарсько-правова відповідальність включає в себе майнові наслідки застосування санкцій³. Подібна позиція висловлювалася В. К. Мамутовим, на думку якого, господарсько-правова відповідальність — це несення господарським органом несприятливих економічних наслідків безпосередньо в результаті застосування до нього передбачених законом санкцій (мір) відповідальності⁴.

Певною мірою вищезазначені погляди знайшли своє відображення в ГК України, згідно зі ст. 216 якого учасники господарських відносин несуть господарсько-правову

¹ Цивільне право України. — К., 2003. — Т. 1. — С. 85.

² Див.: *Господарське право: Практикум / За ред. В. С. Щербини.* — К.: Юрінком Інтер, 2001. — С. 197.

³ *Щербина В. С. Господарське право.* — К.: Юрінком Інтер, 2001. — С. 160.

⁴ *Мамутов В. К., Овсиенко В. В., Юдин В. Я. Предприятие и материальная ответственность.* — К.: Наукова думка, 1974. — С. 27.

відповідальність за правопорушення у сфері господарювання шляхом застосування до правопорушників господарських санкцій на підставах і в порядку, передбачених цим Кодексом, іншими законами та договором. Крім того, в ст. 217 ГК визначені три види санкцій як засоби відповідальності: відшкодування збитків; штрафні санкції, оперативно-господарські санкції, адміністративно-господарські санкції. Ні ГК, ні ЦК не сприйняли пропоновану концепцію підприємницької відповідальності¹, і варто зауважити, що введення «підприємницької відповідальності» ще більш ускладнило захист порушених цивільних прав та інтересів. Водночас і ГК має чимало вад у визначенні господарсько-правової відповідальності (фактично вона є різновидом цивільно-правової відповідальності, якщо йдеться про стягнення, наприклад, збитків, неустойки). Так, у ньому фактично усі санкції визнані мірами відповідальності, що недопустимо з вищенаведених міркувань. На жаль, і новий ЦК не кращим чином вирішив цю проблему, оскільки в ньому залишилося відкритим питання про те, які ознаки мають ті правові наслідки, які є мірами юридичної відповідальності. Власне, цього вимагає сама назва глави 51. Як на наш погляд, такими мірами цивільно-правової відповідальності необхідно було б визнати лише неустойку, відшкодування збитків та моральної шкоди, що мало б знайти своє відображення у нововведеній у майбутньому ч. 2 ст. 611 ЦК.

За порушення договірних зобов'язань відповідальність визначається ЦК України (статті 610—625), іншими законами України. Однак сторони можуть також визначити її на свій розсуд, що, власне, впливає зі змісту ст. 92 (п. 22) Конституції України, згідно з якою виключно законами України визначаються «засади цивільно-правової відповідальності». Тобто законами визначаються лише засади цивільно-правової відповідальності, а відтак, наведене конституційне положення надає право встановлення її сторонами договору.

Норми ЦК України про відповідальність за порушення зобов'язань, а також про окремі види договорів передбача-

¹ Див.: *Задыхайло Д.* Проблемы кодификации предпринимательского законодательства // *Предпринимательство, хозяйство и право.* — 1998. — № 5. — С. 6.

ють різний обсяг відповідальності, який в юридичній літературі поділяють на три види: повний, обмежений і підвищений. В договірних зобов'язаннях застосовується переважно повна відповідальність, хоча можлива інколи обмежена та підвищена, що надалі буде підтверджено.

Питання цивільно-правової відповідальності є одним із найскладніших і найбільш дискусійних у цивілістичній науці. Зокрема, такими є проблеми поняття цивільно-правової відповідальності, її правової природи, підстав тощо. Не торкаючись усіх цих проблем, все ж таки для встановлення підстав відповідальності порушника необхідно визначити їх загально-цивілістичні правові засади. В юридичній науці домінуючою стала концепція складу цивільного правопорушення як юридичної підстави цивільної відповідальності, до якого входять: 1) протиправна поведінка (дія чи бездіяльність) особи; 2) шкідливий результат такої поведінки (школа); 3) причинний зв'язок між протиправною поведінкою і шкодою; 4) вина особи порушника¹.

При вирішенні цивільних справ про застосування мір цивільно-правової відповідальності за порушення договірних зобов'язань суди мають встановлювати наявність у діях сторони-порушника такого складу правопорушення. Так, у справі за позовом ДП «Закордонмонтажспецбуд» про стягнення збитків із відповідача ВАТ «Гідромеханізація» Судова палата у господарських справах Верховного Суду України своєю постановою від 02.03.2004 р. № 3-211к04 скасувала постанову Вищого господарського суду України та судові акти інших судових інстанцій, а справу направила на новий розгляд. Відповідно, Судова палата зазначила, що при новому розгляді слід всебічно та повно з'ясувати всі обста-

¹ *Агарков М. М.* Обязательство по советскому гражданскому праву. — М., 1940. — С. 141; *Матвеев Г. К.* Вина в советском гражданском праве. — К., 1951. — С. 7; *Иоффе О. С.* Ответственность по советскому гражданскому праву. — Ленинград, 1955. — С. 94; *Красавчиков О. А.* Юридические факты в советском гражданском праве. — М., 1958. — С. 57; *Малеин Н. С.* Имущественная ответственность в хозяйственных отношениях. — М., 1968. — С. 22; *Гражданское право / Под ред. Ю. К. Толстого, А. П. Сергеева.* — М., 1996. — Ч. 1. — С. 490; *Луць В. В.* Контракти у підприємницькій діяльності. — К., 2001. — С. 74; *Цивільне право України.* — Т. V. — Кн. 1 / За ред. Р. Б. Шишки. — Харків: Еспада, 2005. — С. 182—187.

вини справи, зокрема, в чому полягає порушення договірних зобов'язань з боку відповідача, розмір збитків та їх обґрунтування, дослідити наявність причинно-наслідкового зв'язку між діями відповідача та заподіяними позивачеві збитками, дати їм належну юридичну оцінку та ухвалити законне і обґрунтоване рішення¹. У наведеній справі відсутнє лише пряме посилання на необхідність встановлення вини відповідача у порушенні договору.

Іншу конструкцію складу цивільного правопорушення у цивільному праві запропонував видатний вчений-правознавець радянського періоду С. С. Алексеев, який визначив три елементи правопорушення: об'єкт, суб'єкт, об'єктивна сторона (об'єктивований шкідливий результат, неправність, причинний зв'язок)². Однак і ця тричленна структура складу цивільного правопорушення за змістом своїх елементів мало чим відрізняється від чотиричленної.

Теорія складу цивільного правопорушення як підстави договірної чи позадоговірної відповідальності останніми роками стала об'єктом активної критики, оскільки, на думку В. В. Вітрянського, вона є результатом штучного привнесення в цивілістику категорій кримінального права. Тому, на його думку, *підставою* цивільно-правової відповідальності (єдиною і загальною) є *порушення* суб'єктивних цивільних прав, яке зумовлено тим, що цивільно-правова відповідальність є відповідальність одного учасника майнового обігу перед іншим, відповідальність порушника перед потерпілим, а її спільною метою є відновлення порушеного права на основі принципу відповідності розміру відповідальності розміру заподіяної шкоди³.

На наш погляд, концепція факту порушення суб'єктивного права як підстава застосування цивільно-правової відповідальності є прийнятною переважно тоді, коли в законодавстві встановлюються особливі випадки відповідаль-

¹ Постанова Судової палати у господарських справах Верховного Суду України від 2 березня 2004 р. / Юридична Україна. — № 12. — 2004. — С. 88—89.

² Алексеев С. С. Гражданская ответственность за невыполнение плана перевозок. — М., 1959. — С. 49.

³ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Общие положения. — М., 1997. — С. 567—570.

ності. Проте не можна також ігнорувати загальну конструкцію цивільно-правової відповідальності, яка знайшла своє закріплення в новому цивільному законодавстві, існування якої змушений визнати і її критик В. В. Вітрянський. Така конструкція очевидно має на меті забезпечувати правомірне застосування мір цивільно-правової відповідальності.

Так, відповідно до статей 610, 623 ЦК у разі неналежного виконання зобов'язання боржником він зобов'язаний відшкодувати кредиторів завдані цим збитки. Фактично вже в цих нормах можна, хоч і опосередковано, відстежити три елементи складу цивільного правопорушення: неналежна поведінка боржника, що виявилася у невиконанні чи неналежному виконанні ним свого обов'язку; наявність збитків внаслідок дій боржника; наявність причинного зв'язку між діями боржника та їх негативним результатом. Нарешті, четвертий елемент закріплений в ст. 614 ЦК, згідно з якою особа, яка не виконала зобов'язання або виконала його неналежним чином, несе майнову відповідальність лише за наявності *вини* (умислу або необережності), крім випадків, *передбачених* договором або законом. Тобто, за ЦК України за загальним правилом у разі порушення договірної зобов'язання боржник несе відповідальність лише за наявності комплексу зазначених чотирьох умов.

Як вже зазначалося, за загальним правилом цивільна відповідальність сторони-порушника настає за наявності у її діях *вини*, оскільки за ст. 614 ЦК особа, яка порушила зобов'язання несе відповідальність за наявності її *вини* (умислу або необережності), якщо інше не встановлено договором або законом. При цьому така особа має вважатися невинуватою, якщо вона доведе, що вжила всіх залежних від неї заходів щодо належного виконання зобов'язання (ч. 1 ст. 614 ЦК України). Якщо ж особа-порушник не доведе факту вжиття таких заходів, то вона вважається винуватою, а відтак має нести відповідальність за допущене порушення (ч. 2 ст. 614 ЦК). Зміст наведених норм свідчить також про те, що за законом на обсяг відповідальності порушника не впливає форма *вини* (умисел, необережність). Такий принцип закріплювався і в радянському цивільному законодавстві, оскільки вважається, що такий підхід спрямовується на захист прав потерпілого, який однаковою мірою

несе майнові та інші негативні наслідки від порушення договору, незалежного від форми вини у діях порушника.

Безпосередніми підставами звільнення від відповідальності особи, яка порушила зобов'язання, відповідно до ст. 617 ЦК може бути доведення ним факту порушення внаслідок випадку або непереборної сили. Однак тут же законодавець завершує цю статтю застереженням про те, що не вважається випадком, зокрема, недодержання своїх обов'язків контрагентом боржника, відсутність на ринку товарів, потрібних для виконання зобов'язання, відсутність у боржника необхідних коштів. Іншими словами, наявність цих обставин не може слугувати підставою невинуватості боржника та звільнення його від відповідальності. Звісно, поняття «випадок» може мати неоднозначне тлумачення, а тому воно вимагає глибокого вивчення та активних дискусій. Отже, в новому ЦК України (як і в ЦК УРСР) закладено як загальне правило принцип вини для застосування цивільно-правової відповідальності, яка базується на так званій психологічній теорії вини.

Нині постає питання про доцільність збереження цивільно-правової відповідальності лише за наявності вини порушника договору. Показовим у цьому відношенні є досвід Російської Федерації, у ст. 401 ЦК якої записано, що особа, яка не виконала або неналежним чином виконала зобов'язання при здійсненні підприємницької діяльності, несе відповідальність, якщо не доведе, що належне виконання виявилось неможливим внаслідок непереборної сили, тобто надзвичайних і невідворотних за даних умов обставин, до яких не належать, зокрема, порушення обов'язків із боку контрагентів боржника, відсутність на ринку необхідних для виконання товарів, відсутність у боржника необхідних грошових коштів. Подібна норма містилася у проекті ЦК України в редакції 1997 р. (ст. 639), яка не завершальному етапі прийняття нового ЦК була вилучена, що і призвело до збереження у ньому загального правила про відповідальність сторін.

Однак розробники ГК України фактично це правило проігнорували і взагалі лишили поза увагою вини як підставу відповідальності за заподіяння порушником договірних зобов'язань, збитків. У частині 1 ст. 218 ГК певною мірою

окреслюються підстави для незастосування до учасника господарських відносин мір відповідальності. По-перше, 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 правопорушення. За юридичною логікою вжиття зазначених заходів засвідчує невинуватість учасника, яка знімає з нього відповідальність за допущене ним порушення. По-друге, у разі, якщо інше не передбачено законом або договором, суб'єкт господарювання за порушення господарського зобов'язання несе господарсько-правову відповідальність, якщо не доведе, що належне виконання зобов'язання виявилось неможливим внаслідок дії непереборної сили, тобто надзвичайних і невідворотних обставин за даних умов здійснення господарської діяльності. Знову ж таки, за юридичною логікою така норма припускає можливість відповідальності без вини. Не вважаються такими обставинами, зокрема порушення зобов'язань контрагентами правопорушника, відсутність на ринку потрібних для виконання зобов'язання товарів, відсутність у боржника необхідних коштів.

Співставляючи зміст ст. 218 ГК України та ст. 401 ЦК РФ, неважко впевнитися, що в ст. 218 ГК майже повністю запозичений текст ст. 401 ЦК РФ, з тією різницею, що в першому вживаються терміни «суб'єкт господарювання», «господарська діяльність», а в другому — «особа», «зобов'язання при здійсненні підприємницької діяльності». Таким чином, формально ГК не ставить застосування господарсько-правової відповідальності у повну залежність від встановлення факту наявності вини в діях учасника господарських відносин і лише визначає обставини, які виключають його відповідальність. Звичайно ж, ст. 218 ГК містить істотні внутрішні суперечності та неузгодженість зі ст. 617 ЦК України. Звертаючи увагу на ці суперечності, В. В. Луць зауважив, що в одній і тій самій ст. 218 ГК говориться про те, що принцип відповідальності — це вина, а якщо суб'єкт довів відсутність вини, то звільняється від відповідальності, а, з другого боку, далі йдеться про те, що той самий суб'єкт за порушення зобов'язань несе відповідальність незалежно від вини. Так що ж тоді потрібно брати до уваги, коли йдеть-

ся про порушення господарських зобов'язань у сфері підприємницької і господарської діяльності, ставить запитання В. В. Луць, — чи діє принцип вини, чи відповідальність не залежить від вини?¹ На жаль, автор не запропонував шляхів усунення зазначених суперечностей.

Розглянута проблема може бути вирішена різними способами, у тому числі шляхом внесення змін як до ЦК, так і до ГК. Проте, вважаємо за недоцільне переймати досвід конструювання підстав відповідальності суб'єктів підприємництва без вини.

По-перше, встановлення підвищеної відповідальності суб'єктів підприємництва вступило б у суперечність із загальним принципом цивільного права про рівноправність усіх суб'єктів у цивільних правовідносинах. Тобто відповідальність суб'єктів договірних зобов'язань у разі їх порушень має бути побудована на однакових засадах. По-друге, не можна не враховувати той факт, що порушенням договору стороною, яка є невинуватою такою ж мірою як і винуватою, можуть бути заподіяні другій стороні, яка не порушувала договір, збитки. За таких обставин вони мали б також бути відшкодовані, але у меншому розмірі, порівняно з випадками винного порушення договору. Тому було б доцільно покладати на сторону, яка порушила договір за відсутності у її діяч вини, обов'язок відшкодовувати лише реальні збитки. Відповідно, таке застереження необхідно було б передбачити у ст. 614 ЦК України. Що ж до стягнення санкцій у формі неустойки, то воно має застосовуватися лише за наявності вини порушника договору.

Як вже зазначалося, крім мір відповідальності у разі порушення договору, можуть також наставати інші правові наслідки, які виражаються у можливості примусового чи самостійного застосування до порушників заходів оперативно-захисного впливу, зокрема у формі примусу до виконання договірного обов'язку, розірвання договору, у формі вчи-

¹ Луць В. В. Цивільний та господарський договори: співвідношення понять за Цивільним та Господарським кодексами України // Актуальні проблеми господарського права. Зб. наукових праць за матеріалами «круглого столу» від 16 грудня 2004 р. — К.: НДІ приватного права і підприємництва АПРн України, 2005. — С. 8—9.

нення добросовісною стороною упереджувально-профілактичних дій. У ГК України такі заходи іменуються оперативно-господарськими санкціями. Згідно з ч. 3 ст. 235 ГК оперативно-господарські санкції застосовуються незалежно від вини суб'єкта, який порушив господарське зобов'язання. Логічно, що такий самий принцип має діяти при застосуванні цивільних оперативно-захисних санкцій у разі порушення договірних зобов'язань, які не є господарсько-правовими. Але знову ж таки ця проблема мала б бути вирішена в законодавчому порядку.

Частина 1 ст. 22 ЦК України встановлює загальне правило про право особи на відшкодування збитків, завданих порушенням її цивільного права. Відповідно до ч. 2 ст. 16 відшкодування збитків є лише одним зі способів захисту цивільних прав та інтересів. Відшкодування збитків є найбільш універсальним і адекватним сутності цивільного права способом порушених цивільних прав та охоронюваних інтересів, спрямованим на відновлення порушеного майнового стану потерпілої особи та на усунення негативних майнових наслідків, що настали.

У цивілістичній доктрині загально визнаною є позиція про те, що усі можливі примусові засоби впливу на порушника становлять цивільно-правову санкцію майнового або немайнового характеру. Відтак санкцією у юридичному її розумінні є застосування, як правило, державного примусу до виконання порушником конкретних обов'язків для ліквідації певних негативних правових наслідків чи їх компенсації. Тобто використання уповноваженою особою того чи іншого способу захисту цивільних прав та інтересів супроводжується вимогою до суду (іншого юрисдикційного органу) застосувати до порушника відповідну конкретну санкцію.

З огляду на це, дещо некоректним є висновок В. Д. Примака про те, що у всіх випадках цивільно-правова відповідальність постає як санкція¹. Остання є лише проявом застосування конкретної міри цієї відповідальності.

Серед різноманітних санкцій найбільш поширеними та ефективними є міри цивільно-правової відповідальності, до

¹ *Примак В. Д.* Цивільно-правова відповідальність юридичних осіб: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2005. — С. 7.

яких належить також відшкодування потерпілій особі майнових збитків, стягнення на її користь неустойки. Тут необхідно враховувати, що під цивільно-правовою відповідальністю розуміються такі санкції, які полягають у покладенні на правопорушника оснований на законі таких негативних правових наслідків, які виявляються у позбавленні його певних прав або в заміні невиконаного обов'язку, або у приєднанні до невиконаного обов'язку нового додаткового¹. Цю обставину обов'язково необхідно враховувати при застосуванні відповідних способів захисту цивільних прав та інтересів, у тому числі у вигляді відшкодування збитків, адже нормами ЦК встановлюються особливі умови для застосування тих чи інших санкцій. Наприклад, відповідно до ч. 1 ст. 614 ЦК особа, яка порушила зобов'язання, несе відповідальність за наявності її вини (умислу або необережності), якщо інше не встановлено договором або законом.

Не є мірами цивільно-правової відповідальності присудження судом до виконання в натурі договірною обов'язку, як-от: примушення продавця передати покупцеві оплачений товар, примушення позичальника повернути кредиторіві відповідні грошові кошти тощо. Застосування судом до порушника таких санкцій не є мірами цивільно-правової відповідальності, а відтак, як правило, не обов'язково встановлювати його вину в такому порушенні. Так, відповідно до ч. 1 ст. 625 ЦК боржник не звільняється від відповідальності за неможливість виконання ним грошового зобов'язання.

Від відшкодування збитків необхідно відмежовувати інші можливі способи відшкодування майнової шкоди, які в ст. 22 безпосередньо не визначаються. Але зміст ст. 22 дає підстави вважати, що збитки є лише складовою частиною більш широкого поняття «шкода».

У ЦК під збитками завжди розуміється грошове вираження майнової шкоди, завданої порушенням цивільному майновому блага або інтересу. Якщо ж шкода завдана немайновому благу (честі, гідності, діловій репутації фізич-

¹ Див.: *Иоффе О. С.* Ответственность по советскому гражданскому праву. — М., 1955. — С. 14.

ної особи тощо — глави 20, 21, 22, 80, 81, 82, 83 ЦК), то законодавець закріплює право потерпілої особи на відшкодування шкоди, а не збитків. Однак законодавець не завжди дотримується таких критеріїв у розмежуванні збитків та шкоди. Власне, така непослідовність закладена в самій ст. 22, згідно з ч. 4 якої присудження обов'язку полатодити річ є способом відшкодування шкоди, а не збитків. За ст. 1212 ЦК особа, яка незаконно набула майно або зберегла його у себе за рахунок іншої особи, повинна відшкодувати управненій особі шкоду, хоча доцільно було б у цьому випадку вести мову про відшкодування збитків. При зверненні з позовами про відшкодування збитків обов'язково необхідно враховувати правову природу правовідносин, в яких допущене порушення (відносини щодо недійсності правочинів, відносини права власності, відносини, що виникають із договору чи заподіяння шкоди тощо).

У частині 2 ст. 22 ЦК узагальнено визначаються негативні майнові наслідки, які в своїй сукупності можуть включатися до складу збитків. Законодавець поділяє їх на два види: *реальні збитки* та *упущена вигода*. В юридичній літературі інколи перші називають позитивною шкодою, другі — негативною. Таке доктринальне тлумачення двох видів збитків є невдалим з огляду на зміст поняття «позитив», адже будь-яка шкода, завдана матеріальному чи нематеріальному благу, є негативним явищем.

До реальних мають зараховуватися, по-перше, *втрати*, яких особа зазнала у зв'язку зі знищенням або пошкодженням речі, і по-друге, *витрати*, які особа зробила або мусить зробити для відновлення свого порушеного права.

Упущеною вигодою за ст. 22 вважаються доходи, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було порушене. В ст. 203 ЦК УРСР 1963 р. до такого роду збитків у зобов'язальних правовідносинах були віднесені «неодержані доходи» кредитором, які він міг би одержати у разі виконання зобов'язання боржником.

У ГК України також визначаються щодо господарських зобов'язань поняття збитків та їх склад, які багато в чому співпадають, але мають і істотні розбіжності. Так, за ст. 224 ГК під збитками розуміють витрати, зроблені управненою стороною, втрата або пошкодження її майна, а також не-

одержані нею доходи, які управнена сторона одержала б у разі належного виконання зобов'язання або додержання правил здійснення господарської діяльності другою стороною. Розбіжності наведеного зі ст. 22 ЦК полягають, зокрема, у наступному. Так, по-перше, в ГК перший вид збитків не поіменованій реальними збитками, а другий — упущеною вигодою, як це зроблено в ЦК. Певною мірою ця вада компенсована в ст. 225 ГК, в якій «неодержаний прибуток» визнається «втраченою вигодою» (в ЦК — упущена вигода). Натомість розробники ГК припустилися істотної суперечності, розуміючи в ст. 224 під втраченою вигодою неодержані управненою стороною «доходи», а в ст. 225 — «неодержаний прибуток», оскільки в податковому законодавстві доход і прибуток мають різне значення (статті 1, 3 тощо Закону України «Про оподаткування прибутку підприємств»). По-друге, в ст. 224 до реальних збитків на перше місце віднесено витрати управненої сторони, а на друге — втрати або пошкодження її майна, а в ст. 225 зроблено це навпаки.

У ст. 225 ГК зроблена спроба конкретизувати склад збитків, яка не одержала логічного завершення. Відповідно до цієї статті збитками мають вважатися:

а) вартість втраченого, пошкодженого або знищеного майна, визначена відповідно до вимог законодавства;

б) додаткові витрати (штрафні санкції, сплачені іншим суб'єктам, вартість додаткових робіт, додатково витрачених матеріалів тощо) понесені стороною, яка зазнала збитків внаслідок порушення зобов'язання другою стороною;

в) неодержаний прибуток (втрачена вигода), на який сторона, яка зазнала збитків, мала право розраховувати у разі належного виконання зобов'язання другою стороною;

г) матеріальна компенсація моральної шкоди у випадках, передбачених законом.

Наведеними положеннями ГК можна керуватися при визначенні складу збитків, враховуючи наявні в ньому внутрішні суперечності та розбіжності з ЦК.

Конкретний склад збитків або шкоди передбачається в окремих статтях ЦК (статті 924, 951, 1195 тощо), в інших законах (Повітряному кодексі України, Кодексі торговельного мореплавства України, Земельному кодексі України, Законі України «Про зерно та ринок зерна в Україні», Ста-

туті залізниць). Корисними можуть бути відповідні норми Положення (стандарту) бухгалтерського обліку 16 «Витрати», затвердженого наказом Мініфіну України від 31 грудня 1999 р. № 318.

ГК передбачає можливість затвердження Кабінетом Міністрів України методики визначення розміру відшкодування збитків у сфері господарювання. Однак поки що така методика не затверджена. Між тим, є певний історичний досвід створення такого нормативного акта. Так, 21 грудня 1990 р. Державною комісією Ради Міністрів СРСР з економічної реформи була схвалена Тимчасова методика визначення розміру шкоди (збитків), заподіяних порушенням господарських договорів¹. Дана Тимчасова методика хоч і була розрахована переважно на планову економіку і не є чинною нині, може бути допоміжним орієнтиром у визначенні складу збитків та їх розміру для сторін.

У частині 3 ст. 22 ЦК проголошується принцип повного відшкодування збитків, якщо договором або законом не передбачено відшкодування у меншому або більшому розмірі. Під відшкодуванням збитків у повному обсязі необхідно розуміти, що такий обсяг має бути рівнозначним обсягу заподіяної особі шкоди. Тобто мають відшкодовуватися усі реальні збитки та упущена вигода.

В окремих статтях ЦК передбачаються випадки відшкодування збитків у обмеженому розмірі, які законодавець іменує «фактичною шкодою». Так, за ст. 924 перевізник відповідає за втрату, нестачу, псування або пошкодження прийнятих до перевезення вантажу, багажу, пошти у розмірі фактичної шкоди. Відповідальність перевізника за такі порушення у розмірі фактичної шкоди передбачається в багатьох актах транспортного законодавства (наприклад у ст. 13 Закону України «Про залізничний транспорт» від 4 липня 1996 р.) таким самим чином вирішена ця проблема в ст. 68 Закону України «Про автомобільний транспорт» від 5 квітня 2001 р., але без вживання терміна «фактична шкода». Звідси можна зробити висновок, що витрати, понесені відправником внаслідок такого порушення, та упущена

¹ Бюллетень нормативных актов министерств и ведомств СССР. — 1991. — № 8. — С. 3—10.

вигода не відшкодовуються перевізником. Таким самим є обсяг відшкодування збитків зберігачем, завданих ним через втрату (нестачу) або пошкодження речі (ст. 951 ЦК).

Згідно з ч. 2 ст. 906 ЦК збитки, завдані невиконанням або неналежним виконанням договору про безоплатне надання послуг, підлягають відшкодуванню виконавцем у розмірі, що не перевищує двох неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, якщо інше не передбачено договором.

За невиконання або неналежне виконання договору будівельного підряду підрядник відшкодовує збитки у повному обсязі (ст. 883 ЦК). У ГК також передбачена повна відповідальність за порушення договору підряду на капітальне будівництво (ст. 322). Однак, незважаючи на таку пряму вказівку, деякі коментатори зробили помилковий висновок, що підрядні організації за невиконання або неналежне виконання зобов'язань за договором підряду на капітальне будівництво відшкодовують лише прямі (реальні) збитки і не відшкодовують втрачену вигоду¹.

Відшкодування збитків у підвищеному розмірі передбачається у виняткових випадках. Наприклад, підвищену (кратну) відповідальність користувачів бібліотечного фонду за втрату, знищення, пошкодження або крадіжку книг та інших документів передбачає Закон України «Про бібліотеки і бібліотечну справу». Новелою ЦК є положення статей 230, 231, за якими правовими наслідками вчинення правочину під впливом обману або насильства є відшкодування потерпілим стороною, що вчинила такі дії, збитків у подвійному розмірі та моральної шкоди.

Важливим для визначення розміру збитків є застереження ч. 3 ст. 22 ЦК про те, що розмір упущеної вигоди, що має відшкодуватися потерпілій особі, не може бути меншим за доходи, одержані особою, яка порушила право.

Остання проблема вперше чітко вирішена в ст. 624 ЦК, згідно з якою, якщо за порушення зобов'язання встановлено неустойку, то вона підлягає стягненню у повному розмірі, незалежно від відшкодування збитків (така неустойка в цивільно-стичній науці одержала назву штрафної неустойки). Догово-

¹ Див.: Науково-практичний коментар Господарського кодексу України / За заг. ред. В. К. Мамутова. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — С. 367.

ром може бути встановлено обов'язок відшкодувати збитки лише в частині, не покритій неустойкою (залікова неустойка). Врепті сторони можуть у договорі передбачити стягнення неустойки без права на відшкодування збитків (виключна неустойка) або можливість за вибором кредитора стягнення неустойки чи відшкодування збитків (альтернативна неустойка).

Фактично усі перераховані види неустойки застосовувалися за ЦК УРСР та іншими законодавчими актами радянського періоду, але з певними істотними особливостями. По-перше, якщо ЦК України закріпив презумпцію застосування штрафної неустойки, то ст. 204 ЦК УРСР закріплювалася презумпція зарахувальної (залікової) неустойки. По-друге, якщо за ст. 624 ЦК залікова, виключна та альтернативна неустойки мають передбачатися лише договором, то за ст. 204 ЦК УРСР усі види неустойки могли встановлюватися законом або договором. Безумовно, що вирішення цього питання в новому ЦК України повністю відповідає законам ринкової економіки, краще стимулює сторони до належного виконання договірних зобов'язань.

Не може не викликати подиву конструкція співвідношення застосування неустойки та збитків у ГК України, адже в ст. 232 цього Кодексу записано: «Якщо за невиконання або неналежне виконання зобов'язання встановлено штрафні санкції, то збитки відшкодовуються в частині, не покритій цими санкціями». Тобто в ГК збережено порядок застосування штрафних санкцій (зокрема, неустойки), застосовуваний в умовах соціалістичної економіки. Парадокс такої ситуації полягає в тому, що ГК є законом, який регулює відносини між господарюючими суб'єктами, які у своїй більшості є також суб'єктами підприємництва, а отже, мав би сприйняти конструкцію штрафної неустойки неодмінно. Проте, як на наш погляд, у судів є правові засади застосовувати неустойку, передбачену господарським договором, як штрафну навіть за відсутності про це спеціального застереження в договорі з таких міркувань. Так, ч. 2 ст. 232 ГК встановлено, що законом або договором можуть бути, зокрема, передбачені випадки, коли збитки можуть бути стягнуті понад штрафні санкції. Отже, таким законом може вважатися і ЦК, у ст. 624 якого передбачається стягнення штрафної неустойки.

Одним зі способів захисту цивільних прав та інтересів відповідно до ст. 16 ЦК є відшкодування моральної (немайнової) шкоди. Поняття моральної шкоди, розмір її відшкодування визначаються ст. 23 ЦК. Цей спосіб захисту не є новим для цивільного права. Так, Законом України від 6 травня 1993 р. до ЦК УРСР 1963 р. були внесені зміни, якими була передбачена можливість застосування компенсації за заподіяння моральної шкоди. Однак застосування цього способу захисту істотно обмежувалося і допускалося у відносинах, пов'язаних із захистом честі, гідності та ділової репутації (ст. 7), в деліктних зобов'язаннях (ст. 440¹) та у деяких випадках, передбачених окремими законами. В договірних правовідносинах компенсація (відшкодування) моральної шкоди була припустимою лише у разі порушення прав споживачів (ст. 24 Закону України «Про захист прав споживачів» у редакції до 1 грудня 2005 р.).

У період до прийняття нового ЦК України сформувалася досить широка судова практика з питань застосування законодавства про відшкодування моральної шкоди, яка знайшла своє відображення в постановках Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди» від 31 травня 1995 р. № 4¹, роз'ясненнях Вищого господарського суду України «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з відшкодуванням моральної шкоди» від 29 лютого 1996 р. № 02-5/95², які, однак, стосуються переважно позадоговірного заподіяння моральної шкоди.

Відповідно, в цей період активізувалася цивілістична наука, яка збагатилася багатьма монографічними дослідженнями, статтями³. При цьому зусилля науковців були

¹ Постанови Пленуму Верховного Суду України із загальних питань судової діяльності та в цивільних справах. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — С. 218—228.

² Збірник роз'яснень Вищого господарського суду України. — К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. — С. 145—149.

³ Див.: Шимон С. І. Відшкодування моральної (немайнової) шкоди як спосіб захисту суб'єктивних цивільних прав: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 1998. — С. 17; Стефанчук Р. О. Захист честі, гідності та репутації в цивільному праві. — К.: Науковий світ, 2001. — С. 306; Палиук В. П. Возмещение морального (немущественного) вреда. — К.: Право, 2000. — С. 272 та ін.

восереджені на дослідженні проблем поняття відшкодування (компенсації) моральної шкоди, мінімального та максимального її розмірів, критеріїв та порядку визначення ступеня завданої моральної шкоди та адекватності розміру її відшкодування.

Якщо за ЦК УРСР компенсація моральної шкоди не застосовувалася в зобов'язаннях, які виникали з договорів, то новий ЦК України без обмежень поширив дію цього способу захисту на договірні відносини. Серед правових наслідків порушення зобов'язання законодавець у ст. 611 ЦК України прямо передбачив поряд із відшкодуванням збитків відшкодування моральної шкоди. Не торкаючись сутності цього способу захисту порушених договірних прав, порядку та умов його застосування, оскільки це може бути предметом спеціального дослідження, все ж таки вважаємо, що таке беззастережне введення в договірну практику відшкодування моральної шкоди є поспішним і недостатньо обґрунтованим кроком. Нововведення, на наш погляд, у багатьох випадках призведе фактично до заміни санкцій щодо відшкодування збитків, наявність яких необхідно підтверджувати доказами, на компенсацію моральної шкоди, критерії встановлення розміру якої є досить умовні й неоднозначні. Тому цілком справедливо у ЦК РФ законодавці не передбачили компенсації моральної шкоди за порушення договірних зобов'язань¹.

Положення ст. 19 про самозахист цивільних прав є новелою нового ЦК. У цивілістичній доктрині самозахист цивільних прав зазвичай пов'язувався з необхідною обороною і крайньою необхідністю в кримінальному праві. Натомість, у ЦК УРСР 1963 р. ці категорії закріплювалися в главі 40. Так, відповідно до ст. 444 цього Кодексу не підлягала відшкодуванню шкода, заподіяна в стані необхідної оборони, якщо при цьому не були перевищені її межі. За ст. 445 ЦК УРСР шкода, заподіяна в стані крайньої необхідності, повинна бути відшкодована її заподіювачем, за винятками, встановленими цією ж статтею. В новому ЦК норма про крайню необхідність знайшла своє відображення в ст. 1171.

¹ Коментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой / Под ред. Т. Е. Абовой и А. Ю. Кабалкина. — М.: Юрайт-Издат, 2003. — С. 56, 390—395.

У новому ЦК відсутня самостійна стаття про необхідну оборону, оскільки в ст. 1169 ця проблема вирішується по-іншому. Згідно з ч. 1 цієї статті шкода, завдана особою при здійсненні нею права на самозахист від протиправних посягань, у тому числі у стані необхідної оборони, якщо при цьому не були перевищені її межі, не відшкодовується. Звідси можна зробити висновок, що в новому ЦК необхідна оборона є лише одним із проявів самозахисту, перевищення якої може визначатися як за нормами ЦК, так і за нормами КК України.

У ч. 1 ст. 19 ЦК визначаються підстави для застосування самозахисту. Такими є не лише порушення і посягання на власні права, а й на права інших осіб, коло яких не обмежується законом. Наприклад, відповідно до ч. 1 ст. 1158 ЦК якщо майновим інтересам іншої особи загрожує небезпека настання невігідних для неї майнових наслідків, особа має право без доручення вчинити дії, спрямовані на їх попередження, усунення або зменшення. Очевидно, що ці дії можуть також мати ознаки самозахисту.

Зміст самозахисту полягає у застосуванні особою засобів протидії, які не заборонені та не суперечать моральним засадам суспільства. Ці заборони можуть міститися в ЦК (ст. 1169), інших законах України.

Самозахист в юридичній науці розуміється у вузькому та широкому значенні. Самозахист цивільних прав у вузькому значенні — це вчинення управомоченою (управленою) особою не заборонених законом фактичних дій, спрямованих на ненастання, зменшення негативних наслідків такого порушення. До таких фактичних дій можна віднести, наприклад: встановлення власником перешкод або застосування фактичних дій для безпідставного проникнення інших осіб до жилого будинку, виробничої будівлі, на земельну ділянку.

До способів самозахисту у широкому його значенні належать як фактичні, так і юридичні дії. Таке розуміння самозахисту цілком відповідає ч. 2 ст. 19, згідно з якою способи можуть зумовлюватися договором або законом. Способи юридичного характеру протидії порушенню цивільних прав можна вважати, зокрема, в договірних правовідносинах застосування стороною так званих оперативних санкцій

на противагу невиконання іншою стороною договірних обов'язків. Наприклад, у разі неоплати покупцем проданого товару, продавець може відмовитися від його передачі покупцеві. Досить поширеним способом самозахисту є притримання майна боржника кредитором (статті 594, 856, 874, 916 тощо).

Частина 2 ст. 19 ЦК визначає допустимість застосування самозахисту у тому чи іншому конкретному випадку. Тобто, він має бути адекватним змісту порушеного права, змісту самого порушення, а також значимості негативних наслідків, що мали бути спричинені порушенням. Зокрема, порушення цивільних прав має бути реальним, а не уявним, неналежне виконання договору підряду не дає права замовникові на пошкодження майна підрядника, обсяг негативних наслідків застосування особою самозахисту не повинен істотно перевищувати обсяг шкоди, яка їй заподіяна чи могла б бути заподіяна порушенням її цивільного права.

Нарешті, законодавець надає особі право на свій розсуд обирати спосіб самозахисту.

Розділ IV

КЛАСИФІКАЦІЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИХ ДОГОВОРІВ

4.1. Принципи класифікації цивільно-правових договорів та їх класифікаційні утворення

Принципи класифікації цивільно-правових договорів. Необхідність забезпечення стабільності та визначеності закріплюваних суспільних відносин в умовах диспозитивності цивільно-правового регулювання правовідносин втрачає сенс за відсутності адекватної системи цивільно-правових договорів, постійні видозміни якої через появу нових та ускладнення існуючих договірних конструкцій вимагає науково обгрунтованих оцінок і прогнозів правового регулювання цих відносин.

Договірне право регулює різноманітні й динамічні відносини економічного обороту, цивільні права та обов'язки, які виникають у результаті цілеспрямованих, заснованих на домовленості, правомірних дій осіб та інших суб'єктів цивільного права. Цивільно-правові договори мають надзвичайно широку сферу застосування, оскільки регулюють майнові й частину особистих немайнових відносин у будь-яких сферах їхньої діяльності приватного характеру.

У ході вивчення всієї різноманітності договорів важливого практичного значення набуває їх класифікація. Її здійснення дає можливість не лише виділити основні риси чи істотні ознаки того чи іншого договору, а й визначити його місце в системі цивільно-пра-

вових відносин. Не можна не погодитися з тим, що «правильно побудована класифікація сприяє систематизації накопчених знань, забезпечує належне використання понять та термінів, усуває двозначність і неоднозначність мови науки»¹.

Крім того, вдало проведена класифікація дозволяє сформулювати низку загальних положень щодо всіх договорів тієї чи іншої групи, що значно спрощує їх застосування².

Цінність класифікації договорів викликана також і тим, що «юридично оформлюючи і закріплюючи суспільні, передусім економічні, зв'язки суб'єктів, надаючи цим зв'язкам рис стабільності і визначеності, цивільно-правові договори, взяті в цілому, є єдиною системою, окремі частини якої тісно пов'язані між собою і взаємодіють»³. Отже, правильно побудована система договорів надає істотну допомогу у формуванні правильних суджень щодо суті самого закону, в усвідомленні того порядку, до встановлення якого прагнув законодавець.

Встановлення критеріїв класифікації договорів допомагає також при кваліфікації договірних правовідносин у практичній діяльності судів та інших суб'єктів правозастосування⁴.

Систематизація цивільно-правових договорів необхідна, з одного боку, для всебічного вивчення на науковому рівні питань договірного права, а з іншого — для створення умов вдосконалення існуючого і розробки нового законодавства в цій галузі, можливості кодифікації. Проте для успішного створення такої системи необхідно вірно обирати принципи її побудови, які б унеможливили розміщення одного виду договору у різних класифікаційних групах, і, разом із тим, створювали б зв'язок між усіма різновидами⁵.

¹ Кондаков Н. И. Логика. — М.: Учпедгиз, 1954. — С. 377.

² Колосов Р. В. Договір комісії і агентський договір у цивільному праві // Дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2004. — С. 22.

³ Цивільне право України: Підручник: У 2 кн. / Д. В. Боброва, О. В. Дзера, А. С. Довгерт та ін.; За заг. ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. — К.: Юрінком Інтер, 1999. — Кн. 1. — 722 с.

⁴ Поворознюк О. Ю. Класифікація цивільно-правових договорів // Приватно-правовий метод регулювання суспільних відносин: стан та перспективи розвитку: Зб. тез Міжнар. наук. конф. студентів та аспірантів (25—26 листопада 2005 р.). — К.—Хмельницький: Вид-во Хмельницьк. ун-ту управління та права, 2005. — С. 52.

⁵ Олюха В. Г. Цивільно-правовий договір (поняття, функції, природа): Дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2004. — С. 132.

Будь-яка класифікація цивільно-правових договорів передбачає їх поділ на однорідні класифікаційні утворення (рід, тип, види тощо) за тим чи іншим критерієм. Ключовим елементом при побудові всієї класифікації договорів виступає розробка наукового критерію такого поділу. Для класифікації договорів у доктрині цивільного права традиційно застосовуються два способи — дихотомії та направленості зобов'язання, яке породжується договором¹.

Дихотомічний спосіб класифікації договорів передбачає можливість їх поділу за всіма тими підставами, за якими проводиться поділ на види правочинів у цілому і ґрунтується на виділенні певного дихотомічного (тобто поділ на два протилежних за значенням елементи)² критерію поділу (зокрема, оплатні—безоплатні, абстрактні—каузальні, умовні—безумовні, неоспорювані—оспорювані, розпорядчі—зобов'язальні), алеаторні—комутативні, комерційні—фідучіарні, строкові—безстрокові, планові—непланові, загальноцивільні—господарські, підприємницькі—споживчі тощо)³.

Інший принциповий спосіб класифікації договорів використовує як свою підставу ознаку направленості зобов'язання, яке породжується договором. Подібну ознаку в літературі інколи називають «принципом результату» («направленості результату») або ознакою мети договору⁴.

Цей спосіб класифікації договорів, який займає вирішальне значення як у теоретичному, так і в практичному плані, визначає систему договірної права, зокрема систему (послідовність) розташування договірних інститутів у ЦК⁵.

¹ *Корецький А. Д.* Договорное право России. Основы теории и практика реализации. — Москва: ИКЦ «МарТ»; Ростов н/Д: Изд. центр «МарТ», 2004. — С. 58, 77.

² *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Общие положения. — М.: Статут, 1997. — С. 308.

³ *Белов В. А.* Гражданское право: Общая часть: Учебник. — М.: АО «ЦентрЮрИнфоР», 2002. — С. 256.

⁴ *Корецький А. Д.* Договорное право России. Основы теории и практика реализации. — С. 77.

⁵ *Луць В. В.* Сучасна кодифікація договірної права в Україні: здобутки і проблеми // Вісник академії правових наук України. — Харків, 2003. — № 2 (22)—№ 3 (34). — С. 430.

ЦК України класифікує договори за їх юридичною направленістю (юридичним змістом) і розміщує їх у такій послідовності: 1) договори, направлені на передачу майна у власність або інше речове право (глави 54—57); 2) договори, направлені на передачу майна в користування (глави 58—60); 3) договори, направлені на встановлення зобов'язань із виконання робіт (глави 61—62); 4) договори, направлені на встановлення зобов'язань із надання фактичних послуг (глави 67, 71—74); 5) договори, направлені на встановлення зобов'язань з вчинення юридичних і фактичних послуг (глави 68—70); 6) договори, направлені на реалізацію виключних прав (глави 75—76); 7) договори, направлені на встановлення зобов'язань з надання фінансових послуг (глави 67, 71—74); 8) договори, направлені на досягнення спільної мети — простого товариства (гл. 77); 9) договір стосовно розпорядження майном на випадок смерті — спадковий договір (гл. 90).

Характерно те, що в рамках кожного із зазначених вище типів договорів формується певна група (підтип) договорів (купівлі-продажу, майнового найму, підряду, надання послуг, спільної діяльності тощо), у межах яких виділяються окремі види договорів¹.

Основна задача цієї нормативно закріпленої класифікації суто практична — дати таку систему, яка б дозволила розташувати законодавчий матеріал про найпоширеніші основні типи договорів способом, найбільш вдалим для повсякденного практичного застосування. Можна погодитися з тим, що з інших точок зору вона не позбавлена недоліків.

У зв'язку з цим слушно зазначається, що в даній класифікації порушено єдність підстави, а тому така система не може вважатися у повному розумінні науковою². Крім того, низка договорів (поступки вимоги, переводу боргу, застави, неустойки, поруки, про надання банківської гарантії, попередні, організаційні тощо) в неї просто не вписується.

Класифікаційні утворення цивільно-правових договорів. Застосування кількох критеріїв при формуванні пе-

¹ Луць В. В. Сучасна кодифікація договірного права в Україні: здобутки і проблеми. — С. 435.

² Белов В. А. Гражданское право. Общая часть: Учебник. — С. 257.

реважної більшості класифікацій цивільно-правових договорів передбачає їх поділ на однорідні класифікаційні утворення (рід, тип, види тощо), що вимагає виявлення їх поняття та встановлення співвідношення між собою.

У доктрині до класифікаційних форм (утворень) групування окремих договорів до певної системи зазвичай відносять рід, тип, підтип, вид та підвид договору.

У навчальній літературі досить часто не розділяють поняття «тип» і «вид» договору, а використовують їх як синоніми. Інколи намагаються взагалі обмежити застосування класифікаційних груп (утворень) вказівкою лише на вид договору¹, що видається не зовсім виправданим і призводить до плутанини і неможливості пояснити сутність багатоступеневих критеріїв класифікації договорів. У науковій літературі звертається увага на необхідність розмежування цих категорій.

У зв'язку з цим Ю. Романець цілком слушно звертає увагу на те, що дані поняття (йдеться про типи, види, підвиди) втілюють багатоступінчастий принцип побудови системи: тип — родове поняття; вид — елемент, який виник у результаті поділу типів; підвид — елемент, який виник у результаті поділу виду. Правильна формалізація систематизуемого явища за допомогою зазначених понять дозволяє точно визначити його місце в системі².

Функціональне призначення різних класифікаційних груп (утворень) полягає в забезпеченні системної взаємодії та встановленні чітких критеріїв співвідношення між різними такими утвореннями.

Мета подібної структури систематизації полягає в «...уніфікації та диференціації правового регламентування шляхом розподілу договорів на групи, кожна з яких характеризується регулюванням, єдиним для цієї групи і відмінним від регулювання інших груп»³.

¹ Гражданское право: Учебник: В 3 т. — 6-е изд., перераб. и доп. / Н. Д. Егоров, И. В. Елисеев и др.; Отв. ред. А. П. Сергеев, Ю. К. Толстой. — М.: ТК Велби, Изд-во «Проспект», 2004. — Т. 1. — С. 594.

² Романець Ю. Система договорів в гражданском праве России. — М., Юристь, 2001. — С. 64.

³ Там само.

Водночас у літературі небезпідставно звертається увага на те, що «...для здійснення вичерпної і логічно завершеної систематизації договорів запропонованих вище трьох ступенів явно недостатньо»¹.

Цей висновок можна пояснити на прикладі систематизації договорів, направлених на передачу майна у власність. Зазначені договори становлять собою самостійний тип договорів, видами якого виступають купівля-продаж, рента, дарування, міна. В свою чергу, окремі із зазначених видів договорів мають свої підвиди (зокрема, в купівлі-продажу такими виступають роздрібна торгівля, поставка тощо).

У зв'язку з цим нелогічним видається висновок Ю. Романця про визнання самостійними типами договорів купівлі-продажу, міни, дарування, ренти². В цьому випадку договірним типом здатні виступати зазначені договори лише в сукупності, як група договорів, направлених на передачу майна у власність, що свідчить про їх однакову цільову направленість і притаманну їм спільну типологічну рису.

Будь-яка однорідна група договорів повинна мати спільну родову ознаку, що не виключає можливості їх подальшого внутрішньовидового поділу за іншими критеріями, однак у рамках загальнородової ознаки їх поділу, який має охоплювати всі більш дрібні класифікації.

У цьому контексті в літературі цілком справедливо зазначається важливість послідовної реалізації завдання систематизації договорів, яка полягає в тому, що «кожній групі, яка об'єднує різні їх типи, повинен відповідати свій термін, більш широкий за своїм змістом, ніж терміни, які використані у внутрішньогруповій систематизації»³.

Тому необхідно виходити із розуміння терміна «тип» як найширшого за своїм змістом поняття з максимальною сферою дії, яким позначається однорідна група договорів, наприклад, спрямованих на відчуження майна у власність набувачу.

¹ *Корецький А. Д.* Договорное право России. Основы теории и практики реализации. — Москва: ИКЦ «МарТ», Ростов н/Д: Издательский центр «МарТ», 2004. — 92.

² *Романец Ю.* Система договорів в гражданском праве России. — С. 92.

³ *Корецький А. Д.* Зазнач. праця. — С. 93.

Інколи в літературі термін «тип» розглядається в розумінні виду договорів. Зокрема, Ю. В. Романець обгрунтовує тезу про те, що договір найму жилого приміщення — це не вид оренди, а самостійний тип договору. Потім два самостійних типи договорів (оренди і найму житла) він об'єднує в одну групу — договори, направлені на передачу в тимчасове користування об'єктів цивільних прав. При цьому не пояснюється, чим є ця група щодо договорів (найму житла тощо), які входять як її складові елементи?

Наведене свідчить про доцільність встановлення більш точного та однозначного застосування термінології і визнання «типу» найбільш широкою за обсягом формою систематизації цивільно-правових договорів; будь-які інші класифікаційні форми (підтипи, види, групи тощо) виступають лише його складовими частинами.

Отже, категорія «тип» має застосовуватися для позначення найбільш повної за обсягом групи договорів, які мають ідентичну направленість.

Складовими елементами категорії «тип» виступають менші за обсягом класифікаційні утворення — підтип, вид та підвид.

Водночас договір є одним із видів правочинів, що робить доцільним застосування категорії роду для позначення всієї сукупності цивільно-правових договорів.

Рід — це найбільш загальна категорія, якій відповідає сам договір як унікальний регулятор відносин, що ґрунтуються на волевиявленні їх учасників.

Таким чином, вся піраміда системи договорів може бути представлена таким чином: рід, тип, підтип, вид, підвид.

Категорія «тип» договору охоплює групу цивільно-правових договорів, направлених на досягнення певного юридично значимого результату. При цьому йдеться про юридичний результат, який значною мірою вже обумовлений нормативно (зазвичай йдеться про договори, спрямовані на передання речі, виконання роботи, надання послуги).

Змістовна характеристика типу, як й інших форм класифікації, зумовлена притаманними договору ознаками, сутність яких полягає у визнанні договору різновидом юридично обов'язкового правовідношення, спрямованого на настання правових наслідків.

Тому не охоплюється цією категорією так звані фактичні угоди, як протилежний договору тип домовленості, який не визначається договором як видом юридичних фактів у зв'язку з удаваним характером домовленості або відсутності юридичних відносин у силу певного дефекту.

При цьому в літературі в цілому правильно звертається увага на проходження фактичної стадії свого існування окремими видами цивільно-правових договорів. Наприклад, договір позики виникає в момент передачі майна або грошей.

А. Д. Корецький вважає, що передача грошей в борг (в позику) є реалізацією попередньої домовленості (усної чи письмової), яку необхідно визнавати фактичним договором, який легалізується в момент і за допомогою передачі предмета позики¹. Фактичний договір розглядається автором як намір сторін, який має співпадати із сутністю укладеної сторонами юридичної домовленості (об'єктивованого волевиявлення). Останнє в цьому випадку об'єктивує (легалізує) умови першої.

А. Д. Корецький до фактичних договорів також відносить і нікчемні договори, зокрема, удавані договори, в яких фактична угода направлена на створення видимості юридичних відносин, а її юридична оболонка — на встановлення юридичних зобов'язань².

З наведеним вище підходом щодо доцільності застосування терміна «фактичний договір» важко погодитися. Поширення юридичного терміна «договір» на неправові (фактичні) відносини не має сенсу, призведе до своєрідного «розмивання», корозії юридичної категорії, а зрештою — до колізій із юридичними категоріями в сфері переддоговірних відносин. У цьому випадку доцільно обмежитись застосуванням традиційних конструкцій попереднього договору, попереднього правочину і переддоговірної відповідальності.

Специфіка кількісної характеристики типології договорів обумовлена нормативним підґрунтям поняття договору. У зв'язку з цим у літературі цілком слушно зазначається, що видова різноманітність цивільно-правових договорів завж-

¹ Корецький А. Д. Договорное право России. Основы теории и практика реализации. — С. 98.

² Там само.

ди скінченна, оскільки зумовлюється волею законодавця¹. Останній закріплює в текстах нормативних актів типові конструкції відносин, які існують в суспільстві, що є вираженням їх схвалення та обіцянки захисту. Інші договірні відносини, які не знайшли закріплення в законодавстві, також можуть ним захищатися, однак за умови, що вони не суперечать закону. Остаточне встановлення відповідності чи невідповідності прав та обов'язків сторін за подібними договорами вимогам законодавства встановлюватиметься в майбутньому на момент реалізації подібних правовідносин.

Найближчою за обсягом формою класифікації договорів є вид договору. В ЦК України видам договорів присвячені, як правило, окремі глави. Наприклад, самостійними видами договорів виступають: купівля-продаж, оренда, підряд, доручення тощо.

Нарешті, третю форму класифікації становлять групи договорів, які формують підвид. Підвидом договорів є договори, які відрізняються особливостями, що не мають істотного значення для визначення правової природи договору в цілому². В ЦК України підвидам договорів присвячені переважно окремі параграфи в главах. Наприклад, роздрібна купівля-продаж — підвид купівлі-продажу, лізинг — підвид оренди тощо.

Наведена вище тричленна структура класифікації договорів дає можливість із достатньою мірою вичерпності провести юридичну характеристику відповідного договору. Наприклад, характеристика договору роздрібної торгівлі може проводитися таким чином: рід — договір; тип — договір, направлений на передачу речей у власність; вид — купівля-продаж; підвид — роздрібна торгівля.

4.2. Класифікації договорів

Класифікації договорів за їх окремими властивостями. В доктрині обґрунтування класифікації договорів за їх окремими властивостями проводиться за різними оз-

¹ *Корецький А. Д.* Договорное право России. Основы теории и практика реализации. — С. 98.

² *Поворозник О. Ю.* Класифікація цивільно-правових договорів. — С. 430.

наками (критеріями) залежно від цілей, які при цьому ставляться.

Пріоритетною вважається практична значимість поділу договорів на види, яка полягає, перш за все, в можливості нормативного закріплення їх відмітних видових ознак і забезпеченні таким чином одноманітного застосування договорів, у яких наявні відповідні риси.

Зазвичай критеріями класифікації договорів виступають дихотомічного характеру властивості, притаманні будь-яким чи переважній більшості договорів.

У цьому контексті за ознаками наявності чи відсутності зустрічного задоволення договори поділяються на оплатні й безоплатні, за розподілом прав та обов'язків між сторонами — на односторонні та двосторонні (пункти 2 і 3 ст. 626 ЦК), за моментом у часі, коли договір вважається укладеним, — на реальні та консенсуальні тощо.

Значне поширення отримала класифікація цивільно-правових договорів за приналежністю їх до певного типу, виду (різновиду) або змішаного договору. На думку О. С. Иоффе, договірний тип виділяється за специфікою матеріальних відносин, що опосередковується договором або колом юридичних умов, об'єктивно необхідних для утворення даного договірного зобов'язання. Коли ж договори подібні як за покладеними в їх основу матеріальними відносинами, так і за істотними умовами, вони співвідносяться між собою як різновиди одного і того самого договірного типу. В свою чергу, якщо укладений договір опосередковує два або кілька різнорідних відносин та об'єднує умови, об'єктивно необхідні для формування зобов'язань різних типів, він стає змішаним договором¹. Поняття змішаного договору знайшло нормативне закріплення і доктринальне обґрунтування. ЦК України (п. 2 ст. 628) визнає змішаним такий договір, в якому містяться елементи різних договорів. До відносин сторін у змішаному договорі застосовуються у відповідних частинах положення актів цивільного законодавства про договори, елементи яких містяться у змішаному договорі, якщо інше не встановлено договором або не

¹ *Иоффе О. С. Обязательственное право.* — М.: Юрид. лит., 1975. — С. 37—38.

впливає із суті змішаного договору. У вітчизняній доктрині змішаним вважається «...договір, у якому поєднуються елементи договорів різних типів, що передбачені законодавством». Разом із тим, вважається «неприпустимим визнавати змішаним договір, який поєднує різні види одного типу договору»¹.

Найвагомішою, на думку окремих дослідників, є класифікація договорів за змістом діяльності, яку вони регулюють. Відповідно до даного критерію розрізняють два основні типи договорів — майнові та організаційні.

До майнових належать договори, спрямовані на регулювання діяльності осіб із приводу певного майнового блага. Їх відмітна риса полягає в спрямованості на одержання майна або блага, яке досягається виконанням зобов'язання.

Специфіка організаційних договорів полягає в тому, що вони призначені створювати передумови для наступної підприємницької чи іншої діяльності. До організаційних договорів належать, наприклад, засновницькі (установчі) договори зі створення господарських товариств.

Залежно від юридичної спрямованості та послідовності досягнення цілей договори поділяються на основні та попередні.

Основний договір безпосередньо породжує права та обов'язки сторін, пов'язані з передачею майна, виконанням роботи, наданням послуги тощо (основного договору). Попередній договір — це договір, сторони якого зобов'язуються протягом певного строку (в певний термін) укласти основний договір у майбутньому на умовах, встановлених попереднім договором (ст. 635 ЦК України).

Необхідність укладення між сторонами попереднього договору може бути зумовлена різними чинниками. Йдеться, зокрема, про відсутність в особи (на момент укладення попереднього договору) права власності на річ, яка, після його виникнення у майбутньому, буде предметом продажу, або про наявність на цей момент щодо речі, власником якої є особа, обтяжень його права власності правами третіх осіб тощо.

Безпосередньо з наведеного визначення впливає, що істотною умовою попереднього договору є умова щодо стро-

¹ Лідовець Р. А. Змішані договори в цивільному праві України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Львів, 2005. — С. 8.

ку (терміну) укладення основного договору, а з урахуванням вимог ч. 1 ст. 638 ЦК України необхідно визнати істотною умовою зазначеного договору також умову про предмет основного договору. Названі умови мають бути завжди визначені, оскільки саме вони надають йому сили попереднього договору. Невизначеність сторін щодо таких умов свідчить про відсутність їх волевиявлення на надання певним домовленостям між ними сили попереднього договору (ч. 4 ст. 635 ЦК України). При визначенні умови щодо строку (терміну) укладення основного договору сторони вільні діяти на власний розсуд, якщо законом не встановлені обмеження, що є обов'язковими для них.

Відсутність у попередньому договорі інших істотних умов основного договору (умов, визначених законом як таких або умов, що є необхідними для договорів даного виду, а також тих умов, щодо яких за заявою сторін має бути досягнута згода (ч. 1 ст. 638 ЦК України), не є підставою вважати, що він не має сили попереднього договору, за умови, що в ньому встановлено порядок їх погодження при укладенні основного договору або, якщо цей порядок передбачений актами цивільного законодавства, які є обов'язковими для сторін договору.

Попередній договір має укладатися в письмовій формі, а якщо основний договір потребує нотаріального посвідчення, то й попередній повинен бути укладений у такій формі. Порушення зазначених вимог тягне загальні наслідки, передбачені статтями 218 і 220 ЦК України.

Залежно від підстав укладення договори поділяються на вільні та обов'язкові.

Дія принципу свободи договору зумовлює те, що більшість договорів, які укладаються в умовах ринкової економіки, є вільними, тобто такими, укладення яких залежить виключно від розсуду сторін.

У разі, якщо укладення договору є обов'язковим для сторін (сторони), йдеться про обов'язковий договір, укладений на підставі правового акта органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим, органів місцевого самоврядування, обов'язкового для сторін (сторони) договору. Особливостями такого договору є те, що: по-перше, його зміст має відповідати змісту зазначеного акта; по-

друге, особливості його укладення встановлюються актами цивільного законодавства (ст. 648 ЦК України); по-третє, розбіжності, які виникають між сторонами при укладенні цього договору, в силу прямого законодавчого припису вирішуються судом (ч. 1 ст. 649 ЦК України).

Серед обов'язкових договорів особливе місце належить публічним договорам. Згідно зі ст. 633 ЦК України 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). Безумовно, наведений перелік не є вичерпним, а містить лише орієнтовну кількість видів діяльності, оскільки неможливо в законі передбачити їх надмірно широке коло, яке існує в правозастосовчій практиці.

Публічний договір за сучасних умов регульованої державою ринкової економіки відіграє значну роль і пов'язаний з подальшим утвердженням принципів рівності всіх форм власності, свободи підприємницької діяльності та договору. Зростання ролі публічних договорів зумовлене розвитком малого та середнього підприємництва, і, зокрема, сфери роздрібною торгівлі, надання послуг та виконання робіт.

Публічні договори вирізняються особливостями укладання подібних договорів. З цього приводу серед вчених-цивілістів не існує єдиного підходу стосовно можливості оферти в тих договорах, в яких інша сторона заздалегідь невідома, адже адресність є однією із головних ознак оферти. Деякі вчені звертають увагу на те, що вона можлива лише щодо конкретно визначеної особи і заперечує її існування в публічних договорах. У літературі обґрунтовано позицію, згідно з якою оферта можлива і щодо невизначеного кола осіб, і тому необхідно розрізняти пропозиції щодо «невизначеного кола осіб» і щодо «всіх та кожного». Так, М. Єгоров зазначає, що пропозиція укласти договір звернена не до невизначеного кола осіб, а до будь-якого та кожного. Тому перший, хто відгукнеться на публічну оферту, акцептує її й тим самим знімає.

Певні ознаки обов'язкових правочинів притаманні договорам приєднання. Згідно з ч. 1 ст. 634 ЦК України догово-

ром приєднання вважається договір, умови якого встановлені однією із сторін у формулярах або інших стандартних формах. Він може бути укладений лише шляхом приєднання другої сторони до запропонованого договору в цілому. Друга сторона не може запропонувати свої умови договору. Таким чином, головна особливість договору приєднання полягає у встановленні умов договору однією стороною шляхом розроблення нею формуляра або іншої стандартної форми і в неможливості другої сторони запропонувати свої умови договору. У цьому зв'язку доречно зазначити, що сторона, яка приєдналася до договору, зобов'язана довести, що вона, виходячи зі своїх інтересів, не прийняла б даних умов за наявності в неї можливості брати участь у визначенні умов договору (ч. 2 ст. 634 ЦК України). З урахуванням особливостей підприємницької діяльності, зокрема її ризикового характеру, закон встановлює особливості здійснення вказаного права на зміну або розірвання договору приєднання, укладеного особою при здійсненні нею підприємницької діяльності (ч. 3 ст. 634 ЦК України).

Залежно від того, хто може вимагати виконання договору, останні поділяються на договори, що укладаються на користь їх учасників, та договори на користь третьої особи.

Переважає більшість договорів є такими, що укладаються на користь сторін і право вимагати їх виконання належить лише сторонам договору.

Договором на користь третьої особи є той правочин, в якому боржник зобов'язаний виконати свій обов'язок на користь третьої особи, яка встановлена або не встановлена у договорі (ч. 1 ст. 636 ЦК України). Прикладом такого договору є договір страхування, укладений страхувальником зі страховиком на користь третьої особи (вигодонабувача), за яким страховик зобов'язаний здійснити страхову виплату вигодонабувачеві у разі досягнення ним певного віку або настання іншого страхового випадку (ст. 985 ЦК України).

Наданим третій особі правом вимоги щодо виконання договору, укладеного на її користь, вона може як скористатися, так і відмовитися від нього. Щодо здійснення права третьої особи в такому договорі ЦК України (частини 3 і 4 ст. 636) закріплює два принципових правила, суть яких полягає в наступному. По-перше, якщо третя особа висло-

вила намір скористатися своїм правом, то з цього моменту сторони договору не можуть розірвати або змінити його без згоди третьої особи, якщо інше не встановлено договором або законом. По-друге, у разі відмови третьої особи від права, наданого їй за договором, сторона, яка уклала договір, може сама скористатися цим правом, якщо інше не випливає із суті договору. Так, при укладенні договору банківського вкладу на користь третьої особи, остання набуває права вкладника з моменту пред'явлення нею до банку першої вимоги, що випливає з прав вкладника, або вираження нею іншим способом наміру скористатися такими вимогами. До цього моменту особа, яка уклала договір, має право сама скористатися всіма правилами вкладника, у тому числі й правом на розірвання або зміну договору. Якщо ж особа, на користь якої зроблено вклад, відмовиться від нього, особа, яка уклала договір банківського вкладу на користь третьої особи, має право вимагати повернення вкладу або переведення його на своє ім'я (ст. 1063 ЦК України).

Залежно від визначеності предмета виконання відрізняються договірні зобов'язання однооб'єктні та альтернативні. Як правило, в однооб'єктних договорах предмет становить цілком визначена дія. Нерідкісні випадки, коли боржнику надається право вибору однієї з кількох дій або передачі одного з кількох предметів, передбачених договором або законом¹ (наприклад, договір може встановлювати альтернативний предмет виконання, згідно з яким передбачається передача кількох видів майна, а у випадку неможливості надати кредитору один його вид боржник зобов'язується передати інший вид майна, передбачений договором).

Доктрині відомі й інші неодноразові спроби провести класифікацію договорів, яка б дозволила побудувати їх типологічну систему.

У результаті проведеної А. М. Гранбергом систематизації господарських договорів у тридцяті роки минулого століття на базі застосування критерію особливої економічної сфери були об'єднані різнорідні та роз'єднані однорідні за ха-

¹ Хозяйственное право: Учебник / В. К. Макутов, Г. Л. Знаменский, К. С. Хахулин и др.; Под ред. В. К. Макутова. — К.: Юринком Интер, 2002. — С. 567.

рактором правовідносини¹. Були спроби розробити систематизацію господарських договорів з виділом договорів, які опосередковують планові, господарські, економічні відносини, відносини з передачі майна (товарів), виконання робіт, надання послуг².

Інші автори обґрунтовують інші класифікації господарських договорів за критерієм характеру відносин, які регулюються подібними договорами. За цією ознакою пропонується виділяти три групи договорів: які опосередковують майнові відносини (еквівалентно-оплатні товарно-грошові); які опосередковують організаційні (планово-організаційні) відносини; які опосередковують комплекс майнових та організаційних відносин³.

Проте, зазначені класифікації не здатні охопити всю різноманітну масу цивільних договорів.

Заслуговує більш детального аналізу поняття господарського договору.

У літературі прихильники господарського права спеціально виділяють як окреме поняття «господарський договір» і співвідносять його з поняттям «договір» як категорії особливого і загального. Виділення господарського договору як виду договору представники господарського права ґрунтують на тезі про поєднання публічно-управлінських основ і приватно-правових у будь-яких їх варіаціях в економіці країни, що допускає беззастережне втручання держави як публічно-правової структури з її владними функціями в економіку.

У зв'язку з цим цілком слушно піддається критиці доцільність виділення господарського договору як виду договору, оскільки в такому випадку поєднання цих засад «означає, що саме існування економіки не мислиться поза без-

¹ Гранберг А. Н. Купля-продажа в советском товарообороте // Бюллетень госарбитража СССР. — 1934. — № 12. — С. 6—10.

² Див.: Шешенин Е. Д. К вопросу о понятии хозяйственного договора и его соотношение с договором хозяйственных услуг // Сб. уч. трудов. — Свердловск, 1964. — Вып. 4. — С. 230; Калмыков Ю. Х. Хозяйственный расчет и гражданское право. — Саратов, 1969; Мартельянов В. С. Хозяйственные договоры и обязательства // Закон. — 1993. — № 4. — С. 19—22.

³ Хозяйственное право: Учебник / В. К. Макутов, Г. Л. Знаменский, К. С. Хахулин и др.; Под ред. В. К. Макутова. — К.: Юринком Интер, 2002. — С. 566.

посереднім державним впливом на неї і його оформленням у вигляді господарських договорів, тобто поведінка осіб, які укладають договір, має залежати від таких дій держави, як планування, владно-командні накази тощо»¹.

Безпосередній державний вплив існує у передбачених законом типах і тому застосовується не до будь-яких господарських договорів.

Представники господарського права визнають існування двох типів безпосереднього державного впливу залежно від того, спрямоване державне регулювання економіки на заміну конкуренції чи є доповненням до ринкових механізмів і призначене для досягнення інших специфічних цілей. Класичними прикладами першого і другого типів регулювання відповідно виступають природна монополія і захист прав споживача².

В інших випадках так звані господарські договори не є об'єктом безпосереднього державного впливу і не містять у собі поєднання публічно-правових і приватноправових елементів.

Крім того, переважно суб'єктивним і перебільшеним є твердження про те, що нібито таке становище (тобто поєднання публічних і приватних засад) є закономірним і приватні відносини мало-помалу втрачають свою чистоту, включаючи суспільні публічні відносини.

У зв'язку з цим Я. М. Шевченко цілком справедливо оцінює подібну закономірність як «уявну, засновану не на об'єктивних чинниках формування суспільних відносин, а на суто суб'єктивних прагненнях підвищити владні повноваження держави в економіці»³.

Наведене свідчить про недоцільність і необґрунтованість подібного підходу щодо виділення господарського як окремого виду договору.

¹ Шевченко Я. М. Теоретичні засади нового цивільного законодавства України // Актуальні проблеми цивільного права і цивільного процесу в Україні / Я. М. Шевченко, Ю. Л. Бошицький, А. Ю. Бабаскін, М. В. Венецька, І. М. Кучеренко та ін. — К.: Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2005. — С. 28.

² Саниахметова Н. Поняття державного регулювання підприємництва // Українське комерційне право. — 2005. — № 6. — С. 12.

³ Шевченко Я. М. Теоретичні засади нового цивільного законодавства України. — С. 28.

З урахуванням наведеного більш виправданою видається позиція деяких вчених, які вважають за необхідне враховувати суб'єктний склад у договірних правовідносинах при запровадженні структуризації договорів¹.

Вносилися пропозиція про виділ у цивільному кодексі спеціальних підрозділів, що містять норми про основні види цивільних договорів: господарські, договори з обслуговування громадян і договори між громадянами². Проте і ці класифікації не мали загального характеру, залишаючи велику групу договорів за межами типологічної системи, а також створювали можливість один і той самий вид договору відносити до різних груп (купівля-продаж). Поділ зобов'язань на групи, залежно від характеру переміщення матеріальних благ, що опосередковується договірними зобов'язаннями запропонував М. Д. Єгоров³.

Вважаємо, що зазначена вище основа для виділу типів договорів не є достатньо обгрунтованою, оскільки цей критерій не є загальним. У результаті, зобов'язання з перевезень, страхування, розрахункові, пов'язані з наданням послуг, що не мають свого матеріалізованого втілення, виділені ним у самостійні договірні типи. Тому, застосування лише економічних критеріїв, зокрема характеру переміщення матеріальних благ, що опосередковується договірними зобов'язаннями в літературі, піддано обгрунтованій критиці і визнається недоцільним при побудові типологічної системи⁴.

Водночас із точки зору наукової моделі принципово можливе проведення класифікації цивільно-правових договорів залежно від сфери економічних та соціальних відносин, які

¹ Див.: Толстой Ю. К. Проблемы совершенствования гражданского и хозяйственного законодательства // Правоведение. — 1983. — № 2. — С. 39; Малеин Н. С. Гражданский закон и права личности в СССР. — М.: Юрид. лит., 1981. — С. 40.

² Алексеев С. С., Мозолин В. П., Яковлев В. Ф. Роль гражданского законодательства в развитии социалистической экономики на современном этапе // Гражданское право и экономика / Под ред. В. В. Мозолина, А. М. Негаевой, А. А. Рубанова, В. Р. Скрипко. — М., 1985. — С. 9.

³ Гражданское право: Учебник / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — М.: Проспект, 1998. — Ч. 1; Єгоров М. Д. Там само. — С. 38—43.

⁴ Олюха В. Г. Цивільно-правовий договір (поняття, функції і зміст): Дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2004. — С. 136.

регулюються договорами. Зокрема, за цим критерієм договори можуть бути поділені на договори в сфері культури, освіти, агропромислового комплексу, ядерній промисловості, сімейних відносин тощо.

Класифікації договорів за універсальним критерієм поділу. Одноступенева класифікація цивільно-правових договорів. Питання класифікації цивільно-правових договорів неоднозначно розцінюються вченими і становлять предмет наукових дискусій з приводу обрання найоптимальнішого критерію для такого поділу.

Існуючі концепції класифікації цивільно-правових договорів за універсальними критеріями можна поділити на дві великі групи: одноступеневі і багатоступеневі класифікації цивільно-правових договорів, які, відповідно, передбачають їх одноразовий і багаторазовий поділ.

Класифікації договорів, що передбачають багаторазовий поділ, будуються за економічним чи юридичним критерієм, або у поєднанні того й іншого (комбінований економічно-юридичний критерій класифікації¹ тощо).

Еволюція доктринальних положень і правозастосовча практика свідчать, що спроби виділення єдиного класифікаційного критерію раніше чи пізніше закінчуються невдачею.

Наукова класифікація договорів за юридичним критерієм обумовлена поняттям і значенням цивільно-правового договору як самостійної соціальної категорії, що відрізняється від регульованих відповідним договором суспільних відносин (у тому числі й економічних). У зв'язку з цим прихильники подібної класифікації договорів (М. Гордон та ін.) однозначно негативно ставляться до поділу договорів на види за економічним критерієм. При цьому критика авторів, які підходили до класифікації договорів за економічною ознакою, ґрунтувалася на тезі, згідно з якою економічні відносини є першопричиною будь-якого договору, але вони не визначають його правового результату.

Залежно від правових результатів договірних відносин у доктрині виділяють такі групи договорів: а) договори про передачу за грошовий еквівалент майнових цінностей (купівля-продаж, поставка, міна); б) договори про безоплатне

¹ Иоффе О. С. Обязательственное право. — М., 1975. — С. 24—25.

надання майна (договір про надання безоплатного права користування, дарування); в) договори про оплатне користування речами (договір майнового найму, житловий найм); г) договори з приводу кредитних відносин (позика, інші кредитні відносини); г) договори з приводу спільної господарської діяльності; д) договори із забезпечення від випадковостей (договір страхування); е) договори перевезення¹.

Намагання сформувавши класифікацію договорів за критерієм правового результату обумовили доцільність об'єднання в одну групу таких різних договорів, як купівля-продаж і позика, і навпаки роз'єднання таких однорідних договорів, як купівля-продаж і дарування. Зрозуміло, що така класифікація не могла задовольнити юридичну науку, але вона стала поштовхом для подальших розробок.

Підтверджують нежиттєздатність подібної класифікації невдалі спроби її використання в правотворчій діяльності. Класифікацію договорів за їх юридичними наслідками (правовою метою) було використано в одному з варіантів при підготовці проекту нового ЦК України, в якому зазначалися найважливіші види договорів, що належали до тієї чи іншої групи залежно від їх юридичної мети (causae). Зокрема, договірні зобов'язання були розподілені на такі групи: 1) зобов'язання з оплатної реалізації майна (купівля-продаж, поставка, контрактація, міна-бартер); 2) зобов'язання з оплатної передачі майна в користування (майновий найм, оренда, лізинг, побутовий прокат, житлові зобов'язання); 3) зобов'язання щодо виконання робіт (підряд, будівельний підряд, підряд на виробництво проектних і розвідувальних робіт, побутовий підряд); 4) зобов'язання з надання послуг (перевезення, експедиція, доручення, зберігання, комісія, довічне утримання); 5) зобов'язання з безоплатної передачі майна у власність або користування (дарування, безоплатне користування майном). Окремо виділялися зобов'язання зі страхування, розрахункові та кредитні відносини, зобов'язання про сумісну діяльність.

Позитивна сторона зазначеного підходу при класифікації договорів полягає в тому, що вона дає можливість розташу-

¹ Гордон М. В. Система договорів в советском гражданском праве // Науч. зап. Харьковського юрид. ин-та. — Вып. 5. — Харьков: ХЮИ, 1954. — С. 65—87.

вати договірні конструкції в порядку, визначеному ЦК України.

Водночас недоліком цієї класифікації є її незавершений характер, оскільки за окремою рубрикацією залишилися договори у сферах страхування, розрахунково-кредитних відносин, спільної діяльності та деякі інші.

Необхідно звернути увагу й на інші вади такого підходу щодо поділу договорів. Зокрема, договори зі спільною правовою метою — перехід права власності на майно, а саме договори купівлі-продажу і дарування — виявилися за ознакою оплатності в різних класифікаційних групах.

У літературі справедливо зазначається, що труднощі у класифікації договорів та віднесенні їх до тієї чи іншої групи обумовлені ще й наявністю в них елементів різних договорів (змішані договори). До таких, наприклад, належать договори транспортної експедиції, оренди майна з його викупом, на виконання аудиторських робіт тощо. В остаточному варіанті ЦК України таке групування договорів не проводиться, хоч і зберігається науково обґрунтована і перевірена практикою застосування система розташування окремих договорів залежно від основного правового результату¹.

У цьому відношенні вигідно виділяється запропонована В. В. Луцьом класифікація договорів, яка ґрунтується в цілому на єдиному класифікаційному критерії і складається з наступних шести груп цивільно-правових договірних зобов'язань залежно від їх правових наслідків (правової мети): 1) договори про передачу майна у власність, повне господарське відання або оперативне управління (купівля-продаж, поставка, контрактація, позика, міна, дарування, постачання енергетичних ресурсів тощо); 2) договори про передачу майна у тимчасове користування (майновий найм, оренда, житловий найм, побутовий найм, безоплатне користування майна, лізинг тощо); 3) договори про виконання робіт (побутовий підряд, підряд на капітальне будівництво, на виконання проектних і розвідувальних робіт, на виконання аудиторських робіт тощо); 4) договори про передачу результатів творчої діяльності (авторські, ліцензійні дого-

¹ *Николайчук Л. М.* Цивільно-правові договори як підстави виникнення права приватної власності громадян. — С. 40.

вори, договори про передачу науково-технічної продукції тощо); 5) договори про надання послуг (перевезення, страхування, доручення, комісія, схов, про посередницькі послуги, довірче управління, кредитний договір тощо); 6) договори про спільну діяльність (установчий договір, угоди про науково-технічне співробітництво тощо)¹.

З метою формування системної класифікації договорів за єдиним універсальним юридичним критерієм О. О. Красавчиков запропонував як такий критерій спрямованість цивільно-правового зобов'язання². Згідно з цим він виділяв чотири групи зобов'язань: 1) спрямовані на передачу майна; 2) спрямовані на виконання робіт; 3) спрямовані на надання послуг; 4) спрямовані на передачу грошей.

З цього приводу в юридичній літературі слушно зазначається, що О. О. Красавчиков так і не виконав свого головного завдання — не надав єдиного класифікаційного критерію, за яким можна було б поділити зобов'язання на окремі групи. Так, перша група зобов'язань відрізняється від другої та третьої за ознакою спрямованості, а четверта — від усіх інших груп за матеріальним об'єктом правовідношення³.

Певно мірою зазначений підхід знайшов своє підтвердження в обгрунтованій доктрині класифікації, в якій виділяються три види господарських договорів: 1) договори оплатної передачі майна у власність — поставка, контрактация, банківська позика, постачання теплової та електричної енергії; 2) договори оплатної передачі майна у тимчасове користування — найом жилого приміщення; 3) договори про надання послуг — договори про виконання робіт (підряд на капітальне будівництво, договір на виконання проектних, науково-дослідних, конструкторських робіт); госпо-

¹ Цивільне право України: Підручник: У 2 кн. / Д. В. Боброва, О. В. Дзера, А. С. Довгерт та ін.; За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. — К.: Юрінком Інтер, 2001. — Кн. 1. — С. 325; *Луць В. В.* Контракти у підприємницькій діяльності: Навч. посібник. — К.: Юрінком Інтер, 1999. — С. 39—40.

² *Красавчиков О. А.* Система отдельных видов обязательств // Сов. юстиция. — 1960. — № 5. — С. 42—43.

³ *Брагинский М. И.* Общее учение о хозяйственных договорах. — Минск: Наука и техника, 1967. — С. 29—30.

дарські договори про надання послуг (схов, експедиція, перевезення)¹.

Аналіз наведеної класифікації свідчить, що в її основу покладено критерій мети договору. Однак результати такої класифікації не можна визнати вдалими, оскільки в рамках окремих груп зібрано різні за своєю сутністю договори. Зокрема, важко знайти спільну видову ознаку між договорами поставки і банківської позики, які віднесено до договорів про оплатну передачу майна у власність. У даному разі зазначений автор обгрунтовує свою позицію тим, що для цієї групи договорів характерна наявність грошового зобов'язання. З одного боку, це так, однак зобов'язання поставки має зустрічний характер, на відміну від виключно грошового характеру зобов'язання банківської позики. Наведене свідчить, що цьому автору також не вдалося повною мірою створити однорідні групи договірних типів залежно від єдиного критерію класифікації.

Невдалі спроби класифікації договорів за юридичним критерієм стали поштовхом для пошуку «комбінованого критерію», який би містив у собі як юридичні, так й економічні ознаки (О. С. Іоффе).

Комбінований економіко-юридичний критерій системи договорів ґрунтується на ідеї поєднання при поділі договорів як юридичної мети (перехід права власності, користування, надання послуг, виконання робіт), так і економічних чинників, зокрема у вигляді сфери поширення певних договорів (перевезення, кредити і розрахунки, страхування тощо).

Одним із перших у цивілістичній доктрині колишнього Радянського Союзу класифікацію договорів за економіко-юридичним критерієм запропонував О. С. Іоффе, який виділяв одинадцять видів зобов'язань, у тому числі дев'ять груп договірних зобов'язань: 1) зобов'язання з оплатної реалізації майна (купівля-продаж, поставка, міна); 2) зобов'язання з оплатної передачі майна у користування (майновий найом); 3) зобов'язання з безоплатної передачі майна у власність або користування (дарування, позичка); 4) зобов'язання з виконання робіт (підряд); 5) зобов'язання з надання послуг (до-

¹ Брагинский М. И. Общее учение о хозяйственных договорах. — Минск: Наука и техника, 1967. — С. 29—30.

ручення, комісія, схов); 6) зобов'язання з перевезення; 7) зобов'язання щодо кредитів і розрахунків (позика тощо); 8) зобов'язання зі страхування; 9) зобов'язання із сумісної діяльності. Наведені вище групи договорів автор доповнює двома видами зобов'язань, пов'язаних з договорами: 10) зобов'язання, що виникають з односторонніх правомірних дій (публічна обіцянка винагорода, ведення чужих справ без доручення); 11) охоронні зобов'язання (зобов'язання, які виникають внаслідок заподіяння шкоди)¹.

На думку О. С. Іоффе, класифікацію цивільно-правових договорів можна здійснювати за їх належністю до певного типу, виду (різновиду) або змішаного договору. Вчений вважає, що договірний тип виділяється за специфікою матеріальних відносин, які опосередковуються договором або колом юридичних умов, об'єктивно необхідних для утворення даного договірного зобов'язання. Коли договори подібні як за покладеними в їх основу матеріальними відносинами, так і за істотними умовами, вони співвідносяться між собою як різновиди одного й того самого договірного типу. Якщо ж укладений договір опосередковує двоє або кілька різнорідних відносин та об'єднує умови, об'єктивно необхідні для формування зобов'язань різних типів, він стає змішаним договором².

Однак уразливість наведеної класифікації полягає в тому, що згаданий у ній поділ договірних зобов'язань у методологічному відношенні фактично вихолощує і спростовує теорію «комбінованого критерію». У зв'язку з цим у літературі цілком справедливо звертається увага на те, що «в даному випадку відбувається заміна єдиного класифікаційного критерію на кілька, внаслідок чого не виконується головна умова класифікації»³.

Схожої позиції дотримується М. Д. Єгоров, який також поділяє договори залежно від характеру переміщення матеріальних благ, що опосередковуються договірними зобо-

¹ *Иоффе О. С.* Обязательственное право. — М.: Юрид. лит., 1975. — С. 24—25.

² *Иоффе О. С.* Знач. праця. — С. 37—38.

³ *Колосов Р. В.* Договір комісії і агентський договір у цивільному праві. — С. 25.

в'язаннями. При цьому наведений вище перелік, зазначений автор доповнює групою змішаних договорів¹.

Водночас у літературі цілком слушно звертається увага на певну непослідовність вказаних вище систематизацій договірних зобов'язань, оскільки «зобов'язання, які виникають з перевезень, страхування, розрахунків і кредитування тощо, також переважно пов'язані з наданням послуг»².

Багатоступенева класифікація цивільно-правових договорів. Безуспішність спроб класифікувати договори за єдиною підставою пояснюється різноманітністю особливостей договірних видів, що викликає значні труднощі їх об'єднання в окремі групи за єдиною підставою. У зв'язку з цим у літературі обґрунтовується доцільність проведення багатоступеневої класифікації договорів шляхом багаторазового поділу. При цьому на кожному новому рівні повинен бути обраний інший критерій, і договори мають відображати особливості попередніх. Така класифікація отримала назву «дихотомія»³.

Дихотомія являє собою «поділ навпіл» всієї сукупності договорів шляхом послідовного використання певної підстави (критерію). При цьому відбувається «...поділ поняття на дві групи, з яких одну характеризує наявність цієї підстави, а іншу — його відсутність. Подібний поділ може бути багаторазово застосовано щодо одного й того самого поняття за умови, що кожного разу застосовується інша підстава»⁴.

Дихотомія при класифікації договорів використовується досить тривалий час, що дало можливість вітчизняній доктрині сформулювати за її допомогою ще на початку ХХ ст. використовувану до цього часу класифікацію з 9 основних пар договорів.

¹ Гражданское право: Учебник / Под ред. Ю. К. Толстого, А. П. Сергеева. — СПб., 1996. — Ч. 1. — С. 420.

² Див.: Луць В. В. Сучасна кодифікація договірної права в Україні: здобутки і проблеми // Вісник академії правових наук України. — 2003. — № 2 (22)—№ 3 (34). — С. 432; Николайчук Л. М. Цивільно-правові договори як підстави виникнення права приватної власності громадян: Дис. ... канд. юрид. наук. — Івано-Франківськ, 2004. — С. 38.

³ Брагинский М. И. Общее учение о хозяйственных договорах. — Минск: Наука и техника, 1967. — С. 30.

⁴ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Общие положения. — М.: Статут, 1997. — С. 308.

По-перше, традиційною парою договорів вважається їх поділ на договори речові та консенсуальні (тобто договори, які вчиняються простою угодою). Д. І. Мейєр визнавав речовими такі договори, які «...вчиняються за допомогою віддачі речі одним контрагентом іншому...». Всі ці договори вважаються існуючими, якщо одна особа дійсно передала іншій річ, доставка якої становить предмет договору. Консенсуальні — це такі договори, які існують на підставі однієї угоди»¹.

Варто зазначити, що наведене розуміння речових договорів у сучасній літературі збігається із поняттям реальних договорів.

По-друге, залежно від форми укладення традиційно виділяли договори словесні, які вчиняються на словах (за сучасною термінологією йдеться про усні договори), і письмові, які вчиняються шляхом написання акта.

По-третє, залежно від ступеня нормативного регулювання договори могли бути самостійними і несамостійними. Самостійні — це зазначені в законодавстві і визначені ним; несамостійні — всі решта. Сам Д. І. Мейєр пропонував називати їх інакше: «Краще було б, однак, називати перші договори іменними, а другі безіменними, тому що несамостійними договорами можна назвати лише такі, які не існують самі по собі, а становлять лише доповнення до інших договорів або які не становлять самостійних видів договору, а підходять під поняття інших самостійних договорів. Але ні тієї, ні іншої ознаки не містять так звані несамостійні договори, а вони лише згадані в законодавстві й не визначені. Тому і краще, видається, називати їх безіменними, а інші — іменними, подібно тому як у римському праві існує поділ договорів на *contractus nominati* і *contractus innominati*»².

По-четверте, залежно від змісту предмета традиційно ділили договори майнові та особисті, залежно від того, чи становить предмет їх доставка майна чи інша дія, виконання того, що називається особистою послугою³.

¹ Мейєр Д. И. Русское гражданское право. — М.: Статут, 1997. — Ч. 2 (по изд. 1902 г.). — С. 157—158.

² Мейєр Д. И. Знач. прая. — Ч. 2. — С. 158—159.

³ Там само.

Наведені вище чотири пари договорів, обґрунтовані одним із перших Д. І. Мейером, було доповнено іншими дихотомічними парами, виявленими в роботах вчених-цивілістів наступних поколінь (йдеться, перше за все, про Г. Ф. Шершеневича і К. П. Победоносцева).

Зокрема, Г. Ф. Шершеневич виділяв договори: односторонні і двосторонні; обґрунтовані та абстрактні; головні й додаткові. Односторонніми він вважав такі договори, які «створюють одне лише відношення, з якого виявляється для одного контрагента лише право, для іншого — лише обов'язок В двосторонніх договорах, суворо кажучи, два відношення, з яких кожне має свого активного і пасивного суб'єкта, але ці відносини тісно зростаються в одне і не можуть бути довільно роз'єднуваними»¹.

Поділ договорів на обґрунтовані та абстрактні ґрунтувався на тезі щодо характеру залежності обов'язків контрагентів від підстави договору. «Із смислу всіх подібних (обґрунтованих) договорів виявляється, що обов'язки контрагентів стоять в залежності від підстави договору. На противагу таким обґрунтованим договорам можливі договори, які безпосередньо не пов'язані зі своєю підставою, коли контрагенти зобов'язуються, не вказуючи взагалі на підставу»².

Поділ договорів на головні та додаткові Г. Ф. Шершеневич проводив за критерієм ступеня їх впливу на правовідносини, тобто, залежно від того, «... чи становлять вони сутність відношення, чи тільки ускладнення його, яке може бути усунуто без порушення самого відношення»³.

Зазначений автор виділяв ще два самостійних види договорів, які, однак, виходили за межі принципу дихотомії, — попередній договір і договір на користь третіх осіб⁴.

Привертає увагу класифікація, запропонована К. П. Победоносцевим, який виділяв договори: 1) які встановлюють взаємне зобов'язання, і такі, що встановлюють односто-

¹ Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. — М.: Спарк, 1995. — С. 309—311.

² Там само.

³ Там само.

⁴ Там само. — С. 310—311.

ронне зобов'язання (за термінологією Г. Ф. Шершеневича, це відповідно, двосторонні та односторонні договори); 2) взаємно інтересні й безоплатні, або дарчі; 3) засновані виключно на ризику, і договори, в яких ризик не входить до юридичного змісту договору¹.

Взаємними договорами автор вважав такі, з яких виникало зобов'язання взаємне, тобто позитивне для кожної із сторін, зобов'язання і вимогу мали і кредитор, і боржник (прикладом взаємного договору вважався договір про продаж). Одностороннім вважався договір, в якому лише одна сторона приймає на себе позитивне зобов'язання. Як приклад такого договору наводиться договір про просту позику. В цьому випадку лише одна сторона позитивно зобов'язується — боржник повинен заплатити гроші; а інша сторона — кредитор має лише позитивну вимогу. При цьому акцентується увага саме на позитивному обов'язку. Негативний обов'язок і в односторонньому зобов'язанні може бути на стороні, яка має право і вимоги, тому що всяке право має свої юридичні межі, за які не повинно заходити. Як приклад наводиться покладений на кредитора негативний обов'язок не виходити за межі свого права. Зокрема, кредитор не має права вимагати сплати раніше необхідного строку. Це, однак, не означає, що на ньому лежить обов'язок не вимагати².

Не можна оминати блискуче сформульовані К. П. Победоносцевим основні положення практичної значимості зазначеного поділу договорів.

У взаємних зобов'язаннях завжди є взаємність дії, взаємність виконання. Якщо ці взаємні дії тісно пов'язані одна з одною, то одна знаходиться в залежності від іншої, і якщо одна сторона порушить зобов'язання, то й інша може адекватно вчинити — відмовити у виконанні свого обов'язку. Наприклад, якщо при запродажі будинку (за сучасною термінологією, йдеться про попередній договір купівлі-продажу) продавець ще не отримав гроші, він може відмовитися від вчинення договору продажу.

¹ Победоносцев К. П. Курс гражданского права. — М.: Зерцало, 2003. — Т. 3. — С. 21—25.

² Там само. — С. 22.

В односторонньому зобов'язанні немає такого тісного зв'язку між позитивними діями обох сторін. Наприклад, за договором поклажі зберігач, який прийняв річ на зберігання, зобов'язаний повернути її, навіть якщо поніс вирати на її утримання та очікував на винагороду від іншої сторони. Зберігач не може утримувати річ, тому що не може вказати на невиконання з іншої сторони зобов'язання, прийнятого за договором. Проте він може утримати річ у своїх руках, однак не в силу договору, а у вигляді забезпечення за позов про винагороду, яку зобов'язаний пред'явити окремо.

Поділ договорів на інтересні й безоплатні ґрунтується на видимій меті договору, яка передбачається сторонами. Якщо в договорі видно, що при укладенні кожна сторона мала свою вигоду, матеріальну чи грошову, договір буде взаємно інтересним; якщо видима вигода на одній стороні, а з іншої сторони не видно вигоди чи винагороди або видно лише намір доставити вигоду лише протилежній стороні, такий договір буде безоплатним, або дарчим. Безоплатними є дарування, безоплатна довіреність, поклажа, позика без відсотків, у яких видима вигода вся знаходиться на одній стороні¹.

Практичне значення цього поділу виявляється при невиконанні й виконанні договору. При встановленні підстав нарахування неустойки зобов'язаної особи або неналежності його у виконанні зобов'язання очевидним є те, що особа, яка безоплатно (даром) зобов'язалася, має право на більше вибачення, ніж особа, дія якої винагороджується за договором. Це важливо для вирішення питання про винагороду. Це виявляється на прикладі становища дарувальника, коли він після вчинення дарчого запису маєтку, який залишився ще непереданим, поніс з власної вини певні збитки або зменшення доходу, а з іншого боку, коли йдеться про становище управителя маєтком, коли з його вини маєток неналежно управляється.

З неменшою переконливістю зазначений автор обґрунтовує поділ договорів на ризикові (вони ґрунтуються виключно на ризику) і неризикові (комутативні), в останніх ризик не входить до юридичного змісту договору². Варто

¹ *Победоносцев К. П.* Курс гражданского права. — Т. 3. — С. 23—24.

² Там само. — С. 22—25.

зазначити, що подібна класифікація збереглася і використовується в сучасній доктрині, однак інколи їх по-різному називають: алеаторні та комутативні, або ризикові та мінові¹. У даному разі в цілому йдеться про односторонні або двосторонні оплатні договори, мета яких полягає в отриманні вигоди, збагачення обома сторонами чи однією стороною виключно.

Неризикові (комутативні) договори певною мірою також пов'язані з ризиком їх невиконання, який полягає в неотриманні стороною очікуваних результатів від успішного виконання договору. При цьому «... зазвичай сторони надають один одному вигоду. Ця вигода однієї сторони може бути більшою за вигоду, яку отримує інша, або дорівнювати їй, або бути меншою, але, в усякому разі, кожна сторона може при самому укладенні договору з більшою чи меншою імовірністю розрахувати, що вона отримає. Наприклад, при продажу будинку кожна сторона може зрівняти цінність відчужуваного з цінністю придбаного і судити про те, вигідна для неї угода чи ні. Будь-який договір, без зуміву, пов'язаний з ризиком, але тут ризик залежить від випадкових або особистих сторонніх обставин, непередбачених у договорі й не стосуються його сутності. Цей ризик не входить до складу договору. В розрахунок сторін входять, по суті договору, лише відомі, визначені дії та події. Тут договір із ризиком, але ризик не входить до юридичного змісту договору».

Отже, неризикові, або комутативні, договори характерні відсутністю серед їх юридичних умов випадкових обставин, залежно від яких поставлено виконання договору.

Протилежністю комутативним договорам є ризикові, або алеаторні, договори. Зазначені договори являють собою «угоду, яка ґрунтується виключно на ризику того, що за метою і наміром сторін кінцевий результат договору, матеріальна цінність його поставлені в залежність від події повністю невідомої, або випадкової, або лише ймовірної, так що при укладенні його повністю невідомо, яка сторона в кінцевому результаті виграє, отримає більшу вигоду».

¹ *Корецький А. Д.* Договорное право России. Основы теории и практика реализации. — С. 60.

Зокрема, до ризикових (алеаторних) правочинів належить договір довічного утримання, визначальною умовою якого є надання довічної допомоги, тобто до смерті утриманця. При цьому в літературі звертається увага на те, що «основним змістом цих праввідносин є надання не обов'язково грошового утримання, а може бути й інша допомога. У цьому разі процес посвідчення договору довічного утримання потребує обов'язкового погодження умов цієї угоди між сторонами особисто»¹.

Прикладом такої угоди може виступати передача маєтку за життя відчужувача під зустрічне зобов'язання набувача проводити довічну виплату доходу з такого маєтку на користь відчужувача чи третьої особи; продаж майбутнього врожаю; страхування; парі.

Практичне значення поділу договорів на ризикові й неризикові особливо важливе в тих законодавствах, які допускають анулювання договору внаслідок помилки в спонукальній причині до нього, помилки в предметі дії, яка тягне за собою значну невигоду для однієї із сторін. Юридична дія цієї обставини допускається лише в договорах першого роду (тобто в неризикових)².

Наведені вище способи класифікації договорів, хоч і в доповненому вигляді, але в цілому зберегли свій первинний вигляд і сприйняті сучасною доктриною цивільного права.

Застосування логічного прийому дихотомії при поділі цивільно-правових договорів у сучасній цивілістиці вважається одним з найбільш перспективних способів класифікації договорів, який не лише дозволяє віднести однорідні договори до однієї групи, а й розмежувати їх відповідно до інших ознак³.

Поширена в сучасній цивілістиці багатоступенева класифікація передбачає об'єднання договорів у певні групи і відображення на кожному наступному рівні особливостей попередніх.

На першому рівні, залежно від спрямованості правового результату, всі договори поділені на чотири групи, які спря-

¹ *Фурса С. Я., Фурса Є. І.* Спадкове право. Теорія та практика: Навч. посібник. — К.: Атіка. — С. 196.

² *Победоносцев К. П.* Курс гражданского права. — Т. 3. — С. 25.

³ *Колосов Р. В.* Договір комісії і агентський договір у цивільному праві. — С. 26.

мовані на: 1) передачу майна; 2) виконання робіт; 3) надання послуг; 4) заснування різноманітних утворень.

Зокрема, під договорами, пов'язаними із заснуванням різноманітних утворень переважно розуміють установчі договори. З приводу цієї групи договорів у літературі звертається увага на їх особливу значимість при створенні підприємницьких товариств. У цьому контексті І. М. Кучеренко слушно зазначає, що «необхідність укладення установчого (засновницького) договору при створенні підприємницьких видів юридичних осіб є очевидною, оскільки засновники приймають на себе зобов'язання здійснити певні дії, пов'язані з майновою участю та набуттям права власності на такі об'єкти»¹. У зв'язку з цим логічним видається висновок про те, що «неправильним є створення підприємницьких кооперативів без укладення відповідного договору...»².

На другому рівні першу групу договорів залежно від підстави передачі майна поділено на договори про оплатну та безоплатну передачу майна. Другу групу договорів залежно від того, на кому лежить ризик випадкового неотримання результату, поділяють на договори, де такий ризик несе підрядник, і договори, де ризик несе замовник. Третю групу договорів другого рівня поділяють на договори оплатні та безоплатні, а до четвертої групи входять договори залежно від цілей об'єднання — договори про створення юридичної особи і договори про сумісну діяльність.

Третій рівень поділу має лише перша група договорів: залежно від обсягу переданих прав виділяють договори з оплатної передачі майна у власність, господарське відання або оперативне управління; оплатної передачі майна у користування; безоплатної передачі майна у власність, господарське відання або оперативне управління; передачі майна в безоплатне користування³.

Останню за часом і досить вдалу спробу усунути існуючі недоліки класифікації зроблено Ю. В. Романцем, який за-

¹ Кучеренко І. М. Організаційно-правові форми юридичних осіб приватного права: Монографія. — К.: Інститут держави і права ім. В. М. Косяцького НАН України. — С. 35.

² Там само.

³ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Общие положения. — М.: Статут, 1997. — С. 399—402.

пропонував розрізняти договори, направлені на: 1) передачу майна у власність; 2) в користування; 3) на виконання робіт (надання послуг); 4) на надання відстрочки; 5) на заміну осіб у зобов'язанні; 6) на досягнення спільної мети і 7) договори страхової направленості¹.

Водночас, навіть ця класифікація не охоплює всіх видів договорів. При цьому зазначимо, що цього не просто досягнути в силу відкритого переліку реально існуючих видів договорів і постійної відозміни так званих непоіменованих (тобто, прямо не передбачених законом) договорів.

Законодавство і наука цивільного права проводять кілька специфічних класифікацій договорів за різними критеріями, згідно з якими вони поділяються на: 1) договори майнового і немайнового змісту; 2) договори вільні та обов'язкові для укладення; 3) договори, доступні всім учасникам цивільного обороту і доступні лише певній категорії учасників; 4) договори вільні у виробленні змісту і договори приєднання; 5) основні і попередні договори; 6) «чисті», змішані й комплексні договори; 7) договори типові й нетипові; 8) договори поіменовані (у законі) і безіменні (договори особливого роду, *sui generis*).

При цьому в літературі звертається увага на те, що в «результаті укладення договору та його виконання може виникнути декілька різних результатів, які, до того ж, можуть поділятися на кілька видів»². У зв'язку з цим В. А. Белов зазначає, що договір може призводити до досягнення результатів, що існують одночасно (паралельні результати) або змінюють один одний послідовно (один або кілька проміжних результатів і один або кілька остаточних). До найближчих результатів укладення договору купівлі-продажу пропонується відносити виникнення зобов'язань із передання речі та сплати грошей, остаточними розглядають припинення права власності на річ у продавця і на гроші у покупця з наступним його виникненням, відповідно, у покупця і продавця. Остаточним результатом вважається «зміна фактичного наповнення цивільної правоздатності», оскільки суб'єктивні права і юридичні обов'язки як правові результати, заради досягнення яких особи вступають у дого-

¹ Романец Ю. В. Система договорів в гражданском праве России. — М., 2001.

² Белов В. А. Гражданское право. Общая часть: Учебник. — С. 276.

вори, не можуть бути прикріплені до осіб інакше, як за допомогою цивільної правоздатності».

У зв'язку з цим В. А. Белов пропонує проводити відмежування безпосереднього і остаточного результатів договору за критерієм «... впливу договору на наповнення або обсяг цивільної правоздатності його учасників»¹.

За цим критереєм автор розрізняє два види цивільно-правових договорів: 1) договори, що впливають на наповнення (обсяг) цивільної правоздатності через зміну правового статусу його учасників або третіх осіб, тобто шляхом впливу на цивільні права та юридичні обов'язки; 2) договори, які безпосередньо впливають лише на наповнення (обсяг) цивільної правоздатності, але не на зміст цивільних правовідносин, тобто договори, направлені на постановку діяльності їх учасників або третіх осіб у визначені юридичні рамки (організаційні/генеральні та попередні); установчий, про злиття юридичних осіб, про приєднання однієї юридичної особи до іншої; про спільну діяльність, у тому числі — про правовий режим спільного майна і спільних суб'єктивних прав, простого товариства, шлюбний; про порядок задоволення вимог — про право екзекуції).

Договори першого типу характеризуються направленістю на зміну цивільно-правового статусу їх учасників, класифікацію яких пропонується проводити за змістом вчинюваного ними юридичного ефекту. Кінцевий результат договору В. А. Белов вбачає у зміні сфери абсолютних суб'єктивних цивільних прав його учасників або лише у встановленні (зміні, або припиненні) відносних суб'єктивних цивільних прав.

Зазначені договори В. А. Белов поділяє на дві групи: 1) договори, направлені на зміну сфери абсолютних прав; 2) договори, направлені на зміну відносних прав. У свою чергу, кожна з наведених двох груп договорів поділяється на п'ять підвидів залежно від виду абсолютних прав — речі, інше майно, виключні права, права на майнові комплекси, особисті немайнові права.

Договори, направлені на зміну сфери відносних прав поділяються на два підвиди: 1) договори, направлені на встановлення нових відносних правовідносин самостійної цінності, які раніше не існували (у тому числі договори про встановлення зобо-

¹ Белов В. А. Гражданское право. Общая часть: Учебник. — С. 276.

в'язальних прав на трудові ресурси); 2) договори, направлені на переміну учасників існуючих відносних правовідносин.

У зв'язку з цим запропонована згаданим автором класифікація договорів містить дев'ять наступних груп договорів: 1) договори, направлені на зміну приналежності речових прав і абсолютних прав на інше майно; 2) договори, направлені на встановлення нових абсолютних прав на речі та інше майно; 3) договори, направлені на зміну приналежності на встановлення нових виключних прав, які раніше не існували; 4) договори, направлені на динаміку правовідносин із приводу майнових комплексів; 5) договори, направлені на динаміку особистих немайнових правовідносин; 6) договори, направлені на встановлення відносних прав на трудові ресурси; 7) договори, направлені на встановлення інших відносних прав самостійної майнової цінності; 8) договори, направлені на переміну учасників існуючих відносних цивільних правовідносин.

В останньому випадку йдеться про договори заміни учасників договірних зобов'язань на підставі договору (цесія, перевід боргу) та закону (у результаті правонаступництва, суброгації, за рішенням суду)¹.

Методологічний недолік подібного підходу ґрунтується на певною мірою надуманій ідеї поєднання підстави зобов'язання і обсягу (фактичного наповнення) правоздатності при розмежуванні так званих безпосередньої і остаточної мети, що не дає можливості надати чітку відповідь на питання стосовно того, який із юридичних результатів — найближчий чи остаточний, а може і той чи інший — необхідно брати до уваги при побудові класифікації договорів.

Крім того, нежиттєздатність запропонованої класифікації договорів обумовлена її істотною відмінністю від обґрунтованих у доктрині й цивільному законодавстві підходів, що в сукупності дає підстави стверджувати про переважно теоретичну цінність таких ідей, практичне застосування яких видається сумнівним.

Паралельною до ЦК виявилася кодифікація договірного права в рамках Господарського кодексу (ГК) України. Зок-

¹ Див.: *Кот О. О.* Перехід прав кредиторів: Історія. Теорія. Законодавство. — К.: Юрінком Інтер, 2002. — 160 с.; *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Общие положения. — М., 1999; *Новицкий И. Б., Луц Л. А.* Общее учение об оязательстве. — М., 1950.

рема, в розділі IV ГК поміщено загальні положення про господарські зобов'язання (глава 19) і господарські договори (глава 20). Поняття «господарський договір» вживається й у статтях 10 та 11 Господарського процесуального кодексу (ГПК) України, де йдеться про врегулювання розбіжностей (спорів), що виникають при укладанні, зміні або розірванні господарських договорів. У зв'язку з цим у літературі цілком слушно звертається увага на те, що «ні в ГК, ні в ГПК не дається визначення господарського договору, як і немає одностайності у визначенні цього поняття в літературі з господарського права»¹, виданій в Україні за останні роки².

Автори першого науково-практичного коментаря Господарського кодексу України господарський договір визначають як «засноване на угоді сторін і зафіксоване у встановленій законом формі зобов'язальне правовідношення між суб'єктами господарювання та негосподарюючими суб'єктами — юридичними особами, змістом якого є взаємні права і обов'язки сторін у сфері господарювання»³.

При цьому звертається увага на можливість регулювання подібним договором як відносин юридично рівних сторін, так і відносин субординації між сторонами, які знаходяться в юридично нерівному становищі. В останньому випадку йдеться, зокрема, про господарські зв'язки, які формуються між юридичними особами та органами управління щодо руху товару⁴.

Аналіз наведених положень свідчить, що в останньому випадку поняття «господарський договір» позначає адміністративний акт, названий терміном «договір». Зазначений висновок обумовлений тим, що подібна «домовленість» виникла за відсутності вільного розсуду сторін, які перебувають в юридично нерівному становищі, предмет яких не охоплюється поняттям договірної зобов'язання.

¹ Луць В. В. Сучасна кодифікація договірної права в Україні: здобутки і проблеми. — С. 435.

² Див.: Щербина В. С. Господарське право України. — К., 2001. — С. 59; Беляневич О. А. Господарський договір та способи його укладання: Навч. посібник. — К., 2002. — С. 563.

³ Науково-практичний коментар Господарського кодексу України / Кол. авт.: Г. Л. Знаменський, В. В. Хахулін, В. С. Щербина та ін.; За заг. ред. В. К. Мамотова. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — С. 303 (автор глави — О. А. Беляневич).

⁴ Там само. — С. 303.

Варто зазначити, що в літературі та деяких актах уніфікації правил про міжнародні договори використовується поняття «комерційний договір», що не завжди співпадає з поняттям «господарський договір». Зокрема, у коментарях до Принципів міжнародних комерційних договорів, розроблених у рамках Міжнародного інституту уніфікації приватного права (УНІД-РУА), зазначається, що концепція «комерційні договори» (на відміну від «споживчого договору») повинна розумітися якомога ширше з тим, щоб включати в себе не лише підприємницькі угоди на поставку або обмін товарами чи послугами, а й інші типи економічних угод, таких як інвестиційні або концесійні угоди, договори про надання професійних послуг тощо.

Крім понять «господарський» і «комерційний» договори, в навчальній літературі з цивільного та підприємницького права вживається поняття «підприємницький» договір¹.

У зв'язку з цим В. В. Луць цілком справедливо вважає, що цією категорією об'єднується вужче, порівняно з господарським або комерційним, коло договорів, бо суб'єктами підприємницьких договорів є фізичні або юридичні особи — підприємці, а підприємницькою вважається лише така господарська діяльність, яка має за мету одержання прибутку².

Норми про окремі види господарських договорів кодифіковані у главах 30—38 розділу VI ГК «Особливості правового регулювання в окремих галузях господарювання». В них йдеться про договори у сфері торгово-комерційної діяльності, поставку, контрактацію, енергопостачання, оренду і продаж цілісних майнових комплексів (підприємств), агентські відносини у господарському обороті, будівельний підряд, перевезення вантажів, страхування, аудит, факторинг, комерційну концесію та деякі інші договори, що застосовуються в господарській діяльності.

У літературі неодноразово звертається увага на існуючі суперечності норм ЦК і ГК у регулюванні системи та умов договорів³.

¹ Див.: Луць В. В. *Контракти у підприємницькій діяльності: Навч. посібник*. — К., 1999. — С. 21—26; *Предпринимательское право Украины: Учебник / Под общей ред. канд. юрид. наук Р. Б. Шишки*. — Харьков, 2001. — С. 346—347.

² Луць В. В. *Сучасна кодифікація договірної права в Україні: здобутки і проблеми*. — С. 435—436.

³ Там само. — С. 437.

Існуючі в ЦК і ГК відмінності норм щодо укладення та виконання окремих видів договорів не втратили актуальності в правозастосовчій практиці і не завжди можуть бути вирішені шляхом визнання норм ГК спеціальними щодо відповідних норм як загальних.

За предметом регулювання однорідну групу становлять договори у сфері сімейних правовідносин, які умовно можна назвати «сімейні» договори. За цим критерієм «сімейні» договори можуть бути поділені на особисті немайнові та майнові договори.

Відповідно до ч. 1 ст. 64 СК України подружжя можуть укладати між собою будь-які договори, які не заборонені законом щодо спільного і роздільного майна.

У літературі поділ цих договорів зазвичай проводять на дві групи. По-перше, це можуть бути звичайні цивільно-правові договори (купівля-продаж, міна, дарування тощо), для укладення яких подружній статус їх учасників значення не має. У даному разі на подружжя поширюються загальні правила, які рівною мірою діють і щодо будь-яких інших осіб, які вчиняють угоду. Другу групу становлять договори, для яких наявність подружнього статусу учасників є необхідним. Зазвичай ці договори передбачені сімейним законодавством, але до цієї групи можуть бути включені й угоди, передбачені нормами ЦК (наприклад договір довічного утримання за участі подружжя)¹.

І. В. Жилинкова поділяє майнові договори подружжя на три групи: 1) договори подружжя щодо їх майна; 2) договори подружжя про надання взаємного утримання; 3) договори про утримання дітей².

Усі ці договори мають приватноправовий характер і можуть визнаватися цивільними договорами *sui generis*, незважаючи на те, що значна частина їх знаходиться за межами безпосереднього регулювання нормами ЦК України.

Перспективи розвитку класифікації цивільно-правових договорів. Незважаючи на значну кількість наукових класифікацій цивільно-правових договорів, проблема їх систематизації залишається невирішеною з двох підстав.

¹ Жилинкова І. В. Брачний договір. — Харків: ИПЦ «Ксилон», 2005. — С. 27.

² Там само. — С. 28.

По-перше, прийнятною може вважатися класифікація договорів, елементи якої були б максимально дрібними, які співпадають із конкретними договірними видами або хоча б наближені до них. Крім того, класифікація не повинна перетворюватися на простий перелік договірних типів, згрупованих між собою за тими чи іншими різними ознаками¹.

Найближчими до виконання поставлених вище завдань можна вважати класифікації, виконані за критерієм мети або направленості договору. Саме така класифікація договорів знайшла відображення в ЦК України, в актах цивільної кодифікації багатьох інших правопорядків сучасності (Росія, Нідерланди тощо).

Водночас і згадані вище кодифікації не повною мірою відповідають існуючій у правозастосовчій практиці системі цивільно-правових договорів.

Зазвичай існуючі в доктрині та законі класифікації без належних підстав залишають поза увагою питання щодо тенденцій формування дрібніших класифікацій у рамках окремих типів договорів, серед яких потрібно виділити групу договорів про надання фінансових послуг як найбільш динамічного підтипу договорів про надання послуг.

Договір про надання фінансових послуг знайшов своє відображення в нормах цілої низки законодавчих актів, у яких закріплено також особливості окремих видів із зазначеної групи (підтипу) договорів про надання послуг. Чільне місце серед зазначеного нормативного масиву посідає Закон України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг», прийнятий 12 липня 2001 року. Цей законодавчий акт на сьогоднішній день єдиний, що безпосередньо містить основні (базові) положення про фінансові послуги. Безумовно, при вивченні договору з надання фінансових послуг, окрім вищевказаного закону, певною мірою можна застосовувати й деякі інші законодавчі акти, зокрема закони України «Про страхування», «Про банки і банківську діяльність», «Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю», «Про платіжні системи та переказ грошей в Україні» тощо, однак за умови повної відповідності вказаних законів нормам Закону України «Про фінансові

¹ Белов В. А. Гражданское право. Общая часть: Учебник. — С. 275.

послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» і ЦК України.

У вітчизняній доктрині договір про надання фінансових послуг розглядається як «довірчий (фідучіарний) правочин, згідно з яким послугонадавач (фінансова установа або у випадках, встановлених законом, інший суб'єкт господарювання) надає за попереднім замовленням замовника (клієнта) фінансову послугу на оплатних і професійних засадах. Послуга, що надається систематично або з наміром її постійного вчинення з метою отримання прибутку або збереження реальної вартості фінансових активів, вважається вчиною на професійних засадах»¹.

Специфіка договору про надання послуг визначається переважно предметом та об'єктом зазначеного договору.

Предмет договору про надання фінансових послуг становить здійснення відповідних фінансових операцій, а об'єкт — фінансові активи, з якими особи здійснюють фінансові операції (грошові кошти, цінні папери тощо).

Суб'єктами договору про надання фінансових послуг можуть бути особи (юридичні й фізичні), які вступають у договірні взаємовідносини з приводу надання зазначеної послуги².

Відповідно до Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» послугонадавачем може бути лише суб'єкт господарювання (юридична особа та фізична особа — суб'єкт підприємницької діяльності), який має право здійснювати діяльність із надання фінансових послуг. На підставі п. 1 ст. 5 вказаного Закону фінансові послуги повинні надаватися фінансовими установами, якими є суб'єкти господарювання, зареєстровані у відповідному державному реєстрі фінансових установ, до яких належать страхові організації, банківські установи, фондові біржі, довірчі товариства та інші юридичні особи, виключним видом діяльності яких є надання фінансових послуг (див. підпункт 1 п. 1 ст. 1). Варто також зазначити, що фінансові послуги можуть надаватися і не-

¹ Дроздова Н. В. Договори про надання фінансових послуг у цивільному праві України: Дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2005. — С. 42.

² Див.: п. 7 ст. 1 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» від 12.07.01 № 2664-III // Урядовий кур'єр. — 2001. — 29 августа. — № 154. — С. 9—10.

фінансовими установами, порядок надання яких визначається окремими нормативно-правовими актами (п. 4 ст. 5 вищевказаного Закону та Положення про надання окремих фінансових послуг юридичними особами—суб'єктами господарювання, які за своїм статусом не є фінансовими установами, затверджене Розпорядженням Державної комісії з регулювання ринку фінансових послуг України від 22.01.04 № 21).

Класифікація договорів про надання фінансових послуг у літературі проводиться за різними критеріями, серед яких виділяють поділ зазначених зобов'язань за їх характером, суб'єктами і предметом, а також за моментом придбання фінансових активів.

Залежно від характеру послуг окремі види договорів про надання фінансових послуг поділяють на три групи: 1) договори про надання фінансових послуг юридичного характеру (факторинг, банківська гарантія, комісія щодо фінансових активів тощо); 2) договори про надання фактичних фінансових послуг (зберігання фінансових активів); 3) договори про надання юридичних і фактичних фінансових послуг (довірче управління фінансовими активами, агентські послуги щодо фінансових активів тощо).

За суб'єктами надання фінансові послуги поділяють на банківські та небанківські (парабанківські) фінансові послуги. В свою чергу, видами небанківських фінансових послуг виступають страхові послуги, фінансові послуги кредитних спілок, лізингових компаній, установ недержавного пенсійного забезпечення, довірчих товариств, інших суб'єктів господарювання.

У літературі обґрунтовано поділ фінансових послуг і договорів про їх надання залежно від моменту придбання фінансових активів. За цим критерієм фінансові послуги і договори про їх надання ділять на дві групи: 1) договори про надання фінансових послуг на первинному фінансовому ринку; 2) договори про надання фінансових послуг на вторинному фінансовому ринку.

До основних фінансових послуг, які надаються на первинному ринку, належать залучення коштів у вигляді депозитів та надання позик і кредитів, що здійснюють комерційні банки, небанківські установи (кредитні спілки

тощо). Такими послугами вважають також андеррайтинг¹ або допомогу емітентам в організації та проведенні емісій фінансових активів, що завершується розміщенням емітованих активів на ринку. На вторинному ринку надаються фінансові послуги, спрямовані на задоволення інтересів замовників щодо інвестування коштів у фінансові активи та вилучення їх із процесу інвестування шляхом укладення угод щодо купівлі-продажу фінансових активів, надання інформаційних, консультаційних, управлінських послуг².

В основу однієї з найпоширеніших класифікацій фінансових послуг покладено саме предмет договору про надання таких послуг.

Наприклад, фінансові операції із страхування (перестраховування), торгівлі цінними паперами, кредитування, торгівлі іноземною валютою можна згрупувати у такі види фінансових послуг: 1) банківські і прирівнені до них послуги; 2) послуги страхування; 3) послуги на фондовому ринку та інші інвестиційні послуги. В свою чергу, кожен із наведених видів підлягає поділу на підвиди. Зокрема, підвидами банківських послуг виступають депозитні, кредитні, розрахункові, довірчі (фідуціарні) тощо.

Згідно зі статтею 980 ЦК України страхові послуги поділяють на послуги майнового, особистого страхування та страхування відповідальності. Правовий режим надання вказаних послуг регулюється главою 67 ЦК України та Законом України «Про страхування».

Послуги на фондовому ринку класифікують: а) за місцем їх надання — на біржові та позабіржові послуги; б) за предметом — на послуги з цінними паперами, валютними цінностями тощо. В літературі зазначену групу послуг також

¹ Андеррайтинг — купівля на первинному ринку цінних паперів із наступним їх перепродажем інвесторам; укладання договору про гарантування повного або часткового продажу цінних паперів емітента інвесторам, про повний чи частковий їх викуп за фіксованою ціною з наступним перепродажем або про накладання на покупця обов'язку робити все можливе, щоб продати якомога більше цінних паперів, не беручи зобов'язання придбати будь-які цінні папери, що не були продані (ст. 2 Закону України «Про банки і банківську діяльність» // Відомості Верховної Ради України. — 2001. — 09 лютого. — № 5. — Ст. 30).

² Шелудько В. М. Фінансовий ринок: Навч. посібник. — 2-е вид., перероб. і доп. — К.: Знання-Прес, 2003. — С. 246.

називають інвестиційними послугами, або фінансовими послугами в сфері інвестиційної діяльності¹.

Підсумовуючи аналіз наведених вище класифікацій, необхідно зазначити, що поділ послуг за суб'єктивним складом, предметом фінансових послуг тощо не повною мірою відображає визначальні особливості й родові спільні риси фінансових та інших послуг. На нашу думку, існуючу в дійсності систему фінансових послуг і всіх послуг у цілому, найбільш адекватно здатна відобразити класифікація за характером послуг та юридичними наслідками діяльності, яку і покладено в основу при проведенні характеристики окремих видів фінансових послуг за цим дисертаційним дослідженням.

Наведене є підґрунтям для висновку про те, що залежно від характеру послуг система договорів про надання фінансових послуг складається з чотирьох наступних груп: 1) зобов'язання з надання юридичних послуг (факторинг, банківська гарантія, комісія щодо фінансових активів тощо); 2) зобов'язання з надання фактичних послуг (зберігання фінансових активів); 3) зобов'язання з надання юридичних і фактичних послуг (довірче управління фінансовими активами, агентські послуги щодо фінансових активів тощо); 4) зобов'язання з надання фінансових та інших грошово-кредитних послуг.

За юридичними наслідками діяльності різновидами договорів про надання фінансових послуг виступають наступні три групи: 1) договори про надання основних (базових) банківських послуг; 2) договори про надання фондових та інших інвестиційних послуг; 3) договори про надання страхових послуг².

Проведеним аналізом не вичерпуються проблеми класифікації договорів у цілому. Значне коло пов'язаних із цим питань знаходиться за межами традиційних типів договорів. У зв'язку з цим особливої актуальності набувають проблеми припустимості й місця цілої низки нетипових або

¹ Вовк Т., Друзенко Г., Зугравий Г. та ін. Регулювання сфери фінансових послуг у праві Європейського Союзу та перспективи адаптації законодавства України. — Харків: Консум, 2002. — С. 822.

² Дроздова Н. В. Договори про надання фінансових послуг у цивільному праві України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2005. — С. 8—10.

нетрадиційних груп договорів, серед яких необхідно виділити ризикові (алеаторні) договори, фідучіарні договори, непоіменовані (*sui generis*) договори, підготовчі договори (попередні, протоколи про наміри), немайнові (у тому числі організаційного змісту) договори, змішані та комплексні договори тощо.

Ризикові (алеаторні) договори. З прийняттям нового ЦК істотно розширено коло як врегульованих ним договорів, так і непоіменованих правочинів, які залишилися поза межами прямого регулювання ЦК та належать до певної, поіменованої ЦК групи договорів. У зв'язку з цим виникла необхідність проведення дихотомічного поділу в рамках одної певної групи. Йдеться про поділ оплатних договорів на «мінові» (комутативні) та «ризикові» (алеаторні).

Комутативними, або міновими, договорами називаються, зазвичай оплатні договори, в момент укладення яких відомі обсяг, рівень і характер взаємних зобов'язань, конкретно визначено, що саме і яка із сторін «віддає» та «отримує» взамін, тобто відомі взаємні надання. Оплатний договір є міновим, якщо вже в момент його укладення кожна із сторін має можливість оцінити свій інтерес (вигоду), заради якого вона вступає в угоду...¹.

Ризиковими (алеаторними) договорами зазвичай називають правочини, на момент укладення яких неможливо визначити загальний обсяг або можливість існування зустрічного надання.

Специфіка ризикового договору полягає в тому, що «за метою і наміром сторони кінцевий результат договору, матеріальна цінність його поставлені в залежність від події зовсім невідомої, або випадкової, або лише ймовірної, так що при укладенні його повністю невідомо, яка сторона в кінцевому результаті виграє, отримує вигоду»².

Іншими словами, в алеаторному договорі невідомі точний рівень, обсяг та характер взаємних зобов'язань або невідомо, яка зі сторін матиме право, а яка — обов'язок,

¹ Меркулов В. В. Гражданско-правовой договор в механизме регулирования товарно-денежных отношений. — Рязань: Рязан. ВШ МВД РФ, 1994. — С. 81.

² Победоносцев К. П. Курс гражданского права. — Ч. III: Договор и обязательство. — СПб., 1896. — С. 341.

оскільки це поставлено в залежність від події або іншої обставини, про настання яких сторонам при укладенні угоди нічого невідомо¹.

Отже, на відміну від суто еквівалентного характеру оплатних, «мінових» договорів, мета «ризикових» договорів поставлена в залежність від випадку, що робить їх кінцевий результат чи загальний розмір імовірним для обох чи однієї зі сторін подібних правочинів.

Аномальний характер ризикових (алеаторних) договорів обумовлює доцільність визначення їх поняття та місця в системі цивільно-правових договорів.

До цієї групи договорів зазвичай відносять договори страхування, рентного типу (рента і довічне утримання), гри та парі, про створення науково-технічного результату, окремі види біржових правочинів².

Специфіка алеаторних ігрових правочинів полягає в тому, що і при іграх, і при парі залежно від настання або ненастання встановленої обставини виграє одна сторона, а програє інша. При цьому невідомо, яка із сторін виявиться в тій чи іншій позиції³.

Подібні договори мали місце й раніше, частину з них становили договори страхування і лотерея, яка проводилася за участю держави. В новому ЦК України лише окремі із зазначених правочинів знайшли своє закріплення у відповідних главах ЦК. Ціла низка традиційних договорів ігрового ризику (гра та парі, розіграш) не знайшла свого відображення в ЦК, що, ймовірно, можна розглядати як наслідок традиційно негативного ставлення держави до подібних правочинів, проведення яких вважається припустимим за умови спеціального дозволу з боку держави (за участю ліцензованого організатора гри).

¹ Меркулов В. В. Гражданско-правовой договор в механизме регулирования товарно-денежных отношений. — Рязань: Рязан. ВШ МВД РФ, 1994. — С. 81.

² Майданик Н. Еволюція цивільно-правового регулювання зобов'язань з гри і парі // Право України. — 2005. — № 1. — С. 110.

³ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Кн. первая: Общие положения. — 3-е изд., стереотип. — М.: Статут, 2001. — С. 397.

Зазначений підхід законодавця видається не виправданим і таким, що ускладнює розуміння правового режиму зазначених правочинів. Адже загальне правило полягає в тому, що правочини з гри та парі визнаються обставинами, з якими не може бути пов'язане виникнення прав та обов'язків у сторін¹. Винятком становлять лотереї, тоталізатори та інші ігри, які проводяться державою та комунальними утвореннями або за їх дозволом. Для таких випадків встановлено досить ефективний захист інтересів учасників гри — тих, хто протистоїть організаторам гри.

Інше важливе питання стосовно гри та парі пов'язане з припустимістю інших видів подібних аномальних зобов'язань, які зазвичай не можуть бути укладені, якщо інше не впливає з правових звичаїв. Водночас подібний підхід створює істотні проблеми при кваліфікації й застосуванні окремих непоіменованих алеаторних зобов'язань. У цьому контексті актуальним є питання щодо правової природи і виконання зобов'язань азартного ризику (договори гри та парі, лотереї, грошового розіграшу, правочини «на різницю»).

Наведене свідчить про доцільність нормативного врегулювання правочинів з гри та парі на рівні ЦК України шляхом внесення до нього норм, які закріплять поняття, види та особливості правового режиму зобов'язань із гри та парі.

Фідуціарні договори. В доктрині виділяють в особливу групу довірчі, або фідуціарні, правочини (лат. *fiducia* — «довіра»), у тому числі фідуціарні договори (договір про довірчу власність, інші договірні форми управління майном тощо). У зв'язку з цим у дихотомічній класифікації фідуціарним правочинам протиставляють нефідуціарні правочини.

Фідуціарні правочини ґрунтуються на особливих, особисто-довірчих відносинах сторін. Фідуціарність цих правочинів нерідко вбачають у тому, що втрата такого характеру взаємовідносин сторін дає можливість будь-якій з них в односторонньому порядку відмовитися від виконання правочину (наприклад, у договорі доручення як повірений, так і

¹ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. — Кн. первая: Общие положения. — 3-е, изд. стереотип. — М.: Статут, 2001. — С. 396—397.

довіритель вправі в будь-який час відмовитися від його виконання без зазначення мотивів)¹.

З приводу сутності фідучіарних правочинів у літературі обгрунтовано й інший підхід (І. Венедиктова, Р. Майданик, С. Сліпченко)², який ґрунтується на розумінні фідучіарності як діяльності фідучіарія (тобто довіреної особи) виключно або переважно в чужому інтересі, що полягає не стільки в особисто-довірливому характері відносин, як «...в специфічному способі здійснення права власності та ... особливому обов'язку діяти таким чином, як діяв би сам довіритель»³.

У зв'язку з цим Р. А. Майданик небезпідставно розглядає фідучіарний правочин (на прикладі договору управління майном) «...особливим правочином, якому притаманні: висока ступінь довіри та особливе значення особистості його учасників, що знайшло відображення у предметі договору, наданні управителеві надмірних повноважень, встановленні з метою недопущення безпідставного збагачення обов'язку здійснення необхідних дій виключно у чужому інтересі — вигодонабувача та (або) установника, а також у підвищених вимогах до відповідальності управителя та підставах припинення договору у зв'язку з втратою довіри».

Зазначений автор обгрунтовує висновок про те, що «...тривалий, пролонгований характер зазначених фідучіарних відносин (тобто з управління майном) зумовив специфіку предмета цього правочину, яка полягає у здійсненні управителем від свого імені не однієї або кількох юридичних чи фактичних дій, а невизначеної їх кількості. Управління майном є специфічним способом здійснення права власності у чужому інтересі, що полягає у зобов'язанні упра-

¹ Гражданское право: Учебник: В 2 т. — 2-е изд., перераб. и доп. — Том II. — Полутом I / Отв. ред. проф. Е. А. Суханов. — М.: Изд-во «БЕК», 2002. — С. 337 (автор параграфа — В. С. Ем).

² Див.: Венедиктова И. В. Договор доверительного управления имуществом. — Харьков, 2004. — 145 с; Майданик Р. А. Проблемы доверчих відносин в цивільному праві. — К.: НПЦ «Київський університет», 2002. — 502 с.; Сліпченко С. А. Право доверительной собственности. — Харьков: Консум, 2000.

³ Майданик Р. А. Управління майном: Наук.-практ. коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. / За відповід. ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — Т. II. — С. 691—692.

вителя діяти в інтересах вигодонабувача та (або) установника. Під діями в інтересах вигодонабувача або установника слід розуміти вчинені з належною дбайливістю дії, що не суперечать закону і мають своєю метою зберігання та примноження вартості переданого в управління майна, здійснені без невинуватого ризику можливих втрат так, як вчинив би на місці управителя сам установник за аналогічних обставин»¹.

Розуміння фідучіарності як діяльності в чужому інтересі найбільш адекватно відображає реальні оснующі моделі фідучіарних правочинів, що знаходить підтвердження в доктринах більшості європейських країн (зокрема, Німеччини, Франції, Швейцарії, Нідерландів тощо)².

У літературі висловлюються думки про те, що подібні правочини є досить рідкісними і тому не характерними для майнового обороту³. З наведеним твердженням можна погодитися лише в частині незначної сфери поширення фідучіарних правочинів у вітчизняному праві за сучасних умов. Однак це не свідчить про недоцільність подібної класифікації в силу наявності в них значного потенціалу. Фідучіарні правочини у вітчизняному праві перебувають на етапі удосконалення існуючих і створення нових правових форм подібних правочинів; зазначені тенденції однозначно виявляються як у нормотворчій діяльності, так і в правозастосовчій практиці.

Додаткові договори. Інший поділ договорів ґрунтується на виділенні договорів основних і додаткових. Додаткові договори є правочинами, які виникають із приводу заснованих на угоді сторін способів забезпечення зобов'язань.

У власному розумінні способами забезпечення виконання зобов'язання в літературі називають лише спеціальні

¹ Майданик Р. А. Управління майном: Наук.-практ. коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. — С. 691—692.

² Про детальний огляд цих питань див.: Майданик Р. А. Довірча власність у цивільному праві України (формування, порівняльний аналіз і поняття) // Українське комерційне право. — 2004. — № 5. — С. 37—57.

³ Гражданское право: Учебник: В 2 т. — 2-е изд., перераб. и доп. — Том II. — Полутом I / Отв. ред. проф. Е. А. Суханов. — М.: Изд-во «БЕК», 2002. — С. 337 (автор параграфа — В. С. Ем).

забезпечувальні засоби, визначаючи їх як заходи, що мають не всеохоплюючий, а спеціальний, додатковий характер і застосовуються не до всіх, а лише до тих зобов'язань, для яких вони спеціально встановлюються законом або угодою сторін¹.

Забезпечення виконання зобов'язання, яке здійснюється шляхом встановлення спеціальних способів, стимулює боржника до належної поведінки, гарантує виконання ним основного зобов'язання з урахуванням інтересів кредитора. Ці способи спрямовані на упередження або зменшення обсягу негативних наслідків, які можуть настати у разі порушення зобов'язання. Вони полягають у покладенні на боржника додаткових майнових обтяжень (неустойка, завдаток) у резервуванні майна, за рахунок якого можливо забезпечити майнові інтереси кредитора (застава), у залученні до виконання зобов'язання поряд із боржником третіх осіб (порука, гарантія). Деякі з них мають характер санкцій.

У літературі звертається також увага на те, що в усіх наведених випадках йдеться про правові засоби, що надають кредиторіві додатковий кредит — особистий або реальний.

Забезпечувальний характер всіх способів забезпечення виконання зобов'язань та їх взаємозв'язок з основним зобов'язанням означає, що угоди про їх встановлення повинні мати місце до факту невиконання (неналежного виконання) основного зобов'язання. В іншому випадку вони або трансформуються в угоди про відступне, про новацію зобов'язання, про покладання виконання на третю особу, або набувають характеру прихованих угод з усіма пов'язаними з цим наслідками. Наприклад, договір застави, укладений після факту невиконання основного зобов'язання, буде нічим іншим, як відступним, а договір поруки, укладений після факту невиконання основного зобов'язання, — покладанням виконання даного зобов'язання на третю особу².

Деякі науковці небезпідставно звертають увагу на сутність забезпечення виконання зобов'язання, яка полягає в можливості встановлювати окрему загальну санкцію

¹ *Иоффе О. С.* Обязательственное право. — М.: Юрид. лит., 1976. — С. 156—157.

² *Гражданское право / Под ред. Е. А. Суханова.* — Т. 2. — Полутом 1. — М., 2004. — С. 55, 56.

за невиконання або неналежне виконання зобов'язання — відшкодування збитків — також і додаткову санкцію за ці самі порушення — неустойку. В цих випадках відсутній додатковий кредит (як особистий, так і реальний), а має місце передбачення, що боржник, пов'язаний із загрозою певної майнової невігоди, буде намагатися виконати зобов'язання належним чином¹.

Отже, способи забезпечення виконання можна визначити як спеціальні заходи майнового характеру, які спонукають (примушують) сторони до належного виконання зобов'язань, застосовуються до порушення (неналежного виконання) забезпечуваних зобов'язань (лише до зобов'язань, для яких вони прямо передбачені в законі або встановлені угодою сторін)².

Особливість відмежування зазначених договорів полягає в тому, що доля кожного з договорів, віднесених до другої групи, похідна від долі одного з тих, які віднесені до першої групи. З іншого боку, основні договори незалежні, визнання додаткового договору недійсним жодним чином не впливає на юридичну силу основного договору. Найпоширенішим різновидом додаткових договорів є ті, які виникають із приводу наведених у ЦК чотирьох заснованих на угоді сторін способів забезпечення зобов'язань — неустойки, поруки, застави і завдатку. Інші два поіменованих у ЦК способи забезпечення зобов'язань залишаються за межами наведеного поділу. Зобов'язання, що становлять банківську гарантію, породжуються одностороннім правочином. З приводу такого способу, як утримання, небезпідставно вважається, що він взагалі виникає не з правочину, а із спеціального передбаченого законом юридичного складу, який включає наявність боргу і знаходження в кредитора речі, яка підлягає передачі боржнику або за його вказівкою — третій особі.

Незважаючи на похідність від основного договору, додатковому договору притаманна відносна самостійність, яка,

¹ Гражданское право: Учебник: В 2 т. — 2-е изд., перераб. и доп. — Т. 1. — Полуптом 1 / Отв. ред. проф. Е. А. Суханов. — М.: Изд-во «БЕК», 2003. — С. 51.

² Цивільне право України: Підручник: У 2 т. / За відповід. ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, Д. В. Бобрової. — К., 2004. — Т. П. — С. 671.

зокрема, виявляється в тому, що він визнається укладеним із моменту, коли сторони досягнуть згоди з істотних його умов. З відносної самостійності додаткового договору впливає відсутність необхідності надати йому особливої форми. У цьому зв'язку М. І. Брагінський справедливо зазначає, що істотні умови додаткового договору можуть бути включені до тексту основного. Проте навіть і при такому варіанті йдеться про два договори¹.

Попередні (підготовчі) договори не знайшли належного доктринального вирішення і нормативного закріплення питання стосовно поняття, правової природи і системи попередніх договорів та інших подібних правочинів (протоколи про наміри тощо).

Протилежністю попереднього договору виступає основний договір, який в літературі інколи називають остаточним (В. В. Меркулов). Подібна пара договорів виділяється за критерієм юридичної спрямованості породжуваних цими правочинами зобов'язаннями.

Основний договір безпосередньо породжує права та обов'язки сторін, пов'язані з переміщенням матеріальних благ: передачею майна, виконанням робіт, наданням послуг тощо. Попередній договір — це угода сторін про укладення основного договору в майбутньому.

Наприклад, договір купівлі-продажу квартири є основним договором. Цей договір містить обов'язки щодо вчинення у визначені строки зустрічних надань — квартири в обмін на її грошовий еквівалент. Договір про купівлю-продаж квартири в майбутньому є попереднім договором, оскільки його зміст становлять не безпосередньо перехід права власності на квартиру та отримання за неї грошей, а обов'язок укласти в майбутньому договір купівлі-продажу цієї квартири згідно з погодженими сторонами умовами.

Іншим прикладом попереднього договору є договір про організацію перевезень. Зміст цього договору становить не безпосереднє переміщення вантажу в просторі та отримання за це грошей, а укладення в майбутньому окремих дого-

¹ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. — 3-е, изд., стереотип. — Кн. первая. Общие положения. — М.: Статут, 2001. — С. 394—395.

ворів на перевезення згідно з погодженим сторонами графіком¹.

Змішані та комплексні договори. В літературі досить тривалий час звертається увага на існування складних за своїм змістом та характером договорів, серед яких важливу роль відіграють змішані та комплексні договори.

Раніше зазначалося, що «змішаним вважається договір, в якому поєднуються елементи різних договорів, який слугує підставою виникнення єдиного зобов'язання, поєднує риси договорів різного виду»².

Прикладом змішаного договору є агентський договір стосовно вчинення двох видів юридичних дій — придбання агентом в інтересах довірителя пакету акцій від власного імені, а також управління цими цінними паперами (здійснення прав акціонера) від імені довірителя. В першому випадку йдеться про комісійні відносини, в другому — довірена особа виступає представником.

Іншим прикладом змішаного договору можна вважати договір купівлі-продажу, в якому покупець замість сплати купівельної ціни приймає на себе обов'язок виконати певну роботу³.

У зв'язку з цим А. О. Собчак слушно зазначає, що в останньому випадку «виникле відношення можна розділити на два самостійні зобов'язання (купівлі-продажу і підряду) лише чисто теоретично. В дійсності ж виникає єдине зобов'язання змішаного характеру»⁴.

Поряд із «чисто» цивільно-правовими існують договори, які певною мірою застосовуються за межами галузі цивільного права і «містять набір прав і обов'язків, що в сукупності становлять породжене правочином правовідношення»⁵ комплексного характеру.

¹ *Корецький А. Д.* Договорное право России. Основы теории и практика реализации. — С. 63—64.

² *Собчак А. А.* Смешанные и комплексные договоры в гражданском праве // Сов. государство и право. — 1989. — № 11. — С. 64.

³ *Корецький А. Д.* Знач. праця. — С. 64.

⁴ *Собчак А. А.* Смешанные и комплексные договоры в гражданском праве. — С. 63.

⁵ *Брагинский М. И.* Разноотраслевые договоры // *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. 3-е изд., стереотип. — Кн. первая. Общие положения. — М.: Статут, 2001. — С. 23.

А. О. Собчак комплексними договорами визнавав «договори, які породжують два або більше різних зобов'язань, які мають єдину господарську мету і групуюються навколо одного з них, яке є основним»¹.

Комплексність цих договорів автор пов'язував із поєднанням у них організаційних та майнових відносин. Необхідність координації цих зобов'язань, їх пристосування до досягнення єдиної господарської мети викликає до життя організаційні відносини. Поєднання організаційних та майнових відносин А. О. Собчак вважав відрізняльною рисою комплексного договору, яка зумовлювала багатогалузевий характер регулювання зазначених відносин.

До комплексних договорів зазначений автор відносив договір підряду на капітальне будівництво, в рамках якого, крім зобов'язання з виконання підрядних робіт, виникає низка суміжних зобов'язань (із надання замовником різних послуг підряднику, з ореди будівель, зберігання будівельних матеріалів і конструкцій, надання транспорту для перевезення працівників тощо).

Наведене вище розуміння сутності комплексного договору, як і приклад такого договору (на капітальне будівництво) видається недостатньо вдалим. Зазначений договір не створює різногалузевих елементів, крім цивільно-правових. Згадані А. О. Собчаком організаційні відносини охоплюються цивільно-правовими зобов'язаннями з надання послуг (охорона, зберігання тощо) і не підпадають під сферу регулювання власне адміністративно-правових відносин, пов'язаних з організацією процесу капітального будівництва (надання ліцензій, інших дозволів на ведення такої діяльності чи володіння земельною ділянкою під будівництво об'єкту тощо).

Водночас заслуговує на увагу аналіз міжгалузевого та міжвидового характеру комплексного договору. Міжгалузевий характер виявляється в необхідності поєднання адміністративно-правового та цивільно-правового регулювання відносин, які виникають, міжвидовий — в одночасному виникненні комплексу зобов'язань, що вимагає застосування законодавства про відповідні види зобов'язань.

¹ Собчак А. А. Смешанные и комплексные договоры в гражданском праве. — С. 66.

Комплексні договори взаємно пов'язані зі змішаними договорами. Змішаний договір може розглядатися як необхідна проміжна стадія в процесі виникнення нових видів договорів, не має якостей самостійного цивільно-правового інституту і спеціальних норм, присвячених його регламентації.

Комплексний договір є продуктом (результатом) розвитку змішаного договору в новий інститут цивільного права, а тому має спеціальні норми (як цивільно-правові, так і адміністративно-правові), присвячені його регламентації¹.

Припустимість зазначених договорів зумовлена закріпленням сучасним законодавством принципом субсидіарного застосування цивільно-правових норм до відносин, які побудовані на рівності їх учасників і знаходяться за межами цивільного права як галузі права.

ЦК України (ст. 9) передбачає, що до сімейних, трудових відносин і відносин з використання природних ресурсів та охорони навколишнього середовища, що представляють товарно-грошові та інші, побудовані на рівності учасників майнові відносини, а також пов'язані з майновими немайнові відносини, цивільне законодавство застосовується у випадках, коли ці відносини не регулюються відповідними галузями права (сімейного, трудового тощо).

Крім того, ЦК України (ч. 2 ст. 1) містить положення, згідно з яким до майнових відносин, що ґрунтуються на адміністративному або іншому владному підпорядкуванні однієї сторони іншій, у тому числі до податкових та інших бюджетних відносин, цивільне законодавство не застосовується, якщо інше не встановлено законом.

При цьому необхідно звернути увагу на неприпустимість включення до системи цивільно-правових договорів так званих різногалузевих договорів. У силу нецивільно-правового характеру регульованих ними відносин зазначені договори не входять до сфери цивільного права, незважаючи на те, що подібні договори можуть регулюватися окремими положеннями цивільного законодавства у прямо визначених законом випадках за умови, що вони прямо не регулюються іншими, ніж цивільне право, галузями.

¹ Собчак А. А. Смешанные и комплексные договоры в гражданском праве. — С. 64—65.

У цьому контексті заслуговує на увагу і вимагає детального аналізу обгрунтована представниками фінансового права двочленна класифікація договорів між суб'єктами фінансово-правових відносин. Договірні відносини у фінансовому праві пропонується поділяти на дві групи. Перша група договорів — це фінансово-правові договори, які поєднують у собі елементи цивільно-правових принципів побудови відносин і одночасно досить детально врегульовані фінансовими нормами. До таких договірних відносин, зокрема, належать: відносини із зворотного повернення бюджетного фінансування, з інвестиційного податкового кредиту і надання цільових податкових пільг. Сторони цих правовідносин юридично нерівні, що виявляється в їх різній правоздатності. Одна сторона реалізує компетенцію, а інша — правоздатність юридичної особи. У результаті цього договірним відносинам завжди передують управлінське рішення про надання відповідному суб'єкту бюджетного або податкового кредиту. І, нарешті, подібний «договір» фактично є роз'ясненням до закону або управлінського рішення, де свобода розсуду суб'єктів дуже мала¹.

По-суті, в цьому випадку термін «договір» перетворюється на юридичну фікцію, оскільки від власне договору залишається лише його назва; характер правовідносин і зміст договору віддзеркалює відносини юридичної нерівності, для яких нехарактерне і непотрібне узгодження воель сторін, що робить недоцільним говорити про договір у зазначених вище фінансово-правових відносинах.

Друга група договорів розглядається як «безпосередньо цивільно-правові договори, «вплетені» в тканину фінансових правовідносин». До такого роду договірних відносин відносять договори поруки і застави, які використовуються як спосіб забезпечення виконання зобов'язання платником податку зі сплати податку. Зокрема, договори поруки, про розстрочення і відстрочення суми податкового зобов'язання передбачені Законом України «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетними та державними цільовими фондами» від 2001 року².

¹ Рукавишникова И. Договорно-правовой способ регулирования финансовых отношений // Хозяйство и право. — 2005. — № 12. — С. 22.

² Див. пункти 8.8 і 14 Закону України «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетними та державними цільовими фондами» // Відомості Верховної Ради. — 2001. — № 10. — Ст. 44.

У зв'язку з цим К. Тотьев небезпідставно вважає, що між платником податку і поручителем створюються приватно-правові відносини, які відрізняються лише предметом поруки (виконання податкового обов'язку). Цивільно-правовий характер зазначених відносин дозволяє без будь-яких застережень застосовувати до них норми ЦК України, зокрема щодо поруки¹.

При цьому вважається, що в разі прямої відсилки норм фінансового законодавства до цивільного правового регулювання зазначені відносини мають вважатися цивільно-правовими за участі уповноважених державних органів. І тому договори, які укладаються суб'єктами фінансових правовідносин, регулювання яких здійснюється нормами цивільного законодавства, повною мірою належать до предмета цивільного права².

Іншими словами, в цьому випадку йдеться про своєрідну аналогію застосування цивільного права до фінансових відносин. Подібна тенденція видається неприпустимою і такою, що «розмиває» предмет і метод цивільного права в силу відсутності в арсеналі фінансового права адекватних конструкцій, подібних до розробленої приватним правом конструкції договору.

Наведене свідчить про припустимість застосування конструкції договору за умови збереження між учасниками правовідносин юридичної рівності з питань його укладення і виконання, що, однак, не виключає можливості одночасної присутності публічно-правових елементів, які певною мірою обтяжують здійснення приватного права, однак не допускають перетворення цих відносин на відносини юридичної нерівності.

Прикладами подібного проникнення публічного права в цивільно-правові відносини є договори концесії, угоди про розподіл продукції, специфіка яких полягає у виступі державних органів або органів місцевого самоврядування як суб'єктів приватного права з обмеження публічно-правово-

¹ *Тотьев К.* Способы обеспечения уплаты налогов в Налоговом кодексе Российской Федерации // *Хозяйство и право.* — 1999. — № 9. — С. 67.

² *Рукавишникова И.* Договорно-правовой способ регулирования финансовых отношений // *Хозяйство и право.* — 2005. — № 12. — С. 21.

го характеру, встановленому відповідними нормативно-правовими актами.

Водночас не є договорами передбачені законодавством різного роду «публічно-приватні угоди між державним органом і суб'єктом господарювання з приводу здійснення першим ... публічно-правової функції»¹.

Інший приклад подібних «угод» міститься в Законі України «Про нафту і газ», яким передбачено можливість укладання угоди між спеціально уповноваженим центральним органом виконавчої влади (з одного боку) та заявником на отримання спеціального дозволу на користування нафтогазоносними надрами (з іншого) про зобов'язання сторін і порядок регулювання відносин між ними в процесі користування конкретною ділянкою надр (статті 1, 10, 11, 5, 7, 20, 22, 23, 26—28 тощо)².

До подібного роду «угод» необхідно віднести також «...переддоговірні домовленості між потенційним концесієдавцем з потенційним концесіонером щодо з'ясування волевиявлення кожного з них..., які стосуються умов отримання різного роду відомостей про об'єкт концесії та про потенційних партнерів»³.

Зазначені попередні угоди потенційних сторін відносин концесії не можна вважати власне угодою, оскільки остання «не створює договірне правовідношення, а лише має на меті його встановлення для реалізації стратегії економічного розвитку, окресленої в угоді». За своєю юридичною природою подібні «угоди» мають визнаватися суто публічно-правоим актом адміністративно-процесуального характеру, і тому застосування в подібних випадках терміна «угода» є зайвим, що не сприяє адекватному відображенню публічно-правового характеру відносин, які регулюються подібними немов би договірними конструкціями.

¹ Шаповалова О. Публічно-приватні угоди партнерства про стратегію господарського природокористування // Підприємництво, господарство і право. — 2005. — № 2. — С. 79.

² Див.: Закон України «Про нафту і газ» // Відомості Верховної Ради. — 2000. — № 50. — Ст. 262 (із змінами, внесеними згідно із Законом № 344-IV/344-15 від 27.11.2003).

³ Шаповалова О. Зазнач. праця. — С. 82.

Договори немайнового змісту. Актуальним є питання щодо правової природи договорів немайнового змісту, у тому числі правочинів з організаційним змістом. Цивільні кодифікації більшості країн цивільного права прямо не передбачають, однак і не забороняють можливості укладення подібного роду договорів немайнового змісту.

Питання стосовно припустимості немайнового характеру дій як предмета договірної зобов'язання є предметом наукових дискусій.

Переважна більшість вчених обгрунтовує виключно майновий характер зобов'язань, оскільки останні оформлюють процес товарообігу і тому мають належати до групи майнових правовідносин¹.

Інша позиція передбачає визнання припустимими існування зобов'язань немайнового характеру в силу відсутності заборон і можливість існування подібних зобов'язань². Подібні зобов'язання доцільно вважати припустимими, оскільки їх предмет становлять правомірні дії, і тому вони відповідають всім вимогам щодо умов дійсності зобов'язання.

Непоіменовані договори (*sui generis*). Однозначного вирішення не має питання щодо договорів, прямо не передбачених законом (непоіменовані договори). Зазвичай закон обмежується зазначенням можливості для сторін зобов'язання укладати договори, хоч і не передбачені законом, але які не суперечать загальним засадам (тобто принципам) цивільного законодавства.

Непоіменовані договори протистоять поіменованим договорам, тобто таким, які прямо передбачені законом. Зазначена класифікація існує з часів Стародавнього Риму, законодавство якого передбачало поділ договорів на *contractus nominati* і *contractus innominati*³.

¹ Див.: *Дернбург Г.* Пандекты. — 2-е изд. — Т. III. Обязательственное право. — М., 1904. — С. 1; *Чилларж К. Ф.* Учебник институций римского права. — 2-е изд., перераб. — М., 1906. — С. 175.

² Див.: *Кавелин К.* Права и обязанности по имуществам и обязательствам в применении к русскому законодательству. — СПб., 1879. — С. 3, 63; *Эннекцерус Л.* Курс германского гражданского права. — Т. I. Полутом 1. — М., 1949. — С. 262.

³ *Мейер Д. И.* Русское гражданское право. — Ч. 2. — М.: Статут, 1997 (по изд. 1902 г.). — С. 158—159.

Проведений аналіз дає підстави для наступних висновків.

1. Систему цивільно-правових договорів становлять їх типи, види та підвиди.

Під типом цивільно-правового договору необхідно розуміти класифікацію договорів за такою сукупністю ознак, які виражають найбільш загальні та істотні риси цього типу. Такими ознаками необхідно вважати направленість результату цивільно-правового договору та його юридичну мету.

Види договорів являють собою певні групи договорів, які поряд із загальними рисами, притаманними тому чи іншому типу, одночасно мають й власні (видові) риси, які не суперечать віднесенню певного виду договору до однорідного типу. Так, видами договорів, направлених на передачу майна у власність, виступають договори купівлі-продажу, дарування, ренти тощо.

Підвидом договорів виступають договори, які відрізняються особливостями, що не мають істотного значення для визначення правової природи договору в цілому. Наприклад, підвидами купівлі-продажу є роздрібна купівля-продаж, поставка тощо.

2. Існуючу систему цивільно-правових договорів найбільш адекватно відображає класифікація за направленістю правової мети, яка може мати характер майнового або немайнового інтересу.

За цим критерієм систему цивільно-правових договорів становлять чотирнадцять груп договорів: 1) договори, направлені на передачу майна у власність; 2) договори, направлені на передачу майна в користування; 3) договори, направлені на виконання робіт (надання послуг); 4) договори, направлені на надання відстрочки (розстрочки); 5) договори, направлені на заміну осіб у зобов'язанні; 6) договори, направлені на досягнення спільної мети; 7) ризикові (алеаторні) договори (у тому числі рентного, страхового та ігрового ризику); 8) фідучіарні договори; 9) договори немайнового змісту (організаційні договори тощо); 10) підготовчі договори (попередні договори, протоколи намірів тощо); 11) додаткові договори (зокрема з приводу заснованих на угоді сторін способів забезпечення зобов'язань); 12) непоіменовані договори (договори особливого роду, *sui generis*); 13) змішані та комплексні договори; 14) «сімейні» договори.

4.3. Попередній договір

Поняття попереднього договору. Ускладнення економічного обороту зумовлюють підвищення ролі попередніх правочинів, одним з різновидів яких є попередній договір. Додаткова актуальність аналізу цієї тематики пояснюється браком системних наукових досліджень у цій сфері й несистемністю наявних у них висновків.

Низка питань з цієї проблеми розглядалася в окремих дисертаціях і наукових публікаціях вчених-цивілістів, однак переважно у зв'язку з аналізом окремих цивільно-правових договорів чи інших правових інститутів (Л. М. Николайчук, А. Днепров, О. Степанова)¹. Раніше недостатньо уваги приділялося важливим питанням поняття, природи і системи попередніх договорів та інших подібних правочинів, що не дає можливості пояснити повною мірою умови обмеження реального виконання попереднього договору, правову суть таких домовленостей, як протокол про намір, і сформувані чітко загальне бачення цієї групи домовленостей в системі сучасного цивільного права.

Наведеним обумовлена мета наукових досліджень у цій сфері, яка полягає в науковому аналізі поняття та особливостей виконання попереднього договору за цивільним законодавством України.

Попередні договори є різновидом переддоговірних правочинів, мотив в укладенні яких зазвичай полягає в тому, щоб «створити між собою правовий зв'язок не настільки сильний, як правовідношення з основного договору»².

Тому зміст подібних договорів становлять всі умови остаточного (майбутнього) договору, однак він передбачає, що в силу низки оставин сторони укладуть остаточний договір пізніше. Обставиною може виступати, наприклад, придбан-

¹ Див.: *Николайчук Л. М.* Цивільно-правові договори як підстави виникнення права приватної власності громадян: Дис. ... канд. юрид. наук. — Івано-Франківськ, 2004; *Днепров А.* Что такое предварительный договор? // *Юридическая практика.* — 2004. — № 8 (322). — 24 февраля; *Степанова О.* Предварительный договор / *Финансово-правовой абонемент «Предпринимательская практика: вопрос-ответ».* — Вып. 3. — Февраль 1999.

² *Днепров А.* Что такое предварительный договор? // *Юридическая практика.* — 2004. — № 8 (322). — 24 февраля. — С. 21.

ня майна що виступає об'єктом договору, через певний час після укладення попереднього договору. Укладення такого договору нерідко викликане недоцільністю укладення остаточного договору на даний момент, зокрема, правочин, в якому між моментом укладення і моментом виконання є досить великий часовий розрив¹.

Попередній договір є одним із двох видів переддоговірних правочинів, які прямо визнані українським правом. Іншим переддоговірним правочином визнається договір про наміри (протокол про наміри тощо), під яким необхідно розуміти домовленість, у якій немає волевиявлення сторін щодо надання йому сили попереднього договору (ст. 635 ЦК України). Законодавець прямо вказує лише на те, що в цьому випадку така домовленість лише не вважається попереднім договором і юридично не зобов'язує учасників цих відносин укласти в майбутньому договір на умовах, передбачених протоколом (договором) про наміри. Однак це не означає відсутності в усіх випадках договорів про намір будь-яких правових наслідків. Навпаки, зазвичай подібні договори мають правові наслідки, хоч і не у вигляді обов'язку укласти в майбутньому основний договір. У силу наведеного потребує уточнення твердження про те, що договір про наміри, який не визнається попереднім договором, не породжує цивільно-правових наслідків². Протокол про наміри є юридично неповною домовленістю, що може викликати певні правові наслідки, відмінні від наслідків укладення попереднього договору. Зазначена домовленість не породжує цивільно-правових наслідків у вигляді обов'язку укласти договір у майбутньому (основний договір) на умовах, встановлених зазначеним протоколом (договором) про наміри (ст. 635 ЦК України). Протокол про наміри не зобов'язує його сторони вчинити надання у вигляді пере-

¹ Степанова О. Предварительный договор / Финансово-правовой абонемент «Предпринимательская практика: вопрос-ответ» — Вып. 3. — Февраль 1999.

² Див.: Луць В. В. Система цивільно-правових договорів // Цивільне право України: Підручник: У 2 кн. / О. В. Дзера (керівник авт. кол.), Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін.; За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. — К.: Юрінком Інтер, 2002. — С. 624.

дачі майна, виконання робіт чи послуг чи утримання від подібних дій¹. Іншими словами, протокол про наміри не передбачає прийняття його сторонами зобов'язань один перед одним і тому не вчиняється з наміром мати правові наслідки. Отже, протокол про наміри не є правочином, оскільки така домовленість не направлена на встановлення, припинення або зміну прав та обов'язків.

Існуючі на практиці спроби застосувати конструкцію попереднього договору стосовно інших видів переддоговірних правочинів можуть викликати для їх сторін лише передбачені відповідно для попереднього договору та протоколу про наміри юридичні наслідки, а не будь-які правові наслідки, на які вони (сторони) розраховують.

Положення про попередній договір вперше у вітчизняному цивільному праві знайшли нормативне закріплення в ЦК України. Попереднім договором законодавець вважає договір, сторони якого зобов'язуються протягом певного строку (у певний термін) укласти договір у майбутньому (основний договір) на умовах, встановлених попереднім договором (ч. 1 ст. 635 ЦК). Поняття попереднього договору також закріплене в Господарському кодексі України, під яким розуміється договір, за яким суб'єкт господарювання зобов'язується у визначений строк, але не пізніше одного року з моменту укладення попереднього договору, укласти основний господарський договір на умовах, передбачених попереднім договором (ст. 182). Наведені вище поняття попереднього договору містять положення про те, що такий договір повинен включати істотні умови основного договору.

Обидва кодекси містять положення про те, що попередній договір повинен включати істотні умови основного договору. Класичним прикладом істотних умов договору є його предмет (ст. 638 ЦК). При цьому ЦК України містить норму про те, що істотні умови основного договору, не встановлені попереднім договором, узгоджуються в порядку, встановленому сторонами в попередньому договорі, якщо такий порядок не встановлено актами цивільного законодавства.

¹ Див.: Васильєв Е. А. Договорное право. Общие положения // Гражданское и торговое право зарубежных государств: Учебник: В 2-х т. — 4-е изд., перераб. и доп. — Т. I. / Отв. ред. Е. А. Васильев, А. С. Комаров. — М.: Междунар. отношения, 2004. — С. 494—495.

Однак ГК України говорить, що попередній договір повинен містити умови, які дозволяють визначити предмет, а також інші істотні умови основного договору. Зазначена норма ч. 2 ст. 182 ГК є не зовсім вдалою, оскільки учасники попереднього договору не мають наміру пов'язувати себе всіма положеннями основного договору, їм необхідна свобода маневру, у тому числі й щодо визначення істотних умов основного договору в майбутньому. Закріплена в ГК України норма (ч. 2 ст. 182) позбавляє попередній договір цієї гнучкості.

У зв'язку з цим цілком справедливо зазначається, що в попередньому договорі достатньо було б визначити предмет основного договору, залишивши узгодження інших істотних умов на розсуд самих сторін¹.

Попередній договір необхідно відмежовувати від протоколу про наміри за ступенем юридичної пов'язаності сторін цих правочинів. Протокол про наміри є переддоговірним правочином, що фіксує більш або менш визначені намагання, побажання, плани сторін, але з його формулювань не впливає намір сторін вважати себе юридично пов'язаними. В цьому випадку йдеться про так звані моральні або філософські зобов'язання; ці відносини регулюються нормами моралі, зокрема — ділової етики, але не цивільним правом. Протокол про наміри не встановлює певних цивільних прав і обов'язків і не передбачає засобів юридичної відповідальності, на відміну від попереднього договору².

Зазначений договір віддрізняється від договору, вчиненого під умовою або під обставину (умовні правочини або правочини під обставину), оскільки породжують безумовний обов'язок у встановлений строк укласти передбачений ним основний договір під загрозою судового присуду до його укладення³.

Актуальними залишаються питання щодо правової природи, умов виконання, відповідальності й системи попередніх договорів, інших подібних правочинів (протоколи про наміри тощо).

¹ Днепров А. Что такое предварительный договор? // Юридическая практика. — 2004. — № 8 (322). — 24 февраля. — С. 21.

² Днепров А. Знач. праця. — С. 21.

³ Гражданское право: Учебник: В 2 т. — 2-е изд., перераб. и доп. — Т. II. Полутом 1 / Отв. ред. проф. Е. А. Суханов. — М.: Изд-во «БЕК», 2003. — С. 159.

У літературі звертається увага на особливість попередніх договорів, яка полягає в тому, що подібні правочини не є різновидом будь-якого типу цивільно-правового договору і взагалі випадають з їх загальноприйнятої класифікації. Сутність і зміст правовідносин з попереднього договору якісно відрізняють його від всіх інших договорів. Попередній договір є особливим договірним зобов'язанням, яке опосередковує самостійне коло відносин щодо укладення в майбутньому основних договорів, що вимагає спеціального правового регулювання подібного правового інституту.

Попередній договір не направлений безпосередньо на регулювання економічних (майнових) відносин між учасниками. Окремі автори вважають, що «...скоріше, він регулює «організаційно-юридичні» відносини між ними»¹.

У цьому контексті цілком слушно зазначається, що переважна більшість договорів є підставою для виникнення зобов'язань із передачі майна у власність або в користування, виконання робіт, надання послуг тощо. Однак зазначена група договорів не має такої завершеності, вони лише містять обов'язковий припис сторонам укласти певний конкретний договір у майбутньому: договір перевезення, підряду, купівлі-продажу тощо.

У зв'язку з цим виділяють два етапи існування зазначених правовідносин: 1) укладення попереднього договору, де сторони визначають предмет договору, строк укладення основного договору тощо; 2) укладення основного договору на умовах, визначених у попередньому договорі².

Типовим різновидом даного договору є традиційно відомий з давніх часів вітчизняному праву договір запродажу, згідно з яким сторони зобов'язуються у визначений ними строк укласти договір купівлі-продажу (наприклад, щодо речі, якої поки немає в продавця або щодо якої він не має права власності або воно обтяжене правом інших осіб)³.

¹ Днепров А. Что такое предварительный договор? — С. 21.

² Богданов Е. В. Предпринимательские договоры. — М.: Книга сервис, 2003. — С. 33.

³ Див.: Гражданское право: Учебник: В 2 т. — 2-е изд., перераб. и доп. — Т. II. Полутом 1 / Отв. ред. проф. Е. А. Суханов. — М.: Изд-во «БЕК», 2003. — С. 159; Мейер Д. И. Русское гражданское право. — Ч. 2. — М., 1997. — С. 242—245.

Іншим прикладом застосування попереднього договору є довгостроковий договір про організацію перевезень як різновид так званих «генеральних договорів, на підставі й на виконання яких сторони потім укладають цілу низку конкретних однотипних (локальних) договорів. Це, наприклад, направлені на організацію перевезень вантажів річні та аналогічні їм договори перевізників з вантажовідправниками, які виступають підставою для наступного укладення договорів перевезень конкретних вантажів»¹. За цим договором перевізник зобов'язується у встановлені строки приймати, а вантажоволоділець — пред'являти до перевезення вантажі в обумовленому обсязі. Сторони можуть також визначити строки, порядок розрахунків тощо.

При цьому в літературі цілком справедливо звертається увага на особливість загаданих вище генеральних договорів.

Попередні договори застосовуються й в інших сферах діяльності. За допомогою попереднього договору підрядник і замовник регулюють свої відносини з підготовки до укладення в майбутнього договору будівельного підряду. Обумовлюють предмет майбутнього договору, строк його укладення, необхідність надання документації тощо.

У літературі звертається увага на відомі правозастосовчій практиці випадки, коли основний договір одночасно виступає і договором попереднім. У цьому випадку згідно з умовами попереднього договору сторони повинні в майбутньому укласти ще один основний договір.

Йдеться про придбане переможцем аукціону право на укладення договору оренди нежилого приміщення. Зазначене право кредитора посвідчене підписаним належним чином актом, яким зафіксовано, що договір оренди повинен бути оформлений протягом десяти днів.

За своєю правовою природою спірний правочин вважається договором купівлі-продажу на оренду нежилого приміщення і одночасно попереднім договором на укладення договору оренди нежилого приміщення².

¹ Гражданское право: Учебник: В 2 т. — 2-е изд., перераб. и доп. — Т. II. Полутом 1 / Отв. ред. проф. Е. А. Суханов. — М.: Изд-во «БЕК», 2003. — С. 159.

² Богданов Е. В. Предпринимательские договоры. — С. 34.

Як й інші договори, попередній договір обов'язково передбачає узгодження всіх його істотних умов, до складу яких входить і повний набір істотних умов остаточного договору. Відсутність хоча б однієї з числа цих останніх виключає можливість звернутися з позовом про спонукання контрагента за попереднім договором укласти основний договір. Відповідно, відсутні підстави в подібних випадках і для стягнення з контрагента збитків, заподіяних внаслідок ухилення другої сторони від укладення договору¹.

Попередній договір справляє фактичний і юридичний вплив на процес формування договірного відношення. Серед питань, пов'язаних із попереднім договором, необхідно звернути увагу на їх зв'язок із переговорами сторін, які передували укладенню договору.

Принципи міжнародних комерційних договорів (ст. 2.15) окремо передбачають свободу договорів, яка означає, зокрема, що сторона не несе відповідальності за недосягнення згоди (йдеться про те, що сторони вільні у визначенні того, з ким, коли, протягом якого часу тощо вести переговори). Водночас необхідно звернути увагу на передбачену згаданими Принципами можливість відповідальності сторін за недобросовісність ведення переговорів, у тому числі ведення переговорів «просто так», без наміру укласти договір. Зазначена відповідальність виражається в обов'язку відповідної сторони відшкодувати контрагенту збитки. В літературі (Коментарі до Принципів) наводиться один із прикладів такої відповідальності: «А. дізнається про намір В. продати свій ресторан. А. не має взагалі наміру купити цей ресторан, тим не менш, вступає в тривалі переговори з В. з єдиним наміром перешкодити В. продати ресторан С. який є конкурентом А. В результаті А. продає С. ресторан, але за нижчою ціною, ніж та, яку він міг отримати від С. Різниця в цінах старновить ту суму, яку А. зобов'язаний відшкодувати»².

Вітчизняне законодавство не містить спеціальних норм щодо переговорів. Однак відповідальність у подібних випадках може виникати переш за все, з урахуванням загальних

¹ Брагинский М. И. Разноотраслевые договоры. — С. 234.

² Див.: Принципы международных коммерческих договоров. — С. 215.

норм про недоговірну шкоду. В одних випадках вимога може ґрунтуватися на загальних нормах про деліктні зобов'язання (зобов'язання внаслідок заподіяння шкоди). Зокрема, така підстава відповідальності стосується шикани, яка мала місце в наведеному вище випадку. Цілком слушно звертається увага й на іншу підставу такої відповідальності. Йдеться про вимоги, які ґрунтуються на недобросовісній конкуренції, як частини антимонопольного законодавства¹.

Зміст попереднього договору. Визначальне місце в попередньому договорі займає *умова про строк виконання основного договору*. Виконання попереднього договору обумовлене, в першу чергу, змістом умови про строк укладення основного договору. Учасники попереднього договору не мають наміру пов'язувати себе всіма положеннями основного договору, їх необхідна свобода маневру, у тому числі й щодо визначення істотних умов основного договору в майбутньому.

Зазначене правило знайшло відображення в положеннях ЦК України щодо умов попереднього договору про строк укладення основного договору. Зобов'язання, яке впливає з попереднього договору, щодо укладення основного договору має бути конкретизоване в часі. В попередньому договорі може бути передбачений строк, протягом якого має бути укладено основний договір.

Зобов'язання, встановлене попереднім договором, припиняється, якщо основний договір не укладений протягом строку (термін), встановленого попереднім договором, або якщо жодна зі сторін не направить другій стороні пропозицію про його укладення.

Якщо сторони не скористаються наданою їм можливістю (щодо встановлення строку укладення основного договору), застосовується правило, передбачене ст. 530 ЦК щодо строку (терміну) виконання зобов'язання, згідно з яким, якщо строк (термін) виконання боржником обов'язку не встановлений або визначений моментом пред'явлення вимоги, кредитор має право вимагати його виконання у будь-який час. Це означає, що будь-яка сторона попереднього договору має зазначене право вимагати укладення основного договору.

¹ Брагинский М. И. Разноотраслевые договоры. — С. 236—237.

Форма попереднього договору. ЦК України встановлює особливі вимоги щодо форми попереднього договору. Зазначені правочини мають укладатися в тій самій формі, що й основний договір. Якщо для основного договору форма не встановлена, то попередній договір обов'язково повинен бути укладений у письмовій формі (п. 4 ч. 1 ст. 635 ЦК України). При цьому попередній договір може укладатися у вигляді одного письмового документа, підписаного сторонами, обміну листами, телеграмами тощо.

Недотримання правил про форму договору тягне його нікчемність.

Наведене дає підстави для висновку про те, що попередній договір може бути укладений в усній формі лише якщо така форма прямо передбачена законом для основного договору. Тому не можна погодитися з висловленою в літературі точкою зору, згідно з якою «письмова форма для попередніх договорів є обов'язковою і в тих випадках, коли основний договір належить до числа тих, які можуть бути укладені усно»¹.

Водночас необхідно зазначити, що всі форми щодо основного договору, зокрема нотаріальне посвідчення, діють і щодо попереднього договору. При цьому до форми попереднього договору іноді пред'являються вимоги більш суворі, порівняно з адресованими основному договору: незалежно від того, чи підлягає попередній договір відповідно до викладених норм вчиненню в простій письмовій або в нотаріальній формі, порушення відповідної вимоги тягне за собою нікчемність попереднього договору.

Ініціативу щодо укладення основного договору може виявити будь-яка зі сторін попереднього договору в порядку обміну між ними офертою та акцептом.

Зобов'язання, встановлене попереднім договором, припиняється, якщо основний договір не буде укладений протягом строку (терміну), встановленого попереднім договором, або якщо жодна зі сторін не надішле другій стороні пропозицію про його укладення².

¹ Брагинский М. И. Разноотраслевые договоры. — С. 238.

² Цивільний кодекс України: Наук.-практ. коментар / За ред. розробників проекту Цивільного кодексу України. — К.: Істина. — С. 441.

Наслідки неукладення основного договору. В літературі цілком слушно звертається увага на відмінність наслідків порушення попереднього та основного договорів. При застосуванні попереднього договору сторони встановлюють ще один ступінь в укладенні основного договору. В цьому випадку сторони мають можливість ще раз зважити наслідки своїх дій: чи укласти їм, чи не укласти основний договір. У сторони, яка ухиляється від укладення основного договору, залишається надія на те, що друга сторона задовольниться компенсацією негативного інтересу (тобто, інтересу до укладення основного договору), не пред'являючи вимог про спонукання контрагента до укладення основного договору¹.

Особливої актуальності набули питання застосування санкцій за відмову укласти основний договір, що впливає з попереднього.

Частина 2 ст. 635 ЦК проголошує: «Сторона, як необгрунтовано ухиляється від укладення договору, передбаченого попереднім договором, повинна відшкодувати іншій стороні збитки, заподіяні простроченням, якщо інше не встановлено попереднім договором або актами цивільного законодавства».

Отже, не викликає сумніву наявність у кредитора за попереднім договором права на відшкодування збитків, заподіяних простроченням. Це право надається кредиторів у силу прямої вказівки закону.

Водночас, зміст зазначеної норми потребує більш детального аналізу стосовно поняття можливих збитків, зподіяних внаслідок зазначеного порушення попереднього договору. В цьому контексті О. Дніпров цілком слушно зазначає, що «всі можливі збитки можуть бути пов'язані лише з майновими втратами від неукладення основного договору. Однак якщо на момент визначення збитків основний договір ще не укладено, то він не може потягнути і будь-яких майнових наслідків. Попередній договір не має жодного юридичного значення з моменту укладення основного договора і, що важливіше, не є необхідним елементом юридичного складу, який призводить до виникнення зобов'язання з основного договору»².

¹ Брагинский М. И. Разноотраслевые договоры. — С. 235.

² Дніпров А. Что такое предварительный договор? — С. 21.

Тим не менш, доцільність механізму певного впливу на сторону, яка ухиляється від укладення основного договору, не викликає сумніву.

У зв'язку з цим необхідно зазначити, що в цілому до попередніх договорів, як і до інших цивільно-правових договорів, повинні застосовуватися норми, включені до Глави 52 ЦК «Поняття та умови договору договору». Водночас залишається відкритим питання про те, чи можна однозначно робити висновок, що ухилення сторони від укладення основного договору являє собою звичайне порушення зобов'язання (договору) і повинно тягнути за собою відшкодування заподіяних збитків. Іншими словами, закон (у даному випадку ЦК України) не дає чіткої відповіді на питання, чи створює попередній договір обов'язок боржника, що відшкодував збитки, виконати зобов'язання в натурі?

У літературі досить однотайно вирішується питання щодо права кредитора про спонукання до укладення основного договору, незважаючи на те, що ЦК України прямо не передбачає права кредитора звернутися з вимогою про спонукання сторони, яка відмовилася, до укладення договору. При цьому звертається увага на те, що правове підґрунтя захисту вимоги кредитора щодо виконання в натурі зобов'язання за попереднім договором прямо закріплено нормами ГК України (ч. 3 ст. 182), згідно з яким: «у випадку якщо сторона, яка уклала попередній договір, отримавши проект договору, ухиляється від укладення основного договору, інша сторона має право вимагати укладення такого договору в судовому порядку»¹.

Крім цього, в літературі обґрунтовано позицію, згідно з якою «смісл попереднього договору полягає в прийнятті обов'язку укласти в майбутньому договір»². При цьому зазначається, що «наявна в ЦК вказівка на те, що йдеться про укладення договору про передачу майна, виконання робіт або надання послуг, без будь-яких застережень підтверджує:

¹ Днепров А. Что такое предварительный договор? – С. 21.

² Брагинский М. И. Разноотраслевые договоры // Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. — 3-е изд., стереотип. — Кн. первая. Общие положения. — М.: Статут, 2001. — С. 231.

практично попередній договір може передувати укладенню основного договору будь-якого типу (виду)»¹.

Брагинський М. І. пояснює необхідність застосування конструкції попереднього договору потребами створення правового зв'язку між учасниками підписаного, але не укладеного реального договору, який не створює зобов'язання до вчинення реальної дії контрагента (державна реєстрація придбаної нерухомості, передача грошей в борг за договором позики тощо). Автор небезпідставно зазначає, що «якщо в усіх випадках, коли не може бути передано майно, виконані роботи або надані послуги «сьогодні», ніщо не перешкоджає укласти звичайний договір купівлі-продажу, підряду, оплатного надання послуг тощо, вказавши в ньому як строк виконання «завтра»².

З наведеного випливає, що у випадку ухилення однієї зі сторін від укладення основного договору заінтересована сторона відповідно до положень цивільного законодавства про наслідки порушення умов правочину (п. 5 ст. 429 і п. 4 ст. 445 ЦК РФ) має право звернутися до суду з вимогою про спонукання сторони, яка відмовилася, до укладення договору.

Наведену точку зору підтримують й інші автори. Зокрема, Є. В. Богданов також вважає, що у випадку відмови боржника (майбутнього орендодавця) від укладення договору оренди кредитор має право подати позов про спонукання укладення договору оренди, а не про розірвання правочину у зв'язку з порушенням його умов³.

При цьому зазначене правило пропонується тлумачити з урахуванням специфіки прав і обов'язків контрагентів основного договору. Зокрема, звертається увага на ту обставину, що «не можна надати стороні за попереднім договором більший обсяг прав, ніж той, що вона буде мати за основним договором»⁴.

Подібну точку зору висловлюють автори одного з науково-практичних коментарів ЦК України. Зокрема, зазначається, що «оскільки з попереднього договору виникає двостороннє зобов'язання сторін укласти основний договір,

¹ Брагинский М. И. Разноотраслевые договоры. — С. 231.

² Брагинский М. И. Знач. прая. — С. 231—232.

³ Богданов Е. В. Предпринимательские договоры. — С. 34.

⁴ Богданов Е. В. Знач. прая. — С. 34.

воно може бути реалізоване шляхом пред'явлення до сторони, яка ухиляється від укладення основного договору, вимоги (позову) до суду про спонукання її укласти договір»¹. При цьому В. В. Луць зазначає, що «крім того, сторона, яка ~~не~~обгрунтовано ухиляється від укладення договору, передбаченого попереднім договором, повинна відшкодувати другій стороні збитки, завдані простроченням, якщо інше не встановлено попереднім договором або актами цивільного законодавства (ч. 2 ст. 635 ЦК)»².

З наведеним вище підходом можна погодитися лише частково з наступних міркувань.

Дійсно, російське законодавство прямо передбачає поширення на попередній договір положень п. 4 ст. 445 ЦК РФ, згідно з якою заінтересована сторона має право звернутися до суду з вимогою про спонукання укласти договір. Однак зазначена норма поширюється лише на випадки, коли згідно з ЦК або іншими законами укладення договору є обов'язковим. Отже, подібне положення не поширюється на будь-які інші договори, укладення яких є добровільним. Таких договорів, як відомо, в цивільному праві більшість.

Крім того, є підстави вважати, що вимога про виконання зобов'язання з попереднього договору в натурі може бути пред'явлена лише у випадку, якщо попереднім договором прямо не передбачено умову, якою виключається вимога щодо спонукання укласти основний договір у майбутньому, та за наявності фактичної можливості такого виконання з боку боржника. В останньому випадку йдеться, зокрема, про ситуацію, що стосується укладення в майбутньому договору купівлі-продажу квартири, яка на момент настання строку виконання зобов'язання вже продана чи з інших підстав відсутня у володінні боржника (майбутнього продавця).

Проведений аналіз попереднього договору дає підстави для наступних висновків.

¹ Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар / За ред. розробників проекту Цивільного кодексу України. — К.: Істина. — С. 441.

² Луць В. В. Поняття та умови договору (Глава 52) // Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар / За ред. розробників проекту Цивільного кодексу України. — К.: Істина. — С. 441.

1. Попередній договір є договором, який виконує функцію першого етапу в досягненні цілей, які ставлять перед собою сторони договірною зобов'язання.

2. Особливість попереднього договору полягає в можливості встановлення додаткових обмежень його реального виконання основного договірною зобов'язання.

4.4. Дилерські договори

Поняття дилерських договорів як правової форми посередництва. Важливу роль у системі угод про розміщення та відносини економічного посередництва відіграють дилерські договори.

Відносини реалізації товарів та/або послуг юридично можуть опосередковуватися договорами між виробниками і споживачами або за участю економічних та юридичних посередників, що діють в інтересах виробників та/або споживачів «з метою створення умов для виникнення нових правовідносин у сфері підприємницького обороту»¹.

Угоди юридичного та економічного посередництва становлять окремі форми інституту посередництва, які не можна ототожнювати одна з одною, кожна з них має істотні відмінності, що, однак, не виключає одночасної присутності елементів цих форм в одному договорі.

Юридичними посередниками виступають особи, які лише сприяють двом учасникам відносин в укладенні договору, але не підписують його і не стають стороною підготовленої ними чи за їх участі угоди. Посередники з такими обмеженими повноваженнями, що діють, зазвичай, за окремими дорученнями, іменуються в українському праві агентами, комерційними посередниками, експедиторами, у німецькому праві — маклерами, в англо-американському — брокерами, у французькому — куртьє. Маклерські, або брокерські, операції з підготовки угоди зводяться до надання підприємцю комерційної інформації про стан ринку, до пошуку контрагента і ведення з ним переговорів з ураху-

¹ Сальнікова Г. І. Правове регулювання посередництва у підприємницькій діяльності: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Харків, 2003. — С. 7.

ванням отриманих специфікацій, прейскурантів та інших матеріалів, до складання проекту угоди і супроводження кожної зі сторін підписаного контрагентом оригіналу, доставці сторонам завантажувальних інструкцій і перевірці відвантажувальних інструкцій, внесенню платежів за товари тощо¹.

Способом комерційної реалізації товарів та/або послуг, що передбачає встановлення переважно тривалої юридико-економічної пов'язаності всіх учасників зазначених відносин, виступають угоди економічного посередництва, що становлять юридичні форми інституту посередництва.

У радянській цивілістиці посередництво розглядалося як в економічному, так і в юридичному значенні. З економічної точки зору, посередництвом є встановлення будь-якого економічного зв'язку між двома або більше особами за допомогою третьої². Тому з економічної точки зору будь-яка особа, що сприяє налагоджуванню економічних зв'язків, може визнаватися посередником, що не зовсім співпадає з розумінням цього терміна в юридичній науці.

У юридичному розумінні термін «посередництво» прийнято розглядати у вузькому та широкому значенні. У вузькому значенні — це діяльність посередника, яка спрямована лише на сприяння в укладенні угод на підставі умов, створених безпосередньо контрагентами (просто посередництво)³. Зазвичай фігура такого посередника розглядається в юридичній літературі шляхом його порівняльно-правового аналізу з представником, а їх розмежування здійснюється за юридичним критерієм. У цьому контексті В. А. Рясенцев цілком слушно звертає увагу, що якщо представник укладає правочини від імені особи, яку він представляє (тобто, виступає замість неї), то посередник не усуває особистої діяльності тих, кому він надає сприяння, а його безпосередня діяльність не призводить до встановлен-

¹ Свядосц Ю. Посреднические операции в иностранном гражданском праве // Внешняя торговля. — 1991. — № 7. — С. 37.

² Сулейманов М. К. Хозяйственно-посреднические договоры услуг // Советское государство и право. — 1973. — № 3. — С. 50.

³ Сохновский А. Ф. Правоотношения торгового посредничества между социалистическими организациями // Правоведение. — 1976. — № 5. — С. 57.

ня правовідносин між двома особами, які можуть виникнути лише завдяки самостійним діям контрагентів¹.

У літературі навіть обгрунтовано класифікацію різних видів фактичної співучасті, головна ознака якої, на думку Н. О. Нерсесова, полягає в тому, що посередник лише спрямовує волю принципала; тобто фактичний співучасник передає, висловлює чи виконує лише волю інших осіб, а не власну. Представник же укладає угоду самостійно, висловлюючи власну волю, що має юридичні наслідки для особи, яку він представляє².

Значного поширення отримала пропозиція А. Ф. Сохновського, який наполягав на виділенні окремого інституту торговельного посередництва, куди включав: просте посередництво, діяльність повіреного та комісіонера, а також посередництво в оптовій торгівлі при реалізації фондів³. При цьому сам інститут торговельного посередництва визначався як сукупність правових норм, що регулюють діяльність уповноважених державою соціалістичних організацій та підприємств з надання учасникам цивільного обороту оплатних послуг при укладанні та виконанні цивільно-правових угод у сфері торгівлі⁴.

На думку Т. Є. Магнутової, торговельне посередництво як правовий інститут необхідно розглядати як сукупність правових норм, що регулюють діяльність уповноважених організацій, спрямовану на надання інформаційно-комерційних послуг при укладанні чи виконанні торгових угод⁵.

¹ *Рясенцев В. А.* Происхождение представительства и его сущность в буржуазном гражданском праве // Вопросы гражданского права. Уч. записки ВЮЗИ. — Вып. 10. — М.: ВЮЗИ, 1960. — С. 77.

² *Нерсесов Н. О.* Избранные труды по представительству и ценным бумагам в гражданском праве. — М.: Статут, 2000. — С. 30—31 (Серия «Классика российской цивилистики»).

³ *Сохновский А. Ф.* Правоотношения торгового посредничества между социалистическими организациями // Правоведение. — 1976. — № 5. — С. 57.

⁴ *Сохновский А. Ф.* Правовое регулирование торгового посредничества в советском гражданском обороте: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук / СЮИ им. Д. И. Курского. — Саратов: 1972. — С. 7.

⁵ *Магнутова Т. Е.* Правовое регулирование отношений по торговому посредничеству: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук / МГУ им. М. В. Ломоносова. — М.: 1988. — С. 13.

У цьому розумінні традиційно економічне посередництво юридично опосередковується договорами прямого і непрямого представництва у вигляді доручення, комісії та агентства, згідно з якими посередники виступають або як представники підприємців перед суб'єктами обороту, з якими вони укладають угоди (договори про представництво виробників або торговців), або як суб'єкти угод з підприємцями щодо наступної реалізації клієнтурі належних довірителям товарів (комісія, агентські угоди, комерційне посередництво).

Посилення ринкової конкуренції і збільшення складнощів при реалізації товарів та послуг, пошук найбільш ефективних форм і методів їх проходження на ринку, зокрема створення виробниками і торговцями спільної системи збуту виробів, призвело до використання, поряд із традиційними формами, нетрадиційних договірних типів економічного посередництва в торговельних відносинах у вигляді договорів про розміщення товарів та/або послуг (дилерство, про надання виключних прав продажу і про виключний імпорт, про франшизу) і договору про факторинг¹, що ґрунтуються на конструкціях купівлі-продажу та про надання послуг і створюють господарсько-економічну пов'язаність учасників цивільного обороту.

Неназваними законом, «непоіменованими контрактами» стала їх особлива група, що отримала в літературі найменування «договорів про розміщення», в яких посередники (як ланцюги товаропровідної мережі) називаються розповсюджувачами, «дистриб'юторами», «дилерами».

Дилерські договори передбачають перехід права власності на товар до дилера (посередника), який зобов'язується провести його подальшу реалізацію безпосереднім споживачам на умовах, визначених дилерським договором.

Дилерські договори мають своїм предметом вчинення дій з купівлі-продажу і надання послуг із подальшого просування (реалізації) товару на ринку третім особам (роздрібним споживачам), що дає підстави визнавати такі правочини змішаними або непоіменованими договорами (*innominati*

¹ Свядосц Ю. Посреднические операции в иностранном гражданском праве. — С. 35.

contractus), тобто правочинами, які прямо не передбачені серед самостійних договірних типів і не суперечать закону.

Зазначені договори визнаються правомірними в силу диспозитивності цивільно-правового регулювання, передбаченого статтями 4 і 151 ЦК України, оскільки вони, хоч не передбачені законом угоди, але йому не суперечать.

Природа дилерського договору невідривно впливає з визнаного доктриною і формалізованим цивільним правом розуміння непоіменованих та змішаних договорів, виділення яких ґрунтується на відмінностях легального закріплення в цивільному законодавстві.

Вважається, що поіменовані договори — це такі договори, модель яких передбачена і закріплена законодавчо. При поіменованих договорах не існує потреби детально визначати зміст договору. Сторони мають дійти згоди за істотними умовами договору, а решта умов міститься у диспозитивних нормах нормативно-правового акта, що регулює даний вид договору, зокрема у Цивільному кодексі, спеціальних законах.

Непоіменовані договори — це такі договори, модель яких не передбачена у законі. В непоіменованих договорах сторони самі повинні формулювати зміст договору і зобов'язань, при цьому вони можуть використовувати аналогію закону і загальні норми зобов'язального права, а також аналогію права, виходячи з загальних начал і сенсу цивільного законодавства, вимог сумлінності, розумності та справедливості¹.

Правове визнання непоіменованих договорів І. Б. Новицький пояснював тим, що «в цивільному праві передбачені законом типи договорів не мають значення вичерпного переліку. Закон передбачає договори, які зустрічаються найчастіше, але сторони можуть укладати і не передбачені законом договори, аби їх зміст не суперечив загальним принципам положенням вітчизняного права»².

¹ Майданик Р. А. Теоретичні проблеми довірчих відносин в цивільному праві. — К.: НВЦ «Київський університет», 2003. — С. 8—9; Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. — Кн. первая: Общие положения. — М.: Статут, 1997. — С. 329.

² Новицкий И. Б., Луц Л. А. Общее учение об обязательстве. — М.: Госюриздат, 1954. — С. 100.

Необхідність правового захисту договорів, що знаходяться за межами створених законодавцем моделей, в цілому пов'язується з поширенням принципу *pacta sunt servanda* на всі взагалі несуперечні закону договори з розвитком концепції природного права XVII—XVIII ст.

У цьому контексті Й. О. Покровський дійшов цілком справедливого висновку про те, що «загальним лейтмотивом всіх сучасних законодавств можуть слугувати слова Германської комісії: необхідно надати громадянам право укладати договори незвичайного змісту»¹.

Наведений висновок обумовлений тим, що «будь-який акт, присвячений цивільним правовідносинам, у тому числі такий складний, як кодекс, відображає практики, які визначаються лише на момент його видання. Зазначена особливість законодавства найбільш відчутна стосовно договірних відносин, з урахуванням того, що останні створюються, хоч і в установлених законом рамках, але автономною волею самих учасників обороту»².

У результаті учасники обороту отримали можливість самостійно усувати негативні наслідки наведеного відставання закону від життя шляхом створення невідомих формалізованому праву договорів.

У зв'язку з визнанням непоіменованих договорів актуальним є питання про те, які норми і в якій послідовності повинні до них застосовуватися. З цього питання були висловлені три основні точки зору.

І. Б. Новицький вважав, що до непоіменованих договорів «застосовуються загальні положення зобов'язального права і, крім того, у відповідних випадках і у відповідних частинах можуть бути застосовані норми, встановлені законом для типових договорів. Нарешті, питання, які не можуть бути вирішені таким чином, повинні вирішуватися на підставі загальних засад радянського законодавства і загальної політики робітничо-селянського уряду»³. В резуль-

¹ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. права. — М.: Статут, 1998. — С. 106.

² Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. — 3-е изд., стереотип. — Кн. первая: Общие положения. — М.: Статут, 2001. — С. 404.

³ Новицкий И. Б., Луцк Л. А. Общее учение об обязательстве. — С. 103.

таті логічна формула така: загальні положення зобов'язального права — норма схожого поіменованого договору у відповідній частині — аналогія права.

Інший підхід обґрунтовано О. С. Іоффе, який виходив з того, що «при укладенні досить своєрідного договору, але який охоплюється одним із закріплених у законі договірних типів, він буде підпорядковуватися правилам про договір цього типу. І лише коли формується несуперечне закону, але й не передбачене ним договірне зобов'язання нового типу, його нормування повинно здійснюватися за аналогією закону або в належних випадках за аналогією права»¹. В цьому випадку пропонується інша логічна послідовність: або закон, присвячений даному типу, або аналогія. При цьому в запропонованій О. С. Іоффе конструкції не визначено місце, яке повинні займати загальні положення зобов'язального (договірного) права.

На відміну від двох попередніх концепцій, в літературі пропонується свого роду проміжний варіант між поіменованими і непоіменованими договорами.

М. І. Брагінський вбачає сутність непоіменованого договору в певній деталізації конкретного поіменованого договору. На його думку, «визнання спірного правовідношення договором непоіменованим означає, окрім іншого, відсутність врегулювання не лише виду, а й відповідного йому типу. До таких договорів, що не вкладаються в рамки певного не лише виду, а й типу, необхідно застосовувати, перш за все, норми схожого типу договорів, а за їх відсутності — норми, що регулюють цивільно-правові договори, тобто статті, які розміщені в розділі «Загальна частина зобов'язального права». Якщо аналогія закону і загальні норми зобов'язального (договірного) права не ведуть до бажаних результатів, виносити рішення, виходячи із загальних засад і смислу цивільного законодавства та вимог добросовісності, розумності і справедливості»².

Аналогічну позицію займали Б. С. Антимонов і К. А. Граве, які вважали, що у випадках, коли маються на увазі до-

¹ *Иоффе О. С.* Обязательственное право. — М., 1975. — С. 38.

² *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. — Кн. первая: Общие положения. — С. 409.

говори, що називаються ними «нетиповими», необхідно вести мову «про норми, що належать до типів договорів, які найближче підходять до розглядуваних нетипових договорів»¹.

У зв'язку з цим М. І. Брагинський цілком слушно зазначає, що «необхідною і достатньою умовою захисту таких договорів повинна слугувати їх відповідність загальній моделі цивільно-правового договору»².

При цьому в останньому випадку наведена схема підтверджує практичну значимість виділення договорів, що відповідають ознакам поіменованого договірної типу. Схема ґрунтується на тезі про те, що для поіменованих договорів загальні положення договірної (зобов'язального) права є вторинними: вони застосовуються лише після положень, які належать до відповідного типу договорів.

Водночас дилерський договір не може бути в цілому пояснений віднесенням його до непоіменованих договорів у силу притаманної дилерському договору більш складної структури предмета такого правочину.

Непоіменовані договори стосуються кола найбільш простих, унітарних договорів і не спроможні в повному обсязі охопити дилерські та інші договірні конструкції, які удосконалюються головним чином через їх ускладнення, поєднання в одному різновиді елементів різних договорів.

Все наведене обумовило потребу внесення певних винятків із наведених вище правил, що знайшло відображення в закріпленні в ч. 2 ст. 628 ЦК України нової класифікації договорів, з якої випливає поділ договорів на прості (унітарні) та змішані (складні).

Відповідно до зазначеної норми ЦК України сторони мають право укласти договір, в якому містяться елементи різних договорів (змішаний договір). У зазначеному випадку до відносин у змішаному договорі застосовуються у відповідних частинах положення актів цивільного законодавства про договори, елементи яких містяться у змішаному дого-

¹ Антимонов Б. С., Граве К. А. Договор трудового поручення // Ученые записки ВЮОН. — Вып. 2. — 1955. — С. 18.

² Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. — Кн. первая. Общие положения. — С. 405.

ворі, якщо інше не встановлено договором або не впливає із суті змішаного договору.

За змістом наведеної норми впливає, що спеціальні норми, які регулюють договори, що ввійшли в зазначене поєднання елементів різних договорів, мають пріоритет при колізії з нормами загальної частини зобов'язального права. Водночас такий варіант рішення може бути змінений угодою сторін або сутністю змішаного договору.

У доктрині проблематика змішаних договорів сприймається неоднозначно в частині співвідношення таких договорів з уже відомими договірними типами.

У цьому відношенні на особливу увагу заслуговує позиція О. Н. Садикова, який закликає проти тенденції зводити змішані договори «до вже відомого типу договору, в той час, як даний договір містить різноманітні елементи і повинен бути кваліфікований як змішаний»¹.

Водночас не можна повністю погодитися з позицією цього автора щодо порядку застосування норм, які регулюють відповідний змішаний договір. Позиція О. Н. Садикова полягає в тому, що, якщо зазначені договори «не можна віднести до числа вже передбачених правом договірних типів, наявний новий договір, який, поки він не отримав спеціальної регламентації, підпорядкований загальним положенням зобов'язального права, а за їх недостатності — правилам про найбільш близький договір (у порядку аналогії закону)»².

Основне обґрунтоване в літературі зауваження щодо зазначеної позиції в тому, що «мало не кожний укладений договір — змішаний, оскільки в ньому присутні елементи різних договорів або, більш точно, наявних у законі договірних еталонів»³. При цьому кількість можливих їх поєднань може бути надзвичайно різноманітною, що зазвичай ускладнює або взагалі робить неможливим законодавче присвоє-

¹ Садиков О. Н. Специфика регулирования некоторых гражданских правоотношений // Советское государство и право. — 1978. — № 3 // Цит. по: Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. — Знач. праця. — С. 412.

² Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. — Кн. первая. Общие положения. — С. 412.

³ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Знач. праця. — С. 413.

ня кожній комбінації свого найменування і розроблення для неї спеціальної норми.

Зазначена обставина не виключає існування досить усталених і поширених елементів відповідних типів договорів, які інколи дозволяють створити на цій основі особливий, конгломеративний договір¹. З наведеного випливає, що конгломеративний договір є різновидом змішаного і породжує два або кілька зобов'язань.

На думку В. А. Ойгензіхта, відзначальна особливість змішаних договорів полягає в тому, що в них «...все ...інтегрується в один комплексний об'єкт; у таких договорах виключається застосування норм, які належать не до даного інтегрованого договору»². Отже, інтегрований договір породжує одне зобов'язання. У зв'язку з цим для подібних договорів залишається вибір лише між основними положеннями зобов'язального (договірного) права та аналогією права.

Подібної позиції в цілому дотримується український цивіліст Р. А. Лідовець, який вважає змішаним «...договір, у якому поєднуються елементи договорів різних типів, що передбачені законодавством», і, разом з тим, вважає неприпустимим визнавати змішаним договір, який поєднує різні види одного типу договору»³. Цілком слушно звертається увага на актуальність питань щодо застосування комплексних договорів, відзначальна особливість яких у тому, що умови таких договорів базуються на нормах та інститутах різних галузей права (наприклад, цивільного і адміністративного, трудового тощо). Комплексний договір породжує два або більше різних зобов'язань, які мають єдину господарську мету і групуються навколо одного з них, який є основним. Заслуговує на увагу висновок згаданого автора стосовно недоцільності вживання згаданих термінів для його позначення, оскільки «змішаний договір може породжувати лише одне зобов'язання; має єдину кінцеву мету як ре-

¹ Ойгензіхт В. А. Нетипичные договорные отношения в гражданском праве. — Душанбе, 1984. — С. 5.

² Там само. — С. 7.

³ Лідовець Р. А. Змішані договори в цивільному праві України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Львів, 2005. — С. 8.

зультат органічного, взаємодоповнюючого поєднання різних елементів у такому договорі». Наведене виступило підґрунтям для висновку про те, що у разі недосягнення згоди щодо істотних умов, необхідних для одного з елементів змішаного договору, або визнання недійсним відповідного елементу змішаного договору, неукладеним або недійсним визнається змішаний договір в цілому¹.

Позицію, схожу з позицією В. А. Ойгензіхта, займали В. Л. Ісаченко і В. В. Ісаченко, які ґрунтували свій підхід на тезі про те, що взагалі до непоіменованих договорів не повинні застосовуватися схожі норми. Зокрема, зверталась увага на те, що не можуть поширюватися норми про поставку або підряду на відносини «про доставку електричної енергії, про користування телефоном, водопроводом, безпечною скринькою тощо». Єдиним способом заповнення прогалин вони назвали те, що іменується тепер аналогією права.

«При такому вирішенні цих спорів суд, безумовно, буде виявляти в певних межах творчість і вводити такі положення, які позитивному законодавству ще зовсім невідомі, але це буде не перевищення меж влади, а саме та діяльність, яка завжди слугувала для науки джерелом при пошуку даних, які характеризують нові явища соціального життя, а для законодавця — керівним мотивом у справі створення нових законоположень, які визначають знов народжені відносини між громадянами»².

Подібний наведеному підхід пов'язаний з ідеєю розширення «суддівського розсуду», що обумовлювалося критичним підходом окремих авторів з приводу доцільності виділення змішаних договорів як особливої конструкції. Зокрема, Л. С. Таль з великою обережністю підходив до ідеї використання щодо змішаних договорів норм, які належать до наявних у них договірних моделей. Розуміючи неможливість створення на кожний випадок нової законодавчої моделі, він пропонував вирішити проблему розширення права суду. Автор припускав, що таке розширення може

¹ *Лідовець Р. А.* Змішані договори в цивільному праві України. — С. 4, 8, 10.

² *Ісаченко В. В., Ісаченко В. Л.* Обязательства по договорам. — СПб., 1914. — С. 54—55.

потягнути за собою «судове свавілля», він вважав можливим його обмеження, якщо будуть дотримуватися трьох зазначених ним принципів: «законодотримання» (рос. «законопослушання»), «доцільності» і «найбільшої відповідності культурному ідеалу». Водночас у автора, як він визнавав, не було великої впевненості в дійсності цих принципів, зокрема в тому, що за їх допомогою можна захиститися від того, що він сам називав «судовою анархією»¹.

Однак наведений підхід більшістю вчених був сприйнятий досить критично. Зокрема, окремі автори критично оцінюють наведений вище підхід як такий, що переоцінює роль аналогії права. Зокрема, М. І. Брагінський зазначав, що в усякому разі для післяреволюційного законодавства вона (тобто аналогія права) була скоріше принципом, ніж реальним способом заповнення прогалини в законодавстві².

На нашу думку, запропоноване вище занадто широке трактування можливого застосування аналогії права щодо змішаних договорів є недостатньо обґрунтованим, оскільки в дійсності практика йде шляхом не відмови, а застосування норм щодо відповідних поіменованих договірних типів, які належать до кожного з елементів змішаного договору.

У зв'язку з цим запропонований ЦК України підхід видається найбільш оптимальним, що надає можливість, за умови стабільності змішаної моделі, трансформуватися в наступному в самостійний договірний тип (вид).

Доцільність подібного розуміння пріоритетного застосування норм відповідних поіменованих договірних типів підтверджується на прикладі дилерського договору, який відносно недавно сформувався в самих загальних рисах у вітчизняній правозастосовчій практиці.

У цьому визнаному вітчизняною практикою і багатьма іноземними законодавствами договорі все зводиться до набору елементів купівлі-продажу і надання послуг (зокрема, інформаційних, маркетингових тощо).

¹ Таль Л. С. Положительное право и неурегулированные договоры // Юридические записки Демидовского юридического лица. — Вып. III (XIII). Ярославль, 1912. — С. 434.

² Брагинский М. И., Витрянский В. В. Знач. прая. — С. 415.

Особливість дилерського договору полягає в тому, що купівля-продаж здійснюється не під умову (відкладальну чи скасувальну), а під зустрічне зобов'язання дилера (покупця) здійснювати послуги з просування такого чи аналогічних товарів на відповідному ринку. Потреба у формуванні цього нового для нашого права типу договору зумовлена ускладненням умов конкуренції та вимог до реалізації та обслуговування окремих груп товарів. Виробники та оптові продавці, зацікавлені в стабільних продажах товарів, йдуть на надання пільгової умов покупцю (знижки продажної ціни, безоплатне надання послуг післягарантійного обслуговування тощо) під зобов'язання оптових покупців (дилерів) надавати рекламні, інформаційні, сервісні (ремонтні, консультаційні тощо) послуги з просування поставлених і майбутніх до продажу товарів.

Наведені особливості конструкції дилерського договору як змішаного правочину дають можливість сторонам договірних відносин найбільш адекватно закріпити свої взаємні зобов'язки. У своєму поєднанні всі ці елементи створюють настільки самостійну комбінацію, що за дилерським договором поступово визнається особливе місце серед договорів.

За своїм характером дилерський договір належить до підприємницьких (неспоживчих) правочинів. Продавець або обидві сторони такого договору завжди є суб'єктами підприємницької діяльності, що зумовлено метою подальшої реалізації проданого дилеру товару безпосереднім споживачем.

Розуміння дилерського договору як змішаного підприємницького (неспоживчого) договору з елементами купівлі-продажу і угоди про надання послуг, обумовлює необхідність застосування до відносин за цим договором у відповідних частинах положень актів цивільного законодавства про договори купівлю-продаж і надання послуг.

Дилерський договір (англ. dealer — «торговець», «агент») є довгостроковою угодою, згідно з якою одна сторона — дилер, зазвичай, суб'єкт підприємницької діяльності — підтримує господарський зв'язок із другою стороною — генеральним постачальником (виробником, імпортером) на підставі довгострокового договору та реалізує за погодженими цінами на певній частині території країни

товари (послуги), надані виробником (імпортером) із відповідними знижками, але за умови досягнення певного обсягу товарообороту¹.

Дилерські (дистриб'юторські) договори як договори економічного посередництва спрямовані на сприяння комерційній реалізації товарів та/або послуг між підприємцями-продуцентами і оптовими торговцями або між оптовими і роздрібними торговцями, а також між зазначеними підприємцями та індивідуальними покупцями товарів та/або послуг.

Серцевиною домовленостей дилерських договорів є умови про передачу продавцем (постачальником, виробником) товару у власність дилера (розповсюджувача, дистриб'ютора) із зобов'язанням наступного його перепродажу своїй клієнтурі через власну роздрібну торгову мережу. Дилер, не будучи формально-юридично представником, економічно пов'язує своїми операціями виробника чи оптового торговця з ринком, виконує з економічної точки зору посередницькі функції. Придбані за правилами купівлі-продажу товари дилер реалізує від свого імені на ринку, діє при цьому за власний рахунок і на свій «страх і ризик», тобто приймає на себе всі комерційні ризики з просування товару. Юридичні та економічні наслідки перепродажу повністю покладаються на такого посередника (тобто дилера), а його прибуток визначається різницею покупної і перепродажної ціни товару, а також зміною курсів валют та цінних паперів.

За домовленістю сторін дилер отримує комплекс прав та обов'язків щодо представництва інтересів продавця (постачальника) на певній території, пошуку клієнтів (роздрібних покупців), продажу товарів у погодженому обсязі, маркетингової, рекламної та торгово-посередницької діяльності на зазначеній території з метою розширення ринків збуту товарів виробника (продавця) тощо.

У договорі зазначається, які саме товари будуть надаватися для подальшої реалізації, їх загальний обсяг, загальна і остаточна сума договору, строк його дії. Договором визначається квота поставок за обсягом та асортиментом, яку

¹ Подзе С. Як укласти договір з дилером // Бухгалтерія. — 2001. — № 35/2 (450). — С. 29.

завичай можливо розрахувати завдяки маркетинговому дослідженню ринку регіону діяльності дилера. При досягненні визначеного обсягу продаж (за місяць, квартал тощо) постачальник надає дилеру цінкові знижки, розмір яких встановлюється у реєстрі базових (рекомендованих) цін. У разі неможливості розрахувати таку квоту такі договори передбачають надання дилеру переважного права отримати пільги щодо асортименту, форми розрахунків та першочерговості поставок. Із закінченням певного періоду співробітництва за такою схемою договір може передбачати право дилера звернутися про надання йому виключних прав.

Дилерським договором передбачається рекомендоване значення відпускнуої ціни. Рекомендована ціна не означає заборону дилеру продавати продукцію в регіоні за іншою, вищою ціною. Однак дилера попереджують, що в даному випадку продавець (постачальник) залишає за собою право поставити товар у даний регіон кінцевому споживачеві саме за ціною, що рекомендується.

Договір може передбачати право продавця на підвищення передбачених договором цін або зміну асортименту та кількості товару, що підлягає поставці, якщо дилер неналежаючим чином виконує обов'язки зі сплати товару за дилерським договором.

Дилерським договором визначаються умови отримання дилером товару для подальшої реалізації, момент виникнення права власності на товар, порядок оформлення замовлення та умови поставки товару, прийомки, умови формування цін на товар та умови оплати, підстави та порядок зворотного повернення товару в разі виявлення його недоліків та в інших випадках, визначених договором.

Право власності на придбане майно виникає у дилера з моменту його передачі, якщо договором не передбачено інше (на умовах відстрочки, розстрочки тощо). Договором може передбачатися право дилера на зворотне повернення товару, який відчужувач зобов'язаний прийняти у разі його непродажу роздрібним покупцям протягом визначеного договором строку шляхом зворотної купівлі-продажу за артикулами та цінами первинної поставки.

Розрахунки за зустрічну поставку товару проводяться шляхом заліку взаємної однорідної заборгованості, якщо

інші форми розрахунків не передбачено договором. Дилерський договір може передбачати право відчужувача (постачальника) відізвати і зняти залишок наявного у дилера товару або вимагати зміни ціни товару, нереалізованого кінцевим (роздрібним) покупцям протягом визначеного строку з моменту поставки дилеру.

Договором може передбачатися оплата поставленого товару (чергової партії) дилером протягом визначеного строку з моменту поставки, на умовах попередньої оплати або «у міру реалізації товару». Відстрочка або розстрочка платежу може надаватися лише з письмової згоди постачальника за умови дотримання дилером строків розрахунків за раніше поставлені партії товару і «ліміту боргу», під яким розглядається максимально можлива загальна сума заборгованості за товар, поставлений з відстрочкою платежу, що діє протягом визначеного строку (квартал тощо) і визначається з урахуванням товарообороту за попередній аналогічний період, та інших обставин, визначених договором.

Зміст умови «у міру реалізації товару» становить обов'язок дилера продати товар у розумний строк, що визначається з урахуванням нормально-необхідного строку реалізації «розумним» дилером за аналогічних або максимально подібних умов, і сплатити продавцю ціну товару негайно після його продажу роздрібному покупцю. У цьому випадку продавець має право пред'явити вимогу про оплату товару лише у разі пропуску розумного строку внаслідок недобросовісності дилера, а не у будь-який час після передачі товару дилеру. Тягар доказування пропуску розумного строку реалізації внаслідок недобросовісності дилера покладається на продавця шляхом доведення порушення умов договору щодо конкретно визначених строків або надання доказів недотримання розумності звичайних строків за подібних умов, з урахуванням об'єктивного критерію застосування правила «розумної людини» (чи «добраго господаря»), або суб'єктивного критерію оцінки розумності дій дилера щодо унікальних товарів (послуг) дилера, в інших випадках неможливості порівняння оцінюваних дій з їх абстрактним «зразком».

Для цього надаються конкурентні матеріали з практики строків реалізації інших дилерів або виявляються недоліки

в організації реалізації товару стосовно реклами, пошуку роздрібних покупців, розміру ціни тощо.

Зазвичай дилерський договір містить також положення про порядок використання фірмового найменування постачальника, проведення реклами і маркетингу, відповідальність сторін тощо¹.

Підсумовуючи проведений аналіз, можна зробити наступні висновки щодо поняття дилерського договору.

Під дилерським договором необхідно розуміти правочин, згідно з яким одна сторона (постачальник) здійснює поставку товару (послуг) іншій стороні (дилеру) із зобов'язанням наступного перепродажу безпосереднім (роздрібним) споживачам на визначеній території за погодженими цінами, а також надання послуг, пов'язаних із розміщенням товарів на умовах цього договору.

Дилерський договір є правовою формою регулювання відносин економічного посередництва. За своєю економічною природою дилерський договір створює господарсько-економічну пов'язаність учасників відносин економічного посередництва про розміщення товарів.

Правова природа дилерського договору. У зв'язку з неоднозначною кваліфікацією дилерських договорів судовою практикою практичної актуальності набули питання правової природи зазначених правочинів.

Дилерські договори в судовій практиці кваліфікуються неоднозначно і визнаються в одних випадках комісією, в інших — купівлею-продажем.

Укладення дилерських договорів професійними учасниками певного товарного ринку, які мають статус суб'єктів підприємницької діяльності, й спрямованість таких правочинів на оплатну передачу майна у власність іншої особи (дилера) свідчить про схожість дилерського договору з договором купівлі-продажу і, перш за все, з його різновидом — договором поставки.

Характерними рисами договору купівлі-продажу виступає передача продавцем речі (товару) у власність іншої сторони (покупця) під зобов'язання останнього прийняти цей товар і сплату за нього визначеної грошової суми (ст. 655 ЦК України).

¹ Подзе С. Як укласти договір з дилером // Бухгалтерія. — 2001. — № 35/2 (450). — С. 29—30.

Важлива особливість купівлі-продажу полягає в його спрямованості на безповоротне відчуження продавцем майна і перехід його у власність, що свідчить про здійснення відчуження на визначено-еквівалентній основі.

Водночас створене правозастосовчою практикою надзвичайно широке коло різновидів дилерських договорів не завжди дає можливість провести чітку кваліфікацію дилерських зобов'язань лише шляхом проекції на них загальних положень про купівлю-продаж.

Дилерство виникло як результат спеціалізації і залучення до розповсюдження певних товарів професійно підготовлених учасників відносин купівлі-продажу, обов'язковою умовою яких є неспівпадіння дати укладення договору з поставкою товару. У зв'язку з цим дилерство має більше схожих рис не лише в купівлю-продажем, а саме з договором поставки.

Відповідно до ч. 1 ст. 712 ЦК України за договором поставки продавець (постачальник), який здійснює підприємницьку діяльність, зобов'язується передати у встановлений строк товар у власність покупця для використання у підприємницькій діяльності або в інших цілях, не пов'язаних з особистим, сімейним, домашнім використанням, а покупець зобов'язується прийняти товар і сплатити за нього певну грошову суму.

Договір поставки є двостороннім, взаємним, консенсуальним та відплатним правочином. Характерною рисою цього договору є те, що строк поставки не повинен збігатися з моментом укладення товару. Це означає, що момент укладення договору поставки не збігається з моментом його виконання, що є обов'язковою ознакою цього договору.

Доктрина вітчизняного права виділяє й інші особливі ознаки поставки, до яких, зокрема, відносять: 1) можливість виступити постачальником особи, яка не є власником речі, що передається при поставці; 2) предметом поставки можуть бути як «родові», так і індивідуально-визначені речі; 3) поставка, на відміну від купівлі-продажу, означає не лише продаж, а й доставку речі постачальником за його рахунок; 4) поставка характеризується умовою певної пе-

ріодичності виконання, яка відсутня в договорі купівлі-продажу¹.

У теорії права договір поставки розглядається як один із видів договорів купівлі-продажу, в силу якого продавець зобов'язується за грошову винагороду доставити покупцеві певну кількість замінимих речей у визначений договором строк. При цьому підкреслюється, що умова договорів поставки і купівлі-продажу про порядок виконання і наслідки невиконання є однаковими².

Аналіз закріпленого вітчизняним цивільним законодавством поняття договору поставки свідчить про те, що в цілому, з урахуванням певних застережень, положення про поставку припустимо поширювати на відносини стосовно дилерського договору.

Такий висновок зумовлений, зокрема, тим, що дилерський договір, як і договір поставки, передбачає оплатну передачу товару у власність дилера, є консенсуальним, оплатним, двостороннім правочином, момент укладення якого не співпадає з моментом його виконання (поставки товару).

З іншого боку, дилерський договір не в усіх випадках відповідає поняттю договору поставки. Так, поставка товару за дилерським договором може передбачати на диспозитивних засадах як продаж, так і доставку речі постачальником за його рахунок. Зазвичай, предметом дилерського договору є індивідуально-визначені речі, а не речі, що визначаються за родом, кількістю, якістю.

Крім того, дилерському договору притаманні елементи й інших договірних зобов'язань, що не дає можливості кваліфікувати його виключно договором поставки.

Наявність у предметі дилерського договору обов'язку дилера в подальшому провести відчуження товару третім особам на визначених цим договором умовах, що передбачають надання послуг (маркетингових, консультаційних,

¹ Див.: *Мейер Д. И.* Русское гражданское право. — Ч. 2. — 1997. — С. 238—242; *Мартынов Б. С.* Купля-продажа и поставка // Вестник советской юстиции. — 19247 — № 21. — С. 17 та інші.

² Див.: *Герценберг В. Э., Перетерский И. С.* Обязательственное право. Гражданское уложение: Проект. — Кн. V. — СПб., 1914; *Шевченко Л. И.* Регулирование отношений поставки: теория и практика. — СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2002. — С. 12—13.

рекламних, післяпродажного сервісу тощо) свідчить про змішаний характер дилерського договору.

Наведене дає підставу для висновку про те, що *правова природа дилерського договору* полягає у визнанні його змішаним фідучіарно-ризиковим договором продажу-послуги з оплатного відчуження майна, обтяженого фідучіарним зобов'язанням його подальшої реалізації третім особам. За своїм змістом дилерський договір виходить за рамки звичайної купівлі-продажу мінового типу, оскільки така угода закріплює комплекс інших прав та обов'язків сторін, що надає їй характеру договору особливого роду¹.

Зміст його становлять договір купівлі-продажу з елементами агентства, відповідального зберігання, інших послуг фідучіарного характеру, пов'язаних з подальшою реалізацією придбаного товару. Фідучіарність дилерського договору передбачає вчинення зустрічного надання дилера на засадах передбачуваних, а не прямо визначених зобов'язань, виконання яких ґрунтується на дотриманні оціночного за характером умов «розумного строку», оплати товару «у міру його реалізації», зміст яких визначається звичаями ділового обороту, традиціями розумної і добросовісної поведінки учасників відносин у сфері торгової діяльності.

Сутність дилерського договору полягає в придбанні дилером у власність товарів у продавця (виробника, постачальника), юридично обтяженого фідучіарним зобов'язанням його наступного перепродажу на користь третіх осіб — клієнтури дилера. Дилер набуває цільового права власності, оскільки правовий титул на товар юридично пов'язаний і обмежений метою дилерської угоди.

Певною мірою титул дилера схожий з правом номінального власника, сутність якого полягає в тому, що зазначеного титулу дилер набуває «...за розпорядженням продавця (реального власника), з умовою його цільового використання і подальшої передачі визначеним третім особам за

¹ Див.: R. Graupner. Solo distributorship agreements — a Comparative View (in: The international and comparative law quarterly. L., 1969, # 18, p. 885, 888); M. Benedict. Le contrat de concession de vente exclusive — Lausanne, 1975 // Цит. по: Свядосц Ю. Посредническіе операції в иностранном гражданском праве // Внешняя торговля. — 1991. — № 7. — С. 37.

попередньо встановленими ціною та іншими умовами, визначеними угодою або законом»¹ з метою отримання майнової вигоди чи іншого визначеного результату на користь відчужувача чи інших вигодонабувачів.

Дилерський договір не може бути визнаний удаваною угодою, що приховує договір комісії, в силу спрямованості дійсної волі сторін на передачу товару у власність дилера за визначену грошову суму, що є визначальним для кваліфікації договірного типу купівлею-продажем за змістом ст. 655 ЦК України.

Укладений сторонами дилерський договір спрямований на виникнення у покупця (дилера) права власності на предмет договору і його подальшу реалізацію третім особам на визначених договором умовах, що суперечить поняттю удаваного правочину (ст. 235 ЦК України), припустимо в силу принципу свободи договору, відповідає вимогам закону про дійсність правочину, що підтверджує правомірний платно-відчужувальний, а не удаваний характер дилерського договору.

Зазначена угода може бути кваліфікована як змішаний договір продажу-послуги, за яким після переходу до дилера права власності на переданий йому продавцем товар дилер є виконавцем послуги у вигляді діяльності з реалізації придбаного товару на визначених договором умовах, на який поширюються положення ЦК України про надання послуг у частині, що не суперечать нормам про купівлю-продаж.

Актуальним є питання правомірності обмеження здійснення права власності за дилерськими угодами в контексті передбаченого ч. 7 ст. 319 і ч. 2 ст. 321 ЦК України положення про припустимість обмежень його здійснення лише у випадках і в порядку, встановлених законом.

Обмеження здійснення права власності необхідно відмежовувати від обмеження права власності. Право власності — найширше, найповніше право на річ, обмеження якого можливі лише іззовні, що встановлюються законом. Здійснення права власності, крім закону, може бути обмежене таки-

¹ Майданик Р. А. Проблеми регулювання довірчих відносин у цивільному праві: Дис. ... докт. юрид. наук. — К., 2003. — С. 190—191.

ми правами та законними інтересами третіх осіб, які існують поза відносними правовідносинами з власником і тягнуть виникнення речового права — сервітуту, права господарського відання тощо чи пов'язані з іншими абсолютними правами — недоторканності особистості, житла, власності тощо.

Тому розпорядчий акт власника, що не суперечить закону, не може бути визнаний недійсним лише в силу раніше виниклого зобов'язання про ту саму річ. У зв'язку з цим Г. Ф. Шершеневич слушно зазначає, що «продавець зберігає право на продану річ до передачі, й тому може знову продати її і тим самим позбавити покупця придбаного права, якому залишиться лише право вимагати винагороди»¹. Якщо після передачі майна, але до реєстрації переходу права власності продавець розпорядиться річчю, він несе (договірну) відповідальність за невиконання нового договору про відчуження. Перевага старому договору надається в силу не речової природи, а забезпечення володіння, наявного у покупця².

З наведеного випливає право дилера розпорядитися придбаним у продавця товаром іншим чином, ніж передбачено умовами дилерського договору. В подібному випадку права кредиторів (постачальника і третьої особи — покупця) підкоряються старшинству, але володілець матиме перевагу перед усіма. Заподіяні кредитору-постачальнику внаслідок невиконання договору збитки відшкодовуються боржником-дилером.

Обмеження здійснення права власності дилера не виникає, оскільки можливість обмеження речового права будь-яким зобов'язанням виключена в принципі. Обмеження здійснення права власності дилера ґрунтуються на зобов'язальному правовідношенні й не суперечать передбаченому ст. 316 ЦК України поняттю права власності як права особи, яке вона здійснює за своєю волею, незалежно від волі інших осіб. Хоч би як були обмежені окремі здатності власника, панування його над річчю не зникає. Після усунення обмежень право власності відновлюється в повному

¹ Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. — М., 1995. — С. 183.

² Скловский К. И. О возможности ограничения права собственности договором // Хозяйство и право. — 1999. — № 5. — С. 111.

обсязі¹. Лише поняття власності не приймає ідеї обмеження. Законом або за волею самого власника в силу прийнятих на себе договірних зобов'язань можуть бути обмежені окремі правомочності «шляхом ускладнення їх здійснення або тимчасової неможливості їх реалізації»².

Будь-яка власність, у тому числі й дилера, є вільною лише від обмежень, які є неприпустимими в силу положень актів публічної влади, а також у разі, якщо їх неприпустимість для сторін впливає з їхнього змісту або суті відносин між сторонами правочину. Інші обмеження в здійсненні права, які бере на себе власник (у даному разі, дилер), є правомірними.

Предметом законодавчого регулювання, нав'язаної зверху регламентації, можуть бути далеко не всі правовідносини, до яких належать і відносини щодо обмеження здійснення права власності за волевиявленням самого власника. Відносини дилерства виникли немовби самі по собі й доволіно, породжені самим цивільним оборотом, безпосередньо учасниками цивільного обороту, на практиці довели свою ефективність і мають застосовуватися їх учасниками на основі правового звичаю як найбільш адекватної форми права у зазначеній сфері цивільних відносин, що не допускає будь-якого волюнтаризму, оскільки «останній не лише неприпустимий, він просто не має смислу»³.

У зазначеній сфері цивільних відносин лише звичай, з притаманною йому витребуваністю цивільним оборотом та ефективністю в застосуванні, має замінити закон, оскільки взагалі більше ускладнень, урізноманітнень і постійних змін форм зазначених відносин посередництва неможливо врегулювати правовими нормами, з притаманною закону властивістю усувати невизначеність і передбачуваність. Звичай в цій сфері відіграють первинну роль, а закони ви-

¹ *Венедиктов А. В.* Государственная социалистическая собственность. — М., Л., 1948. — С. 28, 39.

² *Михайленко О. О.* Речово-правові обмеження права приватної власності за стародавнім римським та сучасним цивільним правом України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Харків, 2003. — С. 5.

³ *Поротиков А. И.* Проблема применения правового обычая в арбитражном процессе // Защита прав граждан и юридических лиц в российском и зарубежном праве (проблемы теории и практики): Сб. статей и тезисов аспирантов и молодых ученых. — М.: МЗ «Пресс», 2002. — С. 6.

конують вторинну, позаштатну функцію. Тому зазначені звичаї ділового обороту можуть встановлювати правила, відмінні як від диспозитивних, так і від імперативних положень норм закону, оскільки нормою має розумітися будь-яка правова норма (а не лише закріплена в акті законодавства). Правило звичаю має прирівнюватися за своєю юридичною силою до норми закону, що, зокрема, визнано доктриною цивільного права Франції та Німеччини¹ і має бути відображено в ЦК України шляхом закріплення в ч. 2 ст. 7 положення про застосування у цивільних відносинах звича, що суперечить актам цивільного законодавства.

Обмеження здійснення права власності дилера, незважаючи на їх виникнення не за прямою вказівкою закону, а на підставі волевиявлення сторін договору, мають визнаватися правомірними в силу «самозаконності» волі власника, оскільки така воля відповідає і ґрунтується на звичаях ділового обороту.

Дилерська угода регулює відносини, що врегульовані не актами цивільного законодавства, а звичаєм ділового обороту у сфері економічного посередництва, обмеження здійснення права власності дилера впливає із сутності зобов'язань реалізації товарів дилером, використання яких має усталений характер, підтримується судовою та іншою правозастосовчою практикою, а отже, свідчить про те, що зазначений правовий звичай не суперечить актам цивільного законодавства.

Наведене дає підстави для наступних висновків щодо правової природи дилерського договору.

1. Дилерський договір є змішаним фідучіарно-ризиковим договором продажу-послуги з оплатного відчуження майна, обтяженого фідучіарним зобов'язанням його подальшої реалізації третім особам.

2. Правова сутність дилерського договору полягає в придбанні дилером у власність товарів у продавця (виробника, постачальника), юридично обтяженого фідучіарним зобов'язанням його наступного перепродажу на користь

¹ *Поротиков А. И.* Проблема применения правового обычая в арбитражном процессе // Защита прав граждан и юридических лиц в российском и зарубежном праве (проблемы теории и практики): Сб. статей и тезисов аспирантов и молодых ученых. — М.: МЗ «Пресс», 2002. — С. 6.

третіх осіб — клієнтури дилера. Дилер набуває цільового права власності, оскільки правовий титул на товар юридично пов'язаний і обмежений метою дилерської угоди.

3. Зміст дилерського договору як змішаного договору продажу-послуги полягає в переході до дилера права власності на товар, переданий продавцем дилеру, який є виконавцем послуги у вигляді діяльності з реалізації придбаного товару на визначених договором умовах.

На відносини з дилерського договору поширюються положення ЦК України про надання послуг у частині, що не суперечать нормам про купівлю-продаж.

4.5. Договір факторингу

Сучасний цивільний оборот послуг характеризується спеціалізацією їх надання з боку професійних послугонадавачів із метою найповнішого задоволення інтересів отримувачів таких послуг.

Одним із видів договорів про послуги, що надаються професійними послугонадавачами є договір факторингу, покликаний врегулювати відносини економічного посередництва, науково обгрунтований аналіз яких має важливе теоретичне і практичне значення з урахуванням неоднозначних підходів щодо поняття і сутності зазначеного договірного типу. Наведене свідчить про актуальність наукових досліджень з цієї проблематики.

Глибоких наукових досліджень з цих питань бракує. Низка питань з цієї проблеми розглядалася на рівні наукових статей вчених-цивілістів, однак, переважно, в контексті загально-теоретичної характеристики передбачених ЦК правових інститутів (І. А. Безклубий, В. А. Белов тощо)¹. До цього часу недостатньо уваги приділяється важливим питанням правового регулювання договору факторингу стосовно його змісту та природи, що пояснює необхідність сис-

¹ Див.: *Безклубий І. А.* Банківські правочини: цивільно-правові проблеми: Монографія. — К.: Вид.-поліграф. центр «Київський університет», 2005. — 378 с.; *Безклубий І. А.* До питання про юридичну природу договору факторингу // Підприємництво, господарство і право. — 2005. — № 3; *Белов В. А.* Факторинг (юридическая природа и соотношение со смежными сделками) // Бизнес и банки. — 1998. — № 30.

темного підходу і осмислення зазначеної правової категорії у вітчизняному договірному праві.

Наведеним обумовлена мета наукових досліджень із цих питань, яка полягає у вивченні поняття, правової природи і виконання договору факторингу.

Значне поширення з початку 60-х років ХХ ст. на ринку США та інших країн отримали спеціалізовані організації з надання послуг у сфері розрахункових та інших комерційних операцій — фірми з факторингу, юридичною підставою якого є договір факторингу.

Віднесення договору факторингу до групи правочинів дилерського типу найбільш виразно проявилось в еволюції формування факторингових операцій.

Виникнення факторингових операцій історично пов'язують із створенням у Великобританії у ХVІІ ст. фінансової установи — Будинку факторів (House of Factors). У той час великі європейські торгові дома мали свої представництва в колонії-факторії, що очолювали фактори (торгові посередники зі збуту товарів на незнайомих виробникам ринках). На фактора, який знав товарний ринок, платоспроможність покупців, закони і торговельні порядки певної країни, покладалося завдання пошуку надійних покупців, збереження і збуту товару, а також наступного інкасування торговельного виторгу.

Подальше активне використання факторингових операцій спостерігається наприкінці ХІХ ст. у США. В цей період фактори виступали агентами («агенти-делькредере»)¹ європейських постачальників продукції (одягу та текстилю), які згодом почали виконувати й функцію фінансування постачальника².

У вітчизняній правозастосовчій практиці договір факторингу тривалий час (до кінця 90-х років ХХ ст.) використовувався переважно як цесія, оскільки відступалася лише

¹ Del credere agent вважається торговий агент, який гарантує оплату всіх товарів, що він продає від імені свого принципала, якщо його клієнт виявиться неплатоспроможним. Як компенсацію ризику неплатежу він стягує додаткову комісійну винагороду.

² Безклубий І. А. До питання про юридичну природу договору факторингу // Підприємництво, господарство і право. — 2005. — № 3. — С. 90.

прострочена дебіторська заборгованість. Факторингове обслуговування носило характер рахових угод без забезпечення комплексу страхових, інформаційних, облікових, консалтингових та інших послуг, що в цілому відповідало тогочасним уявленням про факторинг і загально-світовим стандартам вчинення факторингових операцій.

На той період найбільш адекватне і близьке до економічної природи факторингових відносин поняття цієї конструкції знайшло відображення в постанові НБУ «Про заходи щодо реалізації Програми реформування бухгалтерського обліку і звітності Національного банку України і комерційних банків України» від 21.11.1997 р. № 388, в якій зазначається, що факторинг - це різновид торговельно-комісійної опеації, яка поєднується з кредитуванням оборотного капіталу клієнта. Водночас подібне формулювання має переважно економічний підтекст і не містить достатньо чітких ознак факторингу як юридичної конструкції, що не давало можливості банківським установам комплексно, на належному професійному рівні надавати зазначений вид фінансових послуг дилерського типу.

У сучасний період цивільно-правове регулювання факторингових операцій в Україні здійснюється главою 73 «Факторинг» ЦК України, іншими актами цивільного законодавства, які складені з урахуванням норм міжнародно-правового документа з питань факторингу — Конвенції УНІДРУА про міжнародний факторинг (Оттава, 28.05.1988 р.).

Конвенція про міжнародний факторинг була розроблена Міжнародним інститутом з уніфікації приватного права (УНІДРУА) і прийнята на дипломатичній конференції в Оттаві в травні 1988 р. як конвенція Організації Об'єднаних Націй. На 7 січня 2002 р. конвенція підписана 14 державами і ратифікована Угорщиною, Італією, Латвією, Нігерією, ФРН та Францією¹.

Положення зазначеної Конвенції поки не ратифіковані Україною, однак враховувалися при розробці ЦК України. Відповідно, мала місце непряма уніфікація правил про міжнародний факторинг.

¹ Вилкова Н. Г. Договорное право в международном обороте. — М.: Статут, 2002. — С. 193.

У статті 1 Конвенції зазначається, що для цілей даної конвенції договір факторингу означає договір, який укладається однією стороною — постачальником з другою стороною — фактором про те, що продавець (постачальник) передає фактору вимоги, які впливають із договорів міжнародної купівлі-продажу товарів, укладених між постачальником та його боржниками із зазначених договорів.

Згідно з положеннями Конвенції, вона не поширюється на передачу вимог за договорами, згідно з якими товари набуваються для особистих, сімейних або інших побутових потреб. Іншими словами, Конвенція має на увазі лише договори, які укладаються в підприємницьких цілях.

Конвенція (ст. 1) встановлює імперативні правила щодо предмета договору міжнародного факторингу. Зазначений договір повинен включати, як мінімум, дві операції з таких, як:

а) фінансування постачальника, включаючи надання йому авансів і кредитів;

б) бухгалтерська обробка рахунків постачальника, які належать до грошових вимог, що стали предметом поступки вимоги;

в) отримання виручки з боржників;

г) захист інтересів постачальника у зв'язку з неспроможністю його боржників.

Характерно те, що Конвенція не містить вимог, щоб конкретна грошова вимога, яка є предметом договору, обов'язково вказувалась у договорі; достатньо, щоб грошова виручка за переданими вимогами могла бути певним чином ідентифікована як така, що належить до даного договору факторингу на момент укладення договору або на момент, коли вона фактично виникає¹.

Значення зазначеної Конвенції для вітчизняного законодавства полягають в тому, що її положення майже в повному обсязі були враховані при підготовці норм ЦК України про договір факторингу як правової форми опосередкування факторингових відносин.

Поняття зазначеного договору закріплено в ст. 1077 ЦК України, згідно з якою за договором факторингу (фінансування під відступлення права грошової вимоги) одна сторо-

¹ *Вилкова Н. Г.* Договорное право в международном обороте. — С. 194.

на (фактор) передає або зобов'язується передати грошові кошти в розпорядження другої сторони (клієнта) за плату, а клієнт відступає або зобов'язується відступити факторові своє право грошової вимоги до третьої особи (боржника). Клієнт може відступити факторові свою грошову вимогу до боржника з метою забезпечення виконання зобов'язання клієнта перед фактором. У силу ч. 2 зазначеної вище статті ЦК зобов'язання фактора за договором факторингу може передбачати надання клієнтові послуг, пов'язаних із грошовою вимогою, право якої він відступає.

У доктрині договір факторингу розглядається самостійним двостороннім, оплатним, диспозитивно реальним або консенсуальним цивільним правочином з надання фактором комплексних послуг із фінансування клієнта грошовими коштами під зобов'язання відступлення його права грошової вимоги до боржника¹.

Правова природа факторингу оцінюється в теорії неоднозначно і є предметом дискусій. Зазвичай факторинг розглядається як складна конструкція, яка може поєднувати у собі елементи договорів позики, кредиту, депозиту, договору оплатного надання фінансових послуг тощо².

На думку В. Белова, фінансування під відступлення права грошової вимоги є абстрактною угодою, на відміну від уступки права вимоги, яка є каузальною. Він розглядає факторинг як комплексний договір, елементом якого є цесія. Підставою цесії є отримання цедентом грошей від цесіонаря на строковій і зворотній основі³.

Л. Єфімова цілком справедливо обґрунтовує каузальний характер факторингу, оскільки виконання фінансування під відступлення права грошової вимоги однією зі сторін залежить від зустрічного надання іншої⁴.

Певне поширення в літературі отримала позиція, яка ґрунтується на визнанні факторингу різновидом позиково-

¹ *Безклубий І. А.* До питання про юридичну природу договору факторингу. — С. 91.

² *Луць В. В.* Контракти у підприємницькій діяльності. — К., 1999. — 560 с.; *Белов В. А.* Факторинг (юридическая природа и соотношение со смежными сделками) // Бизнес и банки. — 1998. — № 30. — С. 4—7.

³ *Белов В. А.* Знач. праця. — С. 6—7.

⁴ *Єфімова Л. Г.* Банковские сделки: Комментарий законодательства и арбитражной практики. — М., 2000. — 320 с.

кредитних операцій, в яких зобов'язання фінансового агента передати гроші (надати фінансування) будується за моделлю договору позики або кредитного договору. При цьому Є. О. Суханов зазначає, що відступлення грошової вимоги, яка здійснюється у межах цього договору, у будь-якому варіанті виконує роль способу забезпечення виконання зобов'язань клієнта перед фінансовим агентом¹.

Розуміння факторингу як різновиду позиково-кредитно-го правочину небезпідставно піддається справедливій критиці, оскільки йдеться про здійснення повернення грошової суми не клієнтом, а його боржником, і при цьому грошова сума за вимогою не завжди збігається з сумою фінансування².

Більш адекватне правовій природі факторингових відносин поняття докторингу сформульовано Л. Єфімовою, яка розглядає зазначений договір самостійною цивільно-правовою конструкцією, мета якої — надати клієнту грошові кошти у власність із зобов'язанням повернення у вигляді відповідних перерахувань від відступлених прав вимоги³.

Схожій позиції дотримується І. А. Безклубий, який визначає договір факторингу як самостійний, консенсуальний, двосторонній, відплатний цивільний правочин із надання фактором комплексних послуг із фінансування клієнта грошовими коштами під зобов'язання відступлення його права грошової вимоги до боржника⁴.

На нашу думку, договір факторингу можна віднести до групи договорів про передачу права посередницького типу, що сформувався у самостійний вид договору шляхом його трансформації зі змішаної за характером угоди, в якій разом із поступкою вимог (цесією) і кредитуванням містяться зобов'язання щодо фінансового обслуговування фактором клієнта⁵.

¹ Комментарий части второй Гражданского кодекса Российской Федерации: Для предпринимателей. — М., 1996. — С. 168.

² *Безклубий І. А.* До питання про юридичну природу договору факторингу. — С. 91.

³ *Єфімова Л. Г.* Банковские сделки: Комментарий законодательства и арбитражной практики. — М., 2000. — С. 263.

⁴ *Безклубий І. А.* Банківські правочини: цивільно-правові проблеми: Монографія. — С. 361.

⁵ *Чапінчадзе Я. О.* Договір факторингу: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Харків, 2000. — С. 5.

За допомогою зазначеного договору регулюються відносини факторингу як виду фінансової послуги, що надається переважно комерційними банками і складається з сукупності банківських операцій у вигляді багаторазових угод, що в сукупності становлять своєрідну кредитну лінію¹. Українське банківське право розглядає послуги з факторингу як різновид «банківських операцій, спрямованих на виконання банком його базових функцій шляхом надання кредиту»², на які поширюються загальні вимоги законодавства про надання фінансових послуг. Наведений підхід видається не зовсім точним, оскільки не дає можливості виступати фактором небанківським фінансовим установам, що прямо передбачено в нормі ст. 1077 ЦК України. У зв'язку з цим точнішим видається визнання послуги з фінансування під передачу грошової вимоги небанківською фінансовою послугою. Зокрема, російське банківське право цілком слушно розглядає факторинг як небанківську послугу, яка може надаватися банками, якщо їх банківська ліцензія це дозволяє³. Інша справа, що фактично послуги фінансування під передачу грошової вимоги можуть надавати лише банки. Незважаючи на передбачене ЦК України право займатися факторинговими послугами будь-якому фінансовому агенту-фінансовій установі, на даний момент відсутня передбачена законодавством процедура ліцензування таких агентів у силу обмеженості доступу до фінансової інформації про боржників, не самим кращим станом фінансових документів більшості учасників зобов'язань, що фінансуються через факторинг⁴, та інших чинників, викликаних нерозвиненістю інфраструктури та обсягів ринку небанківських послуг із факторингу і прогалин нормативного регулювання зазначених відносин.

При наданні факторингових послуг необхідне дотримання спеціальної процедури. Для постачальника відкривається

¹ Чанічадзе Я. О. Договір факторингу: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Харків, 2000. — С. 6.

² Нурзад І. Л. Правове регулювання діяльності банків на ринку цінних паперів України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2004. — С. 4.

³ Вичуя Н. Факторинг в розвитку мебельного бізнесу стран СНГ // Мебельный бизнес в СНГ. — 2003. — № 02. — С. 6.

⁴ Там само.

ся спеціальний рахунок на балансовому рахунку банку «Розрахунки по факторинговим, форфейтинговим операціям», куди в майбутньому надійдуть платежі боржників (дебіторів) за поставкою. Фінансування і перерахування залишків коштів може здійснюватися до будь-якого банку, що буде зазначений у договорі про факторингове обслуговування поставки товарів (послуг). У межах договору постачальник має можливість передавати фактору нових контрагентів — дебіторів — і здійснювати на їх адресу поставку¹.

Факторинг є багатоцільовою угодою, що містить елементи торгово-комісійної операції, фінансування та цесії, серед яких поступка грошової вимоги (цесія) становить юридичну сутність факторингу. Однак під факторингом не варто розуміти лише дисконтування рахунків-фактур, оскільки факторинг у порівнянні з цесією має значно складніший характер². Факторинг є способом опосередкування надання посередницьких послуг із проведення фінансово-розрахункових операцій між учасниками цивільно-правових угод, що передбачають також надання інших послуг комерційного характеру.

Зазвичай факторинг є складною операцією, до якої може входити і надання клієнту послуг, пов'язаних з грошовою вимогою, правом на яку він поступається. Це можуть бути, наприклад, інформаційні, юридичні або бухгалтерські послуги — консультування з питань застосування податкового законодавства при експорті-імпорті, рекомендації бухгалтерів фактора, інші подібні послуги. Функції договору факторингу не обмежуються лише поповненням обігових коштів кредитора, що володіє правом вимоги. Факторинг може бути використаний і як засіб вирішення корпоративного конфлікту, якщо над боржником намагається встановити контроль інший суб'єкт господарської діяльності шляхом масового скуповування зобов'язань боржника. При цьому має місце покупка грошових вимог до боржника, а потім — одночасне пред'явлення цих виплати до оплати. В такому випадку борги підприємства, придбані фактором, можуть

¹ *Безклубий І. А.* Банківські правочини: цивільно-правові проблеми: Монографія. — С. 351—352.

² *Чапичадзе Я. О.* Договір факторингу: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Харків, 2000. — С. 10.

бути використані останнім для вчинення тиску на органи управління підприємства-боржника, його власників. Фактором впливу є постійна можливість порушити справу про банкрутство боржника і здійснювати контроль над діяльністю боржника за допомогою комітета кредиторів та арбітражного керуючого.

У відносинах факторингу можна виділяти їх учасників та сторони договору факторингу. Сторонами договору факторингу виступають фактор і клієнт. Фактором може бути лише банк або фінансова установа, що визнається такою відповідно до Закону України «Про фінансові послуги і державне регулювання ринку фінансових послуг».

Учасниками договору факторингу виступають: постачальник товарів або послуг (продавець), фактор (фірма-посередник) і набувач товарів або послуг (покупець)-боржник. Наприклад, виробник продукції — меблева фабрика бажає придбати пиломатеріали, паркет тощо, однак обігових коштів для цього в даний момент недостатньо. В такому випадку зазначений виробник може просто продати свою дебіторську заборгованість (тобто право вимоги) фактору і отримати гроші для покупки необхідних матеріалів вже зараз¹. Якщо виробник (наприклад меблева фабрика), що знаходиться в Україні, продала товар в Росію, то вона має протягом 90 днів отримати за цей товар гроші. У випадку, якщо зазначений продавець продукції уклав договір факторингу з банком, останній має перерахувати гроші на розрахунковий рахунок виробника, а російський продавець (боржник) повинен перераховувати гроші за товар в Україну не продавцю товару, а українському банку (фактору).

Клієнт (виробник продукції чи послуг) також може використати належну йому грошову вимогу до боржника як заставу при виконанні свого зобов'язання перед фактором, що актуально при кредитуванні фактором-банком свого клієнта відповідно до умов кредитного договору. Зокрема, в силу дороговизни базового обладнання виробник продукції може придбати зазначене обладнання зазвичай лише шляхом отримання в банку кредиту, забезпеченням якого

¹ Бичуя Н. Факторинг в розвитку мебельного бізнесу стран СНГ // Мебельный бизнес в СНГ. — С. 6.

можуть виступати не виробничі будівлі чи споруди самого виробника, а застава права грошової вимоги до боржника такого виробника.

Наведене свідчить, що в сфері міжнародної торгівлі факторинг можна розглядати як спосіб придбання, належного забезпечення фінансованих банком (фактор-компанією) вимог експортера та їх інкасацію. В основному факторинг застосовується при експорті споживчих та серійних товарів із розстрочкою платежу на 90—120 днів¹.

Договір факторингу дійсний незалежно від наявності угоди між клієнтом і боржником про заборону відступлення права грошової вимоги або його обмеження. Однак ч. 2 ст. 1080 ЦК України передбачає, що в такому випадку клієнт не звільняється від зобов'язань або від відповідальності перед боржником у зв'язку з порушенням клієнтом умов про заборону або обмеження права грошової вимоги. Тому боржник у договорі з кредитором (клієнтом) може передбачити таку відповідальність за порушення кредитором (клієнтом) зобов'язання не передавати право грошової вимоги третім особам на таких умовах, що клієнту передавати такі вимоги буде просто не вигідно.

У силу основного функціонального призначення і особливостей структури договір міжнародного факторингу має «рамковий» характер, оскільки встановлює загальну суму операцій та/або строк їх проведення, в межах яких фірма-фактор зобов'язується приймати конкретні доручення від постачальника на отримання від покупців платежів проти передачі товаророзпорядчих документів. З економічної точки зору здійснюється «покупка» документів фірмою-фактором з негайною їх оплатою постачальнику товарів та/або послуг, а юридично ця операція оформлюється як поступка прав вимоги до покупця (своєрідна суброгація). Фірма-фактор має право, однак, відмовитися прийняти доручення після попереднього вивчення фінансового стану потенційного клієнта. Винагорода визначається загальною комісією за саму послугу (2—3% від вартості угоди) і вартістю кредитування постачальника до строку оплати рахунка клієнтом (у наступні роки — від 6,5 до 13%).

¹ Гвоздев Б. З. Факторинг. — М.: Ассоциация авторов и издателей «ТАНДЕМ»; Изд-во «ЭКМОС», 2000. — С. 75.

Вигода для постачальника полягає в негайному і гарантованому отриманні сум, що перетворює продаж на строк на продаж за готівковий розрахунок, і знятті з себе всіх комерційних ризиків недоотримання платежу. Оскільки фірми-фактори добре знають умови ринку і клієнтуру, то надають одночасно й інші послуги (зокрема, надання інформації про стан ринку і становище можливих клієнтів, здійснення реклами і транспортних операцій, ведення судових справ тощо). Фактор стає комерційним радником продуцента, а його послуги мають характер фінансових послуг. Не випадково, що вартість послуг з факторингу перевищила в розвинених країнах багато сотень мільярдів¹ доларів, а самі відносини стали предметом міжнародно-правового регулювання (зокрема, цим питанням присвячена Конвенція про міжнародне посередництво (факторинг), підписана 28 травня 1988 р. в Оттаві).

Міжнародні операції такого роду проводяться через іноземні фірми-фактори, що виконують доручення з інших країн, і в сучасний період на міжнародному фінансовому ринку факторингових послуг існує значна кількість свого роду ланцюжків, пов'язаних кореспондентськими угодами різнонаціональних організацій, що взаємно виконують доручення з факторингу.

Існують кілька класифікацій міжнародного факторингу залежно від критеріїв такого поділу. Залежно від того, хто несе ризик неплатоспроможності боржника, виділяють дві форми факторингу — повний факторинг (non-recourse factoring) і неповний факторинг (recourse factoring).

При повному факторингу фактор остаточно набуває боргу клієнта, а у випадку невиплати боржником боргу фактор не має грошових претензій до клієнта. Має місце так званий перехід ризику неплатоспроможності боржника. Повний факторинг застосовується, коли боржник — велика і відома фірма зі стабільною економічною ситуацією. Такою фірмою може бути, наприклад, найбільший шведський виробник меблів ІКЕА. При неповному факторингу клієнт погоджується передати фактору право грошової вигоди до боржника без прийняття фактором ризику непла-

¹ Гвоздев Б. З. Факторинг. — М.: Ассоциация авторов и издателей «ТАНДЕМ»; Изд-во «ЭКМОС», 2000. — С. 73.

госпроможності боржника. Тобто при невиплаті боржником боргу клієнт зобов'язаний повернути отримане від фактора фінансування¹. В останньому випадку йдеться про своєрідну передачу права власності під відкладальну умову зворотного повернення предмета надання у разі настання ризику у вигляді невиплати боржником боргу, профінансованого через фактора.

Залежно від кількості задіяних факторів виділяють двофакторний і однофакторний факторинг (прямий імпортерний і прямий експортерний).

Двофакторна система передбачає участь у факторингових операціях двох факторів, один з яких знаходиться в країні експортера, інший — в країні імпортера. Механізм діяльності цього виду факторингу полягає в тому, що експортер передає право грошової вимоги імпорт-фактору, який знаходиться в країні експортера. Останній, у свою чергу, укладає факторинговий договір із фактором у країні імпортера і передає йому право грошової вимоги. При цьому фактично укладаються два факторингових договори: 1) між експортером і експорт-фактором; 2) між експорт-фактором та імпорт-фактором. Експорт-фактор фінансує експортера, імпорт-фактор розпоряджається правом грошової вимоги, отриманим від експорт-фактора. Імпорт-фактор перевіряє платоспроможність імпортера, стягує борг з імпортера в судовому порядку при невиконанні останнім вчасно грошової вимоги. Потім імпорт-фактор переводить отримані грошові кошти на рахунок експорт-фактора.

Здійснення факторингових операцій в рамках системи двох факторів (двофакторна модель) передбачає проходження певних формально визначених етапів, до яких, зокрема, належать: забезпечення запиту ліміта / забезпечення ризиків); поставка / розсилка фактури; фінансування; оплата.

У першу чергу експортер інформує свого експорт-фактора про суму, що підлягає забезпеченню. Останній запитує в імпорт-фактора необхідний ліміт. Імпорт-фактор перевіряє грошові позиції імпортера і надає експорт-фактору гарантії. Після цього експорт-фактор інформує експортера про дозвіл

¹ Бичуя Н. Факторинг в розвитку мебельного бізнесу стран СНГ // Мебельный бизнес в СНГ. — С. 6.

на ліміт. Потім проводиться «продаж» документів. У подальшому експортер поставляє товар або послугу і передає копію рахунку експорт-фактору, який відсилає її імпорту-фактору. Одночасно з направленням товару експортер відсилає імпортеру рахунок із позначеннями про поступку.

Після поставки товару (послуги) експорт-фактор забезпечує фінансування експортера до 70—90% повної первинної фактурної ціни. Після цього імпортер проводить 100% -й платіж імпорту-фактору, а той переводить отриману суму експорт-фактору. Нарешті, експорт-фактор відсилає експортеру непрофінансований залишок вимог за вираховуванням вартості факторингових послуг.

Імпорту-фактор приймає на себе ризики імпортера, контролює його платоспроможність, гарантує експорт-фактору оплату товару, що поставляється експортером. У випадку, коли імпортер не оплачує придбаний товар, імпорту-фактор платить за нього.

Експорт-фактор є відповідальним за ризики, пов'язані з поставкою товару експортером. За необхідності кредитує експортера, не очікуючи отримання оплати від імпортера або імпорту-фактора¹.

Однофакторний факторинг може бути прямим експортним або прямим імпорнтним. Прямий імпорнтний факторинг (direct import factoring) передбачає передачу експортером права грошової вимоги до імпортера фактору, який знаходиться в країні імпортера. Прямий експортний факторинг (direct export factoring) є різновидом факторинга, за якого експортер передає право грошової вимоги фактору, який знаходиться в його власній країні.

Проведений аналіз договору факторингу дає підставу для наступних висновків.

1. Договір факторингу є самостійним двостороннім, оплатним, диспозитивно реальним або консенсуальним цивільним правочином із надання фактором комплексних послуг із фінансування клієнта грошовими коштами під зобов'язання відступлення його права грошової вимоги до боржника.

2. За своєю економічною природою факторинг є способом придбання, належного забезпечення фінансованих бан-

¹ Гвоздев Б. З. Факторинг. — М.: Ассоциация авторов и издателей «ТАНДЕМ»; Изд-во «ЭКМОС», 2000. — С. 76.

ком (фактор-компанією) вимог клієнта (експортера тощо) та їх інкасацію.

3. Договір факторингу належить до групи договорів про передачу права посередницького типу, що сформувався у самостійний вид договору шляхом його трансформації зі змішаної за характером угоди, в якій разом із поступкою вимог (цесією) і кредитуванням містяться зобов'язання щодо фінансового обслуговування фактором клієнта.

4. Факторинг є багатоцільовим правочином із надання посередницьких послуг щодо проведення фінансово-розрахункових операцій, які містять елемент торгово-комісійної операції, фінансування та цесії, серед яких поступка грошової вимоги (цесія) становить юридичну сутність факторингу.

4.6. Договір комерційної концесії

Сучасний майновий оборот у сфері зовнішньоекономічної діяльності опосередковується відповідними договорами, певна кількість яких регулює відносини економічного посередництва, що мають спільну спрямованість на надання послуг типу комерційної концесії, і які привертають увагу вчених і практикуючих юристів у контексті існуючих розбіжностей в оцінці поняття і сутності подібного роду договорів змішаного типу. Наведене є свідченням витребуваності наукових досліджень з цієї проблематики.

Глибокі наукові дослідження з цих питань проводилися фрагментарно і в контексті характеристики усталеного у цивілістиці поділу на певну класифікацію інститутів, які обслуговують відносини економічного посередництва. Низка питань з цієї проблеми розглядалася у наукових публікаціях вчених-цивілістів, однак переважно в контексті загально-теоретичної характеристики передбачених ЦК України інститутів, а не посередницьких договорів у цілому та сферою їх застосування (Г. В. Цират, Я. О. Сидоров тощо)¹. До цього часу недостатньо уваги приділяється важ-

¹ Див.: Цират А. В. Франчайзинг и франчайзинговый договор: Учеб.-практ. пособие. — К.: Истина, 2002; Сидоров Я. О. Становлення інституту комерційної концесії в Україні (цивільно-правовий аспект): Дис. ... канд. юрид. наук. — Харків, 2004.

ливим питанням правового регулювання зазначених договорів, пов'язаних із дискусійністю поширення на них норм суміжних з ними договорів про надання послуг, що пояснює необхідність системного підходу і осмислення зазначеної правової категорії у вітчизняному договірному праві.

Наведеним обумовлена мета наукових досліджень у цій сфері, яка полягає в проведенні аналізу поняття, видів і правової природи договорів типу комерційної концесії в зовнішньоекономічній діяльності й виявленні особливостей окремих видів зазначених правочинів.

У системі правочинів типу комерційної концесії важливе місце належить договору про надання виключних прав продажу, найменування якого не є усталеним і однаковим. У літературі країн романо-германської системи права частіше за все його називають договором про надання виключних прав продажу. У французькій, бельгійській і швейцарській літературі його також визначають як договір про комерційну концесію. В англо-американській доктрині зазвичай говориться про договір на виключне поширення товарів¹. Зазначені договори стали в окремих країнах предметом нормативного регулювання (зокрема в США, Бельгії)².

Договором такого роду, що укладається переважно з використанням типових форм (проформ), визначаються принципи і правила співробітництва сторін у ринкових операціях³. Їх здійснення передбачає наступне підписання контрагентами самостійних угод на основі й у межах загальних положень зазначеного договору як «рамкової» угоди.

Останнім часом зазначені угоди переважно отримують назву договорів про комерційну концесію або про надання виключних прав. Практика укладення угод про комерційну концесію набула універсального характеру у зв'язку з її господарсько-економічними перевагами — спільного ство-

¹ Свядосц Ю. Посреднические операции в иностранном гражданском праве // Внешняя торговля. — 1991. — № 7. — С. 38.

² У США — ст. 2.306 (2) Одноманітного торгового кодексу; в Бельгії — Закон від 27 липня 1961 р. // Див.: Свядосц Ю. — Зазнач. праця. — С. 39.

³ Schmitthoff C. Schmitthoff's export trade. L/, 1986., — P. 216—221; Hamel J. M., Lagarde G., Jauffret A. Droit commercial. — T. I. P., 1980. — P. 366—372.

рення контрагентами налагодженого і стійкого механізму комерційної реалізації виробів. Про намагання контрагентів надати їй більш або менш постійного характеру свідчать і тривалі строки дії договорів, які досягають зазвичай 10—15 років.

Обов'язковим елементом договору про надання виключних прав є «умови про виключність». Продавець надає посереднику виключне право перепродажу надаваних товарів на визначеній у контракті території або визначуваній клієнтурі, тобто комерційну монополію, і відмовляється від проведення продаж своїми силами або через третіх осіб. Інколи він зобов'язується спеціально включати в контракт з іншими покупцями умову про відмову останніх від прямого або непрямого продажу куплених товарів на території дії права зазначеного посередника (заборона «паралельного імпорту»). Умова про виключність набуває іноді двостороннього характеру, коли посередник, зі свого боку, зобов'язується купувати визначені товари лише у даного постачальника.

У договорі визначається мінімальна квота товарів, яку розповсюджувач має періодично купувати у постачальника. Порушення цієї умови може стати підставою для розірвання договору. Крім того, включається умова про розмір передпродажних цін, що визначаються сторонами за домовленістю попередньо або для кожної угоди.

Сторони приймають на себе зобов'язання зі сприяння реалізації цілей договору. Розповсюджувач частіше за все зобов'язується: по-перше, повідомляти продуценту інформацію маркетингового характеру; по-друге, забезпечувати клієнтурі сервісні послуги; по-третє, брати участь у рекламі товарів. Постачальник приймає на себе зобов'язання допомагати грошима контрагенту в обладнанні його торгових закладів, постачати рекламні й демонстраційні матеріали, надавати підтримку в створенні служб, навчанні персоналу тощо.

Істотним для відносин сторін є закріплення за продуцентом або оптовим торговцем права на фінансовий і комерційний контроль за діяльністю розповсюджувача.

У міжнародній торгівлі аналогічні відносини між продуцентом-експортером та імпортером-оптовиком регулюються

договором про виключний імпорт. Його використання розглядається окремими фахівцями найбільш досконалим способом проведення експортних операцій на іноземних ринках. Монополія на ввезення товарів визнається, відповідно, за одним або кількома імпортерами із закріпленням її за кожним на території визначеної країни або континенту.

Незважаючи на схожість у цілому договірної практики з використовуваною на національному ринку, зазначений договір має й відмінності. У зв'язку з неоднаковими умовами експортних ринків при підготовці контрактів у міжнародній торгівлі рідко використовуються типові договори. Сторони зберігають більшу юридичну та економічну незалежність, продуцент-експортер не займається розподілом своїх товарів за кордоном, не має можливості управляти і контролювати діяльність імпортера-оптовика.

Нерідко вводяться умови про взаємну виключність прав сторін на поставку і покупку товарів. Експортер зобов'язується не продавати товари — прямо чи опосередковано (непрямо) — іншим комерсантам, що знаходяться на «договірній території», а імпортер — не купувати у них аналогічні товари для перепродажу. Остання обставина обмежує, зрозуміло, імпортера, і великі фірми-оптовики зазвичай зберігають за собою можливість придбання товарів різних «марок» у кількох національних та іноземних поставальників.

З 70-х років ХХ ст. у США та інших країнах у комерційну практику ввійшов *договір про франшизу, або комерційну концесію (франчайзинг)*. Етимологічно сам термін «франшиза» походить від французького слова «franchise» («франшиз») і означає «пільга», «привілей», «місце, де дозволено торгівлю», «право на пільгове підприємництво», а також «звільнення від податків, внесків»¹. І в цьому випадку йдеться про продаж товарів так званому привілейованому покупцеві для подальшої їх комерціалізації на монопольних засадах у межах визначеної території.

Зазначений договір розглядається своєрідним способом просування товару на ринок, завдяки чому багато авторів

¹ Мендельсон М. Руководство по франчайзингу. — М.: Силби Интернешнл Инк., 1996. — С. 9.

відносять його також до агентських договорів. У цьому контексті Є. О. Суханов цілком слушно зазначає, що користувач виступає в майновому обороті цілком самостійно, однак у фактичних відносинах зі своїми контрагентами-споживачами немов би надіває маску праволоділля, оформлюючи результати своєї діяльності його атрибутикою. Первинний праволоділець не лише розширює кордони свого впливу без будь-яких додаткових витрат, але навіть отримує від цього прибуток (у вигляді плати від користувача)¹.

В українському цивільному праві зазначені відносини регулюються переважно нормами ЦК України про договір комерційної концесії (статті 1115—1129), згідно з яким одна сторона (праволоділець) зобов'язується надати другій стороні (користувачеві) за плату право користування відповідно до її вимог комплексом належних цій стороні прав із метою виготовлення та (або) продажу певного виду товару та (або) надання послуг.

ЦК України (ст. 1116) предметом зазначеного договору визнає належне праволоділцю право на використання об'єктів права інтелектуальної власності, спрямованих, насамперед, на індивідуалізацію продукції (робіт, послуг), а також комерційного досвіду та ділової репутації.

У доктрині під предметом договору безпідставно розуміють «передбачені ним дії, які повинна виконати зобов'язана сторона (чи зобов'язані сторони)»², що дає підстави розуміти під предметом договору комерційної концесії «дії з надання в користування франшизи як комплексу виключних та інших прав (навчання, консультації тощо)»³, необхідних для виробництва та (або) реалізації товару (послуг).

Предмет договору комерційної концесії умовно поділяють на дві складові частини: ліцензійну і неліцензійну у вигляді умов щодо співробітництва сторін.

¹ Комментарий части второй ГК Российской Федерации для предпринимателей. — М., 1999. — С. 247.

² Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Кн. третья: Договоры о выполнении работ и оказании услуг. — М.: Статут, 2002. — С. 988.

³ Цират А. В. Франчайзинг и франчайзинговый договор: Учеб.-практ. пособие. — К.: Истина, 2002. — С. 12.

У ліцензійній частині сторони домовляються про обсяг прав на конкретні об'єкти права інтелектуальної власності, користування якими надається користувачеві, від складу яких залежать дії, що необхідно виконати зобов'язаній стороні. Для надання прав на використання комерційного найменування достатньо вказати на це в договорі, оскільки сам договір комерційної концесії є дозволом на використання цього результату творчої діяльності в межах і способом, зазначеними у договорі. Право користування комерційним найменуванням зазвичай є ключовим об'єктом договору комерційної концесії, оскільки сутність франчайзингу полягає в наданні користувачу права виступати на ринку з франшизою під ім'ям праволодильця і користуватися його діловою репутацією. Для надання прав на використання торговельних марок необхідно укладати окремі ліцензійні угоди відповідно до Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг», що вимагає укладання ліцензійної угоди на кожний знак.

Наступну групу об'єктів і обов'язковий елемент ліцензійної частини предмета договору комерційної концесії становить надання права користування системою організації і ведення бізнесу.

У цьому контексті під бізнесом розуміється конкурентоспроможна, розроблена і перевірена на практиці праволодильцем система організації і ведення певної підприємницької діяльності, що ґрунтується на незапатентованій і документально оформленій конфіденційній комерційній, організаційній і технічній інформації стосовно секретів виробництва, технічного досвіду, правил експлуатації, рецептів, технологічних і монтажних схем та іншої цінної науково-технічної й комерційної інформації, необхідної для виробництва, впровадження технологічного процесу, організації на належному рівні визначеного виду товару, послуг та (або) успішної їх реалізації.

Незважаючи на визнання ЦК України комерційного досвіду і ділової репутації елементом предмета договору комерційної концесії, останні не належать до самостійних об'єктів виключних прав інтелектуальної власності, оскільки механізм їх передачі можливий лише як складових елементів об'єктів права інтелектуальної власності, яким правова охорона надана законом. Вони виступають залежними від основних об'єктів еле-

ментами предмета договору, оскільки «об'єктивною формою їх відображення може бути інформація у вигляді різних інструкцій, описів, послуг з навчання, консультацій»¹.

Другу частину предмета договору комерційної концесії становить неліцензійний елемент франшизи, зміст якої становлять умови щодо співробітництва сторін. Зазначені умови договору щодо співробітництва є двоступеневими, що знаходить відображення, по-перше, в обов'язку правоволодільця (франчайзера) надати необхідні послуги зі впровадження і використання прав на об'єкти інтелектуальної власності в підприємницькій діяльності, у тому числі провести достатню початкову підготовку користувача франшизи, а за необхідності — і його службовців², по-друге, у контролі з боку правоволодільця (франчайзера) за якістю продукції користувача (франчайзера) і дотриманням ним стандартів з експлуатації, а також за дотриманням умов схоронності конфіденційної інформації³.

Специфікою цього договору обумовлена наявність і низки обмежень, які можуть бути включені сторонами в договір. До них, зокрема, належать умови про виключний територіальний характер права, що передаються, зобов'язання не здійснювати на договірній території конкуренції з праволодільцем. З урахуванням вимог вільного ринку визнаються нікчемними такі умови, які обмежують права сторін за цим договором, у силу яких правоволоділець має право визначати ціну продажу товару користувачем або ціну робіт (послуг), що виконуються (надаються) користувачем, або встановлювати верхню чи нижню межу цих цін; користувач має право продавати товар, виконувати роботи або надавати послуги виключно певній категорії покупців (замовників), що мають місце знаходження (місце проживання) на визначеній договором території.

¹ Сидоров Я. О. Становлення інституту комерційної концесії в Україні (цивільно-правовий аспект): Дис. ... канд. юрид. наук. — Харків, 2004. — С. 124.

² Див.: Килимник І. І. Особливості правового регулювання договору комерційної концесії (франчайзингу): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Харків, 2003. — С. 3; Цират А. В. Франчайзинг и франчайзинговый договор: Учеб.-практ. пособие. — К.: Истина, 2002. — С. 140.

³ Сидоров Я. О. Знач. праця. — С. 126.

У літературі звертають увагу на особливість договору комерційної концесії, з якої випливає й особливе правило про відповідальність правоволодільця: він несе субсидіарну відповідальність за вимогами, які пред'являються до користувача, про невідповідність якості товарів (робіт, послуг), які продаються (виконуються, надаються) користувачем за договором комерційної концесії, а за вимогами, які пред'являються до користувача як виробника продукції (товарів) правоволодільця, правоволоділець відповідає солідарно з користувачем¹.

У доктрині європейських країн договір про франшизу зазвичай розглядається як «контрактна ліцензія, видана однією особою (франчайзером) іншій особі (франчайзі), ... що надає дозвіл або зобов'язує франчайзі здійснювати протягом дії франшизи певну діяльність, використовуючи специфічне найменування, що належить франчайзеру або з ним асоціюється; надає право франчайзеру здійснювати контроль протягом періоду франшизи щодо якості ведення бізнесу, який є предметом франчайзингового договору; не є звичайним правочином, що укладається холдинговою компанією і дочірніми або між дочірніми компаніями однієї холдингової компанії або між приватною особою і компанією, діяльність якої контролюється такою особою»².

Найбільш характерними ознаками франчайзингу, ідентичними для американської та європейської моделей, виступають: розроблена система ведення бізнесу, торговий імідж, передача права, платежі. Зокрема, це передбачає договірне оформлення, наявність ефективної системи здійснення бізнесової діяльності, що ідентифікується з іміджем франчайзера та втілюється у товарному знаку або фірмовому найменуванні, передача права на ведення бізнесу, здійснення з боку франчайзера контролю за веденням бізнесу, виплата винагороди, навчання організації підприємництва³.

¹ Вилкова Н. Г. Договорное право в международном обороте. — М.: Статут, 2002. — С. 355.

² Терещенко М. Франчайзинг як партнерський бізнес // Економіка, фінанси, право. — 1998. — № 9. — С. 8—10.

³ Сидоров Я. О. Становлення інституту комерційної концесії в Україні (цивільно-правовий аспект): Дис. ... канд. юрид. наук. — Харків, 2004. — С. 22—26.

Зазначений договір ґрунтується на взаємозв'язку контролю з пільгами, який полягає в тому, що, погоджуючись на контроль із боку франчайзера з багатьох питань організації та ведення бізнесу, підприємець набуває певних переваг, оскільки це надає йому можливість скористатися багаторічною бізнесовою практикою іншого підприємця та здобути готовий досвід у цих найважливіших сферах.

Окремі види зазначеного договору (наприклад, товарний франчайзинг) передбачають закупівлю у франчайзера (патентоволодільця) відповідних товарів з метою їх продажу безпосередньо споживачам. У цій частині до договору про франчайзинг мають застосовуватися норми договору купівлі-продажу. Складовою частиною договору виробничого франчайзингу є договір поставки. У цьому випадку франчайзі виробляє продукцією за технологією, переданою франчайзером, з використанням матеріалів і комплектуючих, що поставляються франчайзером або іншим постачальником (за погодженням із франчайзером). Договір поставки може бути складовою частиною франшизи (франчайзи) на надання послуг (наприклад, обслуговування й ремонт побутової техніки, автомобілів тощо), оскільки в даному випадку також виникає необхідність у поставці матеріалів і комплектуючих виробів.

Останнім часом стали з'являтися договори франчайзингу, що мають у своєму складі елементи лізингу, що ґрунтуються на лізингу єдиних майнових комплексів (франчайзингова мережа невеликих магазинів, якою володіють франчайзі на підставі договору лізингу чи сублізингу) і розглядається як частина франчайзингового договору¹.

Отже, договір франчайзингу є самостійним видом договору, який залежно від типу та цілей конкретного виду (форми), може містити елементи договорів оренди, лізингу, купівлі-продажу².

Наведене вище свідчить, що специфіка договору про франшизу полягає в тій комерційній чи організаційно-господарській допомозі контрагента з просування товару та/

¹ Деев А. Обыкновенное чудо — франчайзинг // Комп&ньюн — 2002. — № 26. — 5—11 июля. — С. 32—49.

² Сидоров Я. О. Становлення інституту комерційної концесії в Україні (цивільно-правовий аспект): Дис. ... канд. юрид. наук. — Харків, 2004. — С. 98.

або послуг, яка покладається на продуцента або оптового продавця. Останній зобов'язується надавати покупцю комерційну інформацію про методи реалізації товарів та/або послуг і надавати його допомогу в організації торгового промислу. Важливим є також надання продавцем ліцензії на використання свого товарного знаку, фірмового найменування, вивіски та інших елементів (аббревіатури фірми, символів, фірмового стилю тощо). Незмінним є зберігання продавцем за собою права контролю за діяльністю контрагента.

Укладення оптовими продавцями договорів про франшизу з роздрібними торговцями веде до створення розгуженої торгової мережі. Так, у Франції в кінці 80-х років минулого століття на цих принципах діяли понад 200 «об'єднань», що охоплювали 30 тис. фірм, на які припадало 9% усього обороту роздрібною торгівлі. В міжнародній комерційній практиці франчайзинг з'явився в США в 30-ті роки ХХ ст. за ініціативою спочатку Ховарда Джонсона, а потім у системі магазинів Вулфорса і в 50-ті роки досягнув у цій країні найвищого розвитку. На основі цього договору працюють такі відомі фірми, як Кентакі Фрайд Чікен, Бургер Кінг, Піцца Хат, Холідей Інн, Шератон тощо. У Франції зазначений договір з'явився, починаючи з 20-х років минулого століття, коли функціонувала добре відома мережа магазинів Прізіюнік, Пронунція. Діяльність із франчайзингу будується або шляхом створення системи торгових товариств, або шляхом оформлення договірних зв'язків¹. Окрім законодавчого регулювання, Європейською асоціацією франчайзингу прийнято Кодекс принципів і стандартів поведінки (Code of Principles and Standards of Conduct). УНІДРУА розроблено Керівництво з організації міжнародної мережі комерційної концесії франчайзинга — Guide to International Master Franchise Arrangements. UNIDROIT. Rome, 1998². В рамках Європейського союзу 30 листопада 1988 р. було прийнято Регламент 4087/88 про застосування ст. 85 (3) Римського договору щодо категорії угод про франчайзинг³.

¹ *Вилкова Н. Г.* Договорное право в международном обороте. — М.: Статут, 2002. — С. 356.

² *Guide to International Master Franchise Arrangements. UNIDROIT. Rome, 1998.*

³ *Official Journal EEC L 359/46.28.12.1988.*

У сучасний період діє прийнятий Комісією 22 грудня 1999 р. Регламент № 2790/1999 про застосування ст. 81.1 Консолідованої версії Договору про ЄС щодо категорії вертикальних угод та узгодженої практики¹. В міжнародній практиці виділяють п'ять видів угод про франчайзинг: прямий франчайзинг; франчайзинг через філію або дочірнє підприємство; угода про просування в даній галузі; мастер-угода про франчайзинг; франчайзинг через спільне підприємство².

4.7. Договір зворотної купівлі-продажу

Поняття договору зворотної купівлі-продажу. Одним із небагатьох ліквідних об'єктів на вітчизняному фондовому ринку є державні цінні папери, чим обумовлене активне застосування пов'язаних з ними правочинів, особливе місце серед яких займають договори зворотної купівлі-продажу, або РЕПО. Наведеним пояснюється актуальність питань наукового аналізу цивільно-правового регулювання зазначених правовідносин.

Додаткова актуальність досліджень цієї проблеми зумовлена відсутністю достатньо чітких і науково обгрунтованих висновків щодо поняття, елементів і правової природи цього виду правочинів, що не дозволяє виявити їх місце в системі договірного права, встановити характер взаємозв'язку з іншими видами договірних зобов'язань. Вищезгадані проблеми не були предметом дисертаційних досліджень і розглядалися лише на рівні окремих наукових публікацій вчених-цивілістів переважно в контексті загального поняття довірчих договорів і правочинів з цінними паперами (Р. Майданик, І. Трошин, М. Кузнецов, П. Нифатов, Л. Храпченко, Е. Леонова тощо)³.

Недостатньо уваги приділяється важливим питанням правового регулювання цього виду договірних зобов'язань,

¹ Official Journal EEC L 336.29.12.1999. P. 0021-0025.

² Вилкова Н. Г. Договорное право в международном обороте. — М.: Статут, 2002. — С. 359—360.

³ Див.: Майданик Р. А. Угоди РЕПО (цивільно-правова характеристика) // Підприємництво, господарство і право. — 2002. — № 2; Кузнецов М., Нифатов П., Храпченко Л., Леонова Е. Операции репо как механизм управления ликвидностью // Рынок ценных бумаг. — 1997. — № 21 (108); Трошин И. Сделки РЕПО: проблемы правовой квалификации // Хозяйство и право. — 2003. — № 11.

що не дає можливості виявити їх правову природу як ризикового правочину та поширення на нього положень про купівлю-продаж чи заставу. Це і зумовлює необхідність системного підходу і осмислення зазначеної правової категорії у цивільному праві.

Специфічним різновидом дилерських договорів на фондовому ринку виступає договір РЕПО, як переважно позабіржовий правочин спекулятивного характеру.

Біржові ф'ючерсні та опціонні договори не завжди вигідно конкурують з біржовими і позабіржовими договорами щодо реальних цінних паперів. У зв'язку з цим дедалі більшого значення набувають угоди РЕПО або репорт, яким притаманні ознаки договорів спекулятивного ризику.

У контексті регулятивної діяльності центральний банк будь-якої країни застосовує операції РЕПО як один із механізмів рефінансування комерційних банків, поряд із ломбардним кредитуванням, наданням кредитів під заставу конверсійних облігацій внутрішньої державної позики (КОВДП) та стабілізаційних кредитів¹.

У літературі репортом визнається така угода, коли одна особа купує за готівку певну кількість цінних паперів і одночасно продає ці самі папери тій самій особі за підвищеною ціною, на строк, зазвичай нетривалий². Той, хто купує, називається репортером, продавець стає репортованим (reporte). Різниця в ціні становить винагороду за користування чужим капіталом.

Свою назву угоди РЕПО отримали від англійської назви REPO — sale and repurchase operation. Тому РЕПО є зменшеною назвою угоди про продаж та зворотню купівлю (repurchase agreement; інколи позначають як RP). РЕПО — це фінансова операція, за якою одна сторона продає цінні папери іншій стороні й одночасно приймає на себе зобов'язання викупити їх у визначений день або за вимогою іншої сторони. Зобов'язанню на зворотню купівлю відповідає зобов'язання на зворотний продаж, яке приймає на себе інша сторона. Причому зворотна купівля цінних паперів здійснюється за ціною, яка

¹ Юрчишин В. Макроекономічна стабілізація в Україні: факти, тенденції, проблеми. — К.: УАДУ при Президентові України, 1999. — 256 с.

² Шершеневич Г. Ф. Учебник торгового права (по изд. 1914 г.). — М., 1994. — С. 241.

відрізняється від ціни первинного продажу. Різниця в ціні становить винагороду (за користування чужим капіталом), яку повинна отримати сторона, що виступила покупцем цінних паперів (продавцем грошових коштів) у першій частині РЕПО, і який, як правило, виражається у відсотках річних і називається ставкою РЕПО¹.

Операції РЕПО необхідно розглядати як економічну і юридичну категорії.

Економічний зміст цієї операції є очевидним: одна сторона за допомогою прямої операції РЕПО залучає необхідні їй у терміновому порядку фінансові ресурси (грошові ресурси), інша поповнює тимчасову нестачу в цінних паперах, а також отримує відсотки за надані грошові ресурси. При цьому передані покупцю цінні папери є ніби забезпеченням повернення позики. Таким чином, за своїм економічним значенням операція РЕПО виступає аналогом кредитної операції під заставу цінних паперів².

В юридичному розумінні операція РЕПО є договором, який містить у собі дві угоди купівлі-продажу одних і тих самих цінних паперів або аналогічних придбаним за першою угодою купівлі-продажу. Виконання першої угоди в межах угоди РЕПО означає, що покупець повинен сплатити продавцю вартість пакету цінних паперів, а продавець повинен передати цей пакет і право власності на нього покупцю. З моменту виконання сторонами своїх зобов'язань угода вважається виконаною і незалежною від інших угод. Оскільки цінні папери набуваються покупцем у власність, то й продавець набуває у власність грошові кошти, сплачені за цінні папери. Тобто, з юридичної точки зору, немає підстав стверджувати, що ніби кошти надаються в тимчасове користування, а цінні папери є ніби забезпеченням виконання зобов'язання про зворотнє повернення³.

Легальне визначення поняття РЕПО було закріплене в «Положенні про порядок здійснення Національним банком України з банками операцій РЕПО», затверджене по-

¹ Лаврушин А. Банковское дело. — М., 2000. — С. 436.

² Майданик Р. А. Угоди РЕПО (цивільно-правова характеристика) // Підприємництво, господарство і право. — 2002. — № 2. — С. 21.

³ Мельник В. А. Ринок цінних паперів: Довідник для підприємців. — К., 1999. — С. 72.

становою НБУ від 29.05.2001 р., в якому операція РЕПО визначалася як операція з державними цінними паперами, що складається з двох частин і для здійснення якої укладається договір між учасниками ринку (Національним банком та банками) про продаж/купівлю державних цінних паперів на певний строк із зобов'язанням зворотного їх продажу/купівлі у визначений строк за обумовлену договором ціну¹.

24 грудня 2003 р. прийнято Положення про регулювання Національним банком України шляхом рефінансування депозитних та інших операцій №584, затверджене постановою НБУ (у зв'язку з чим вищезгадане Положення 2001 р. втратило чинність). Згідно з цим Положенням операція РЕПО може бути визначена як операція, що складається з двох частин і базується на угоді між НБУ та банками про купівлю/продаж державних цінних паперів або іноземної валюти з подальшим зобов'язанням зворотного їх продажу/купівлі у визначений строк за обумовленою ціною на обумовлену дату.

Таким чином, за своїм змістом операція РЕПО є договором купівлі/продажу цінних паперів (іноземної валюти), за яким одна сторона продає іншій стороні зазначений фінансовий актив певної вартості із зобов'язанням зворотного викупу за попередньо обумовленою ціною. Іншими словами, йдеться про договір купівлі-продажу з обтяжувальною умовою виконання цього договору у зворотному порядку.

Угоди про купівлю/продаж цінних паперів (іноземної валюти) із наступним обов'язковим продажем/купівлею за ціною, визначеною на момент купівлі/продажу, називаються також угодами про зворотну купівлю/продаж.

Наведений висновок, однак, не повністю відповідає дійсності, що підтверджує зміст «Договору про передачу на зберігання державних цінних паперів», затвердженого Листом НБУ від 7.05.1997 р., в якому прямо зазначається, що державні цінні папери (в рамках операції РЕПО) передаються на зберігання.

¹ Схоже розуміння угоди РЕПО впливає також із положень наказу ЦБ РФ від 18.06.1997 р. № 02-263 «Про затвердження правил ведення бухгалтерського обліку в кредитних організаціях, розміщених на території Російської Федерації», Доповнення та зміни до Плану рахунків бухгалтерського обліку в кредитних організаціях Російської Федерації» та Вказівок ЦБ РФ від 11.12.1997 р. № 62-У.

Отже, операції РЕПО в Україні за своїм змістом є змішаним договором з елементами купівлі-продажу і зберігання.

Метою здійснення операцій РЕПО є оперативне управління ліквідністю банківської системи та регулювання обсягів грошової маси в обігу при здійсненні Національним банком України грошово-кредитної політики, яка визначена Державним бюджетом України.

Коли банківська система потребує підвищення ліквідності комерційних банків, Національний банк України здійснює операції «прямого РЕПО» і на підставі генеральної угоди купує у комерційного банку державні цінні папери на відповідний період з обов'язковою умовою зворотного їх викупу цим комерційним банком у встановлений строк.

У разі накопичення надлишкової ліквідності банківської системи, зростання грошової маси значно вищими темпами, ніж передбачалося, Національний банк України може продати комерційним банкам через механізм «зворотного РЕПО» державні цінні папери, які знаходяться у його портфелі на відповідний період, за умови викупу їх у комерційного банку у встановлений строк¹.

У зв'язку з цим у літературі слушно зазначається, що за своєю економічною сутністю операції РЕПО виступають аналогами депозитних операцій, їх мета — вилучення надлишкової ліквідності (тобто грошової маси) з банківської системи та з ринку в цілому².

Операції РЕПО в Україні здійснюються між Національним банком та комерційними банками на позабіржовому ринку. Учасниками наведених операцій в Україні можуть бути лише Національний банк України та комерційні банки, які мають ліцензію на здійснення операцій з державними цінними паперами та письмовий дозвіл НБУ на: 1) операції за дорученням клієнтів або від свого імені; 2) депозитарну діяльність і діяльність з ведення реєстрів власників іменних цінних паперів. Інших обмежень на участь в операціях РЕПО законодавством не передбачено.

¹ Мельник В. А. Ринок цінних паперів: Довідник для підприємців. — К., 1999. — С. 73—74.

² Майданик Р. А. Угоди РЕПО (цивільно-правова характеристика) // Підприємництво, господарство і право. — 2002. — № 2. — С. 21.

Укладення та виконання договору РЕПО. Механізм здійснення операцій РЕПО починається з укладення договору на проведення операцій РЕПО у встановленому порядку.

Операції РЕПО на ринку державних цінних паперів України проводяться на основі типових договорів, укладених між НБУ і первинними дилерами. Первинними дилерами переважно визнаються комерційні банки, з якими Національний банк України уклав генеральну угоду (договір) і які мають встановлені ліміти на операції з державними цінними паперами.

Національний банк України може здійснювати операції РЕПО купівлі/продажу державних облігацій як шляхом безпосередньої домовленості з комерційними банками, так і шляхом проведення тендеру заявок комерційних банків на участь в операціях РЕПО. У разі прийняття рішення про проведення тендеру на участь в операціях РЕПО Національний банк України через свої обласні управління, не пізніше ніж за тиждень, надає повідомлення про проведення такого тендеру із зазначенням терміну операції РЕПО та умов його проведення. Комерційні банки — потенційні учасники тендеру — подають заявку на участь у тендері операції РЕПО, в якій пропонують свою умову щодо ціни купівлі/продажу та зворотної ціни продажу/купівлі державних цінних паперів.

У тендері на операції РЕПО купівлі/продажу державних облігацій, коли Національний банк України виступає покупцем/продавцем, заявки задовольняються, виходячи з необхідності підтримки ліквідної діяльності конкретних комерційних банків, також зацікавленості Національного банку України у володінні певним портфелем державних цінних паперів з метою підтримки необхідних пропорцій у грошовому обігу. Після закінчення тендеру операції РЕПО Національний банк України надсилає комерційному банку, який виграв тендер, повідомлення-підтвердження про намір укласти угоду на здійснення операції РЕПО.

У разі реалізації наміру здійснити операцію РЕПО без проведення тендеру, Національний банк України проводить переговори з конкретними комерційними банками, які могли б стати контрагентами Національного банку у вказаній операції, і домовляються про умови її проведення.

У випадку досягнення згоди про проведення операції РЕПО між її учасниками укладається договір, згідно з яким банк-

продавець на дату продажу подає депо-розпорядження до депозитарію про блокування державних цінних паперів (від дати продажу до дати зворотної купівлі). Банк-покупець відповідно до договору перераховує кошти банку-продавцю і одночасно направляє до депозитарію повідомлення відповідно до нормативно-правових актів Національного банку¹.

Після отримання від депозитарію довідки про блокування державних цінних паперів на відповідних рахунках депо-обліку Департамент монетарної політики Національного банку здійснює перерахування коштів банку-позичальнику. Банк-позичальник перераховує кошти Національному банку після отримання від депозитарію довідки про блокування державних цінних паперів на відповідних рахунках депо-обліку. Після повернення банком коштів на підставі депо-розпорядження та депо-повідомлення депозитарій здійснює розблокування державних цінних паперів.

Міжнародна практика застосування договору РЕПО. Міжнародна практика операцій РЕПО має низку властивих їм особливостей.

У світовій практиці угоди РЕПО укладаються зазвичай на позабіржовому ринку, на короткий проміжок часу і на великі суми, тобто це операції оптового грошового ринку, окремі параметри яких є стандартизованими².

На міжнародних ринках в операціях РЕПО беруть участь дві сторони: власник застави (collateral) та власник грошей (cash). Власник грошових коштів купує цінні папери для забезпечення кредиту, одночасно погоджуючись продати ці папери першому власнику за деякий час. Перший власник цінних паперів (забезпечення кредиту) здійснює угоду РЕПО. В західних країнах також використовують такі самі види операцій РЕПО, як і в Україні³.

Договори РЕПО в міжнародній практиці вирізняються не лише за строками і ставкою, а й за місцем зберігання

¹ Бюлетень Національного банку України. — 2002. — № 7 (114). — 166 с.

² Ковалев В. В. Финансовый анализ: Управление капиталом. Выбор инвестиции. Анализ отчетности. — М.: Финансы и статистика, 1997. — 512 с.

³ Кристина И. Рэй. Рынок облигаций: торговля и управление рисками. — М.: Дело, 1999. — С. 145.

цінних паперів, за якими укладений договір РЕПО, тобто порядком руху цінних паперів.

Практика функціонування ринку РЕПО США свідчить, що сторони в договорі РЕПО переважно використовують один із трьох варіантів розміщення і зберігання цінних паперів.

Перший спосіб передбачає, що цінні папери, куплені в першій частині РЕПО, переводяться покупцю цінних паперів. У такому випадку покупець цінних паперів мінімізує свій кредитний ризик. Недолік цього виду РЕПО полягає в тому, що в окремих випадках витрати переводу цінних паперів можуть бути досить значними.

Наступний вид зберігання цінних паперів ґрунтується на їх переведенні на користь третьої сторони у операції РЕПО. Наведений вид РЕПО отримав назву «тристоронній РЕПО». Третя сторона за договором РЕПО несе певні зобов'язання перед безпосередніми учасниками угоди: перевіряє вид цінних паперів, перерахованих однією стороною іншій стороні, відстежує стан маржі й вимагає, за необхідності, додаткових перерахувань. Оскільки обидва рахунки (щодо грошей і щодо цінних паперів) знаходяться у третього учасника, — витрати з переказу коштів у даному випадку значно мінімізуються. У даному випадку третя сторона виступає гарантом прав виконання договору РЕПО і отримує певну винагороду за надані послуги.

Міжнародна практика операцій РЕПО — ще один, довірчий, спосіб зберігання цінних паперів, який відрізняється від попередніх тим, що цінні папери залишаються у їх продавця по першій частині договору РЕПО, який стає зберігачем цінних паперів для покупця. Економічна привабливість цього виду РЕПО полягає у виникненні мінімальних витрат з переказу цінних паперів, що, однак, тягне за собою найвищий рівень кредитного ризику. Даний вид РЕПО традиційно називається «довірче РЕПО», оскільки цінні папери довіряються у володіння особі-невласнику в інтересах номінального власника. У зв'язку з цим продавець цінних паперів повинен вести роздільний облік цінних паперів і тих, які йому вже не належать.

Елементи договору РЕПО. Предмет операцій РЕПО становить досить широке коло високоліквідних цінних паперів, які, зокрема, мають офіційну котировку на фондових біржах, до складу яких входять: державні цінні папери; цінні папе-

ри, гарантовані державою; першокласні комерційні векселі; акції та облігації великих промислових компаній і банків, що знаходяться в обігу на біржі; депозитні сертифікати.

Якщо цінні папери не котируються на біржі, то оцінка їх вартості здійснюється самим банком на основі: фінансових звітів, що публікуються в засобах масової інформації; довідок організацій, що спеціалізуються на збиранні подібної інформації, в тому числі урядових тощо.

Ціна придбання цінних паперів комерційним банком в учасника фондового ринку залежить від їх виду, надійності, ліквідності, строку дії угоди РЕПО і, як правило, складає 50—90% від ринкової вартості цих цінних паперів на момент укладення угоди.

Операції РЕПО є строковими угодами, строк яких становить період часу між першою і другою угодами купівлі-продажу цінних паперів.

По закінченні строку дії «прямого РЕПО» учасник (продавець) викупує продані ним раніше цінні папери або цінні папери, які їх замінюють. При проведенні операцій РЕПО припустима можливість зворотної купівлі цінних паперів, які відрізняються від тих, які були куплені в першій частині РЕПО, тобто можливість заміни іншими цінними паперами. Право заміни іншими цінними паперами реалізується шляхом вказівки і опису в договорі цінних паперів—замінників¹.

Таким чином, особливості іноземної практики проведення РЕПО полягають: 1) у розширеному складі суб'єктів (їх учасниками виступають як банки, так і трейдери—торгівельні підприємства), та 2) об'єктів цих операцій (об'єктом виступають як державні, так і будь-які інші високоліквідні цінні папери) і 3) заставному характері цих угод.

Характерне для України обмежене коло учасників операцій РЕПО необхідно розглядати як недолік, що знижує розвиток цих операцій і тим самим збільшує борг нафто- та газотрейдерів при ввезенні енергоресурсів в Україну перед бюджетом, які змушені розраховуватися векселями, а не «реальними» коштами.

Для комерційних банків операція РЕПО є дуже вигідним фінансовим інструментом, що зумовлено двома обставинами.

¹ Лаврушин А. Банковское дело. — М., 2000. — С. 437—438.

По-перше, якщо у комерційних банків не вистачає власних обігових коштів для надання кредиту, вони здійснюють операцію РЕПО, таким чином збільшуючи суму (ліміт), необхідну для того, щоб з'явилась можливість надання кредиту. РЕПО та зворотні їм операції (зворотні РЕПО; reverse repurchase agreement) дають можливість дилеру з капіталом 100 млн дол. США оперувати позиціями номінальної вартості в мільярди доларів. Дилери використовують РЕПО та зворотні РЕПО для фінансування майже сто відсотків своїх торговельних позицій, які переносяться на наступний день. В іноземній практиці трейдери звичайно використовують термін «РЕПО» і для прямих і для зворотних RP¹.

Вигідність операцій РЕПО полягає також у тому, що під час перевірки податковою інспекцією банки, здійснюючи операції РЕПО, можуть приховувати свій неплатоспроможний стан та інші вигідні для банку умови діяльності. Зокрема, українські комерційні банки зацікавлені в проведенні даної операції переважно для підтримання ліквідності балансу².

Для Національного банку України операції РЕПО є також вигідними з двох причин. Перш за все, за допомогою цієї операції Національного банку України вилучається зайва грошова маса з ринку банківських кредитів, що знижує ризик інфляції. Крім того, НБУ отримує дохід від проведення таких операцій.

Під час проведення операцій РЕПО кожен з її учасників отримує дохід у вигляді різниці між купівлею та продажем державних цінних паперів.

Відповідно до пунктів 2.9 і 2.10 наведеного вище Положення про операції РЕПО ціною продажу Національним банком України державних цінних паперів зі свого портфеля за операцією зворотного РЕПО є ринкова або балансова (у разі відсутності активного фондового ринку) їх вартість. У свою чергу, ціна зворотного викупу банками державних цінних паперів залежить від суми залучених На-

¹ *Кристина И. Рэй. Рынок облигаций: торговля и управление рисками. — М.: Дело, 1999. — С. 145.*

² *Лаврушин А. Ванковское дело. — М., 2000. — С. 438.*

ціональним банком України коштів, строку дії операції РЕПО, процентних ставок за борговими зобов'язаннями (депозитними сертифікатами) Національного банку.

Операції прямого РЕПО, які здійснюються між Національним банком і комерційними банками, обліковуються як у Національному банку, так і в банках на балансових рахунках бухгалтерського обліку кредитних операцій відповідно до нормативно-правових актів Національного банку України. Наведене положення поширюється і на операції «зворотного» РЕПО.

Правова природа договору РЕПО. Наведене дає підстави для висновку про те, що правова природа операцій РЕПО обумовлена взаємним зв'язком їх економічної сутності і правової форми закріплення.

Економічна сутність операції репо полягає в тому, що одна сторона — НБУ — надає грошові кошти на певний час іншій стороні — первинним дилерам ринку державних цінних паперів за визначену плату. При цьому первинний власник грошових коштів — НБУ — отримує у вигляді забезпечення облігації базових випусків (тобто, за якими допущено проведення РЕПО-операції). У зв'язку з цим у літературі обґрунтовується позиція про те, що за своїм економічним смислом операція репо виступає аналогом позики (кредитної операції) під заставу цінних паперів, а купівля-продаж — лише форма її реалізації¹.

Однак правова форма проведення операції полягає в тому, що виконання операцій РЕПО досягається шляхом виконання двох угод купівлі-продажу, під час яких право власності на папери по черзі переходить від однієї сторони до іншої. Відсутність інституту угод РЕПО в українському Цивільному кодексі робить очевидним, на перший погляд, застосування до відносин сторін за цією угодою інституту договору купівлі-продажу.

У зв'язку з цим у літературі операції РЕПО переважно визнають «... угодою про купівлю (продаж) цінних паперів

¹ Кузнецов М., Нифатов П., Храпченко Л., Леонова Е. Операции репо как механизм управления ликвидностью // Рынок ценных бумаг. — 1997. — № 21 (108). — С. 30; Трошин И. Сделки РЕПО: проблемы правовой квалификации // Хозяйство и право. — 2003. — № 11. — С. 50.

з наступною обов'язковою купівлею (продажем) за ціною, яка визначається в момент укладення угоди»¹, на який, відповідно, поширюються загальні положення ЦК про істотні умови договору купівлі-продажу — його предмет (вважається, що інші умови — ціна, якість є визначеними)². При цьому предмет договору купівлі-продажу повинен вважатися встановленим, якщо зміст договору дозволяє визначити найменування і кількість товарів. У цьому разі до числа істотних мають належати також: умови, щодо яких наявні спеціальні вказівки в законах або інших правових актах про те, що вони є істотними або необхідними для договорів даного виду; умови, щодо яких за заявою однієї із сторін повинна бути досягнута домовленість³.

І. Трошин обґрунтовує більш широкий перелік істотних умов договору РЕПО як купівлі-продажу цінних паперів, зокрема: предмет, об'єкт, ціну, строк, ставку⁴.

Крім зазначених вище істотних умов угоди РЕПО, в літературі слушно звертається увага на специфічний характер, притаманний зобов'язанням сторін щодо укладення другої частини угоди РЕПО. Зокрема, зазначається та обставина, що друга частина угоди РЕПО («викуп» цінних паперів) стає можливою завдяки тому, що сторони записали в договорі (або договорах) відповідні положення про другу частину угоди. Обов'язок сторін щодо укладення другого договору купівлі-продажу (на «викуп» цінних паперів) впливає із зобов'язань, прийнятих ними на себе за першим договором, оскільки в силу загальних положень цивільного права про підстави договору обов'язок укласти договір може бути передбачений добровільно прийнятим зобов'язанням. Сторони першої і другої частин угоди РЕПО стають зобов'язаними одна перед одною укласти договір на зворотній продаж цінних паперів у силу

¹ Юлдашбаева Л. Ф. Гражданско-правовое регулирование сделок с эмиссионными ценными бумагами: Дис. ... канд. юрид. наук. — М., 1999 (цит. по: Трошин И. Сделки РЕПО: проблемы правовой квалификации // Хозяйство и право. — 2003. — № 11. — С. 56.

² Витрянский В. В. Договор купли-продажи. К проекту второй части Гражданского кодекса РФ // Закон. — 1994. — № 12.

³ Витрянский В. В. Существенные условия договора // Хозяйство и право. — 1998. — № 7. — С. 3.

⁴ Трошин И. Сделки РЕПО: проблемы правовой квалификации // Хозяйство и право. — 2003. — № 11. — С. 54.

того, що на першому етапі покупець цінних паперів бере на себе зобов'язання продати цінні папери на другому етапі, а продавець бере на себе зобов'язання їх купити. У випадку ухилення будь-якої сторони від укладення договору на зворотний продаж інша сторона може звернутися до суду з позовом про спонукання до укладення договору¹.

У зв'язку з цим у літературі звертається увага на можливість оформлення зобов'язань зі вчинення другої частини угоди РЕПО як у вигляді конкретних самостійних зобов'язань з купівлі-продажу, так і в формі попереднього договору. При цьому останній варіант (попередній договір) пропонується розглядати більш привабливим і доцільним з точки зору захисту кредитора від ризику відмови контрагента від вчинення другої частини угоди РЕПО. Невизначеність всіх умов зустрічного надання на момент укладення угоди зворотного РЕПО найповніше відповідає цілям інституту попереднього договору, який називався «запродажем» у дореволюційній російській юриспруденції. Г. В. Шершеневич писав, що запродажем називається договір, в силу якого сторони зобов'язуються укласти в певний строк договір купівлі-продажу. Тобто це попередній договір про укладення іншого договору. Потреба в ньому викликана існуванням перешкод для укладення того договору, який передбачається в майбутньому, внаслідок відсутності будь-яких умов, необхідних для його укладення. Зі зміною в наступному обставин відкривається можливість укласти головний договір. Історично договір запродажу викликаний неможливістю вчинити купівлю-продажу нерухомості, яка знаходиться під заборонаю².

Наведена ідея щодо оформлення угоди РЕПО за допомогою конструкції попереднього договору видається мало пристосованою для практичної реалізації, хоч і припустимою з теоретичних міркувань. Запропоноване вище розуміння угоди зворотного РЕПО ймовірніше за все не буде сприйняте сто-

¹ Юлдашбаева Л. Ф. Гражданско-правовое регулирование сделок с эмиссионными ценными бумагами: Дис. ... канд. юрид. наук. — М., 1999 (Цит. по: Трошин И. Сделки РЕПО: проблемы правовой квалификации // Хозяйство и право. — 2003. — № 11. — С. 56.

² Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. — М., 1995.

роною, заінтересованою у вчиненні другої частини РЕПО, оскільки зобов'язана сторона буде використовувати ситуацію відсутності основного договору як привід для ухилення від його реального виконання. Тому найбільш адекватною правовою формою угоди РЕПО має розглядатися сукупність двох договорів зворотної (зустрічної) купівлі-продажу.

Виявлення і визначення істотних і необхідних умов угоди РЕПО як зворотної купівлі-продажу (цінних паперів) обумовило існування обґрунтованих у науці позицій про угоду РЕПО як позику під заставу і зворотню купівлю-продаж.

За таких обставин, вважає В. А. Белов, право власності на цінні папери, які перейшли за першою частиною угоди РЕПО до покупця, зразу ж обтяжується зобов'язальним правом вимоги продавця¹.

Критикуючи заставний характер цієї угоди в літературі, автори звертають увагу на ту обставину, що «зазначені права вимоги не можуть обмежити покупця за першою частиною угоди РЕПО наявними в розпорядженні цінними паперами, оскільки ці права набувають юридичної сили і значимості щодо цінних паперів, які виступають об'єктом угоди РЕПО, з моменту укладення сторонами другої частини такої угоди. Саме з цього моменту у покупця за першою частиною угоди РЕПО виникає в силу ст. 307 ЦК РФ зобов'язання перед продавцем, а в продавця — право вимоги до покупця щодо цінних паперів. До цього моменту продавець володіє лише правом вимоги укладення другої частини угоди РЕПО, але жодних зобов'язальних прав щодо цінних паперів до цього моменту він не має. Відповідно, висновки про обмеження права власності покупця за першою частиною угоди РЕПО недостатньо переконливі².

Г. Ф. Шершеневич, крім того, зазначав, що це тільки видимість, хоча на неї зважають піддаються і юристи³. Своєрідною позицією під заставу угоду РЕПО розглядають бага-

¹ Белов В. А. Банковские операции с ценными бумагами. Правовое регулирование банковской деятельности / Под ред. Е. А. Суханова. — М., 1997.

² Трощин И. Сделки РЕПО: проблемы правовой квалификации // Хозяйство и право. — 2003. — № 11. — С. 54.

³ Шершеневич Г. Ф. Учебник торгового права (по изданию 1914 г.). — М., 1994. — С. 241.

то сучасних цивілістів (наприклад, М. Кузнецов, Р. А. Майданик, В. А. Белов). Насправді, зазначає Г. Ф. Шершеневич, — тут дві угоди, застава немає, оскільки відсутнє будь-яке речове право і об'єктом другої угоди при виконанні можуть виявитися не ті самі речі, що в першій. Сутність репорта з юридичного боку полягає в невідривності обох моментів угоди, купівлі за готівку і продажу в кредит»¹.

Однак Г. Ф. Шершеневичу не вдалося уникнути певної непослідовності у своїх поглядах, оскільки запропоноване ним розуміння угоди РЕПО як договору купівлі-продажу виявилось діаметрально протилежним обґрунтованим цим автором ознакам угоди РЕПО, які майже повністю співпадають з ознаками позики під заставу. Так, за Г. Ф. Шершеневичем сутність репорта (репо) полягає в тому, що одна особа купує певну кількість цінних паперів і одночасно продає ті самі цінні папери тій самій особі за підвищеною ціною на строк, зазвичай, нетривалий. Різниця в ціні становить винагороду за користування чужим капіталом. Запропонована автором конструкція угоди РЕПО (репорта) як купівлі-продажу цінних паперів одночасно містить у собі всі встановлені ним же на основі чинного в ті часи законодавства істотні умови договору позики (передача замінимих речей у власність і обов'язок їх повернення). Незважаючи на це, Г. Ф. Шершеневич дійшов суперечливого висновку про те, що з боку результату створюється враження немов би позики під заставу². У зв'язку з цим у літературі справедливо піддано критиці його висновок про те, що враження позики лише видимість, а угода, з урахуванням міркувань Г. Ф. Шершеневича, належить, як мінімум, до змішаних договорів³.

З наведеною вище позицією щодо заперечення забезпечувального характеру угоди РЕПО не можемо повністю погодитися, оскільки основна мета угоди РЕПО полягає саме в передачі позикодавцю права власності на цінні папери, які виступають забезпеченням належного виконання зобо-

¹ Шершеневич Г. Ф. Учебник торгового права (по изд. 1914 г.). — М., 1994. — С. 241.

² Шершеневич Г. Ф. Там само.

³ Трошин И. Сделки РЕПО: проблемы правовой квалификации // Хозяйство и право. — 2003. — № 11. — С. 58.

в'язань позичальника. Наявність чи відсутність обмежень здійснення права власності на такі цінні папери не має визначального значення на кваліфікацію цих відносин забезпечувальним правом власності. Тому перспективною видається висловлена в літературі позиція про визнання операцій РЕПО різновидом забезпечувального права власності¹.

Визначальним для визначення природи угоди РЕПО є склад цілей цього правочину, які дедалі частіше розглядаються судовою практикою як істотні умови правочину².

Під метою правочину в літературі цілком слушно розуміють «єдність цілей виникнення та існування обов'язків та правочинів, які, в свою чергу, полягають в отриманні зустрічного надання». Інакше кажучи, справедливо зазначає Ю. Фогельсон, — метою виникнення та існування обов'язку виступає предмет іншого обов'язку. Наприклад, метою виникнення обов'язку покупця зі сплати грошей виступає отримання придбаного товару. Метою виникнення обов'язку продавця передати товар покупцю є отримання грошей³.

З точки зору мети сторони угоди РЕПО переслідують інші цілі, ніж звичайна «передача права власності на цінні папери (об'єкт угоди РЕПО) за певну ціну»⁴, що підтверджує необгрунтованість розуміння природи угоди РЕПО як (звичайної) купівлі-продажу цінних паперів.

Зазначений правочин направлений, з одного боку, «на заміну купівлею-продажем кредитування під заставу, а з іншого, метою угоди РЕПО також може виступати можливість «зіграти» на курсі цінних паперів»⁵. Визначальною

¹ Майданик Р. А. Проблеми довірчих відносин в цивільному праві. — К.: ВПЦ «Київський університет», 2002. — С. 174—176.

² Постановление Президиума ВАС РФ от 29 апреля 1997 г. № 131/96 и от 25 ноября 1997 года № 2186/96 по делам о признании недействительными договоров уступки; Постановление Президиума ВАС РФ от 9 февраля 1999 г. № 6747/98; Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 28 сентября 1999 г. № 47 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением Закона Российской Федерации «Об авторском праве и смежных правах» // Вестник ВАС РФ. — 1999. — № 11.

³ Фогельсон Ю. Хозяйственная цель сделки // Хозяйство и право. — 2001. — № 2. — С. 83.

⁴ Демушкина Е. С. Сделки с государственными ценными бумагами — ГКО и ОФЗ-ПК // Рынок ценных бумаг. — 1997. — № 1.

⁵ Рохина О. А. Правовые основы срочного рынка ценных бумаг в России // Право и экономика. — 1997. — № 10.

метою цього правочину є «кредитування під заставу цінних паперів»¹, «сторони якого виходять із потреби в реальному кредиті»² і виступають «учасниками правовідносин позикового характеру»³, воля яких взаємно направлена на встановлення між ними позикових правовідносин.

У зв'язку з цим І. Трошин цілком слушно дійшов висновку про визнання угоди РЕПО договором позики, оскільки «головною і єдиною метою угоди РЕПО є надання вільних фінансових ресурсів (грошових коштів, цінних паперів) однією стороною в тимчасове користування і за плату іншій стороні»⁴.

Метою виникнення та існування зобов'язання кредитора надати фінансові ресурси (грошові кошти) закріплена в предметі зустрічного зобов'язання у вигляді зобов'язання боржника зі сплати процентів за час користування ними. Відповідно, для боржника мета зобов'язання зі сплати процентів полягає в отриманні у власність грошових коштів, цінних паперів або інших об'єктів.

Однак угоду РЕПО можна визнавати договором позики з певним застереженням, оскільки в буквальному розумінні має йтися, скоріше, про так звану іррегулярну позику, тобто опосередковану правовою конструкцією купівлі-продажу.

Наведене застереження викликане тим, що угоди РЕПО як позика цінних паперів мають, зазвичай, економічний сенс лише у випадку їх укладення через правову конструкцію, що дає можливість контрагентам практично негайно і з мінімальними витратами отримати відповідні фінансові ресурси позикодавця і провести розрахунки за процентами, а також більш надійно забезпечити інтереси позикодавця щодо гарантованого повернення об'єкта позики⁵.

При звичайному ж оформленні позики позикодавцю необхідно через депозитарій або реєстратора перевести

¹ Юлдашбаева Л. Ф. Гражданско-правовое регулирование сделок с эмиссионными ценными бумагами: Дис. ... канд. юрид. наук. — М., 1999 (цит. по: Трошин И. Сделки РЕПО: проблемы правовой квалификации // Хозяйство и право. — 2003. — № 11. — С. 56.

² Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. — М.: Статут, 1998.

³ Шарп У. Ф., Александер Г. Дж., Бэйли Дж. В. Инвестиции / Пер. с англ. — М.: ИНФРА-М, 1997.

⁴ Трошин И. Сделки РЕПО: проблемы правовой квалификации // Хозяйство и право. — 2003. — № 11. — С. 61.

⁵ Там само. — С. 62.

відповідні цінні папери на рахунок депо-позичальника, а також оформити заставу за рахунком депо, що досить часто не влаштовує позичальника з точки зору регулювання своєї ліквідності, відкриття або підтримання зайнятої ним або його клієнтами на ринку цінних паперів позиції (зокрема, складення передавальних розпоряджень з урахуванням режиму роботи депозитарія або реєстратора займе не менше двох днів).

Додатковим аргументом доцільності визнання угод РЕПО договорами іррегулярної позики під заставу виступає загроза поширення судової практики визнання таких угод удаваними, як такими, що приховують заставні відносини. В окремих випадках суди визнають удаваний характер угод РЕПО як купівлі-продажу цінних паперів, сутність якої полягає у визнанні такого правочину позикою під заставу, до якої мають застосовуватися правила ЦК про позику і заставу¹.

Враховуючи економічну витребуваність схем угод РЕПО юридично адекватним є визнання їх саме договорами іррегулярної позики під забезпечення у вигляді забезпечувального права власності як альтернативного заставі способу забезпечення виконання зобов'язань.

Таким чином, угода РЕПО є складним зобов'язанням іррегулярної позики, забезпеченої переходом права власності на майно (цінні папери) до позичальника, мету якої становлять погоджені цілі обов'язків відповідної зобов'язаної сторони правочину вчинити певні дії на їх виконання (обов'язків), сформована як результат єдності цілей і взаємної направленості волі обох сторін на встановлення між ними позикових правовідносин.

За своєю юридичною природою договір між НБУ і первинними дилерами необхідно розглядати не самостійним договором купівлі-продажу, а особливим видом договору про забезпечувальне право власності, в якому боржник передає право власності на цінний папір на забезпечення виконання зустрічного грошового зобов'язання перед кредитором.

¹ Трошин И. Сделки РЕПО: проблемы правовой квалификации // Хозяйство и право. — 2003. — № 11. — С. 62—63.

Подвійні функції, які виконуються репортом, обумовили ризиковий характер операцій РЕПО. По-перше, репорт є засобом продовжити біржову спекуляцію, яка не виправдалася в короткі строки, але спекулянт (покупець) впевнений у своїй правоті. З точки зору такої мети репорта, останній має характер пролонгаційної угоди. По-друге, репорт є вигідним засобом інвестування капіталу на короткий строк, якщо капітал тимчасово не знаходить надійного вкладення. Вигода репорта для репортера очевидна: а) капітал не залишається невикористаним; б) короткостроковість угоди не пов'язує свободи дій підприємця; в) отримані покупцем папери є надійним забезпеченням¹.

Види договорів РЕПО. Особливість змісту операцій РЕПО знайшла відображення в структурі і видах угод РЕПО. Залежно від того, що НБУ продає в першій частині угод, виділяють «пряме» і «зворотне» РЕПО. За необхідності підвищення ліквідності банківської системи України НБУ проводить операції «прямого РЕПО», що передбачає викуп належних банку облигацій з умовою обов'язкового зворотного викупу облигацій банком-власником. У випадку надлишкової ліквідності НБУ продає банкам облигації із свого портфелю на умовах «зворотного РЕПО», з обов'язком викупу у банків цих облигацій у визначені строки і за визначеною ціною. Операції зворотного репо за своєю суттю виступають аналогами депозитних операцій. Їх мета — вилучення надлишкової ліквідності (тобто грошової маси) з ринку і з банківської системи. Тому ця операція повинна застосовуватися НБУ у випадках саме надлишку грошових коштів на ринку, а не створювати банкам — первинним дилерам можливості постійного отримання безризикового доходу².

Прийнято виділяти так звані «істинні» РЕПО і РЕПО типу «продажу—зворотної купівлі»³. На відміну від РЕПО

¹ Шершеневич Г. Ф. Учебник торгового права (по изданию 1914 г.). — М., 1994. — С. 241.

² Кузнецов М., Нифатов П., Храпченко Л., Леонова Е. Операции репо как механизм управления ликвидностью // Рынок ценных бумаг. — 1997. — № 21 (108). — С. 32.

³ Авилон Л. Е. Сделки РЕПО. Что понимается под сделкой РЕПО? // эж-ЮРИСТ. — 1998. — № 19 (21). — С. 3.

типу «продажу—зворотної купівлі» «істинні РЕПО» вчиняються сторонами тільки за наявності генеральної угоди між ними про здійснення угод РЕПО. Така угода повинна чітко визначати права, відповідальність сторін і порядок розрахунків між ними за угодами. Як правило, в «істинному РЕПО» явно виділяється процентний дохід за угодою на відміну від РЕПО типу «продажу—зворотної купівлі», в яких дохід визначається побічно як різниця між ціною купівлі і ціною продажу з урахуванням проміжних купонних платежів.

«Істинні РЕПО» можуть охоплювати як угоди з поставкою цінних паперів, так і угоди без їх поставки, які, зазвичай, називаються РЕПО «у свого депозитарія».

Операції на ринку РЕПО-кредитування здійснюються НБУ як на підставі прямої домовленості з банками, так і шляхом проведення тендеру заявок банків на участь в РЕПО-угодах.

В Україні передбачено такі види угод РЕПО: нічне РЕПО (передбачає строк дії — один день, фіксовану процентну ставку і витрати на весь строк проведення операції); відкрите РЕПО (передбачає нефіксований строк дії, кожна зі сторін може вимагати виконання операції РЕПО в будь-який час, але з обов'язковим повідомленням про дату завершення дії цього договору. Процентний дохід і витрати не є фіксованими і перераховується залежно від того, скільки днів триває операція РЕПО); строкове РЕПО (передбачає чітко визначений строк. Процентний дохід і витрати обумовлені та є фіксованими на час проведення операції)¹.

На період дії договору РЕПО-кредитування державні цінні папери (облігації) блокуються на депо-рахунку покупця облігацій. Ціна угоди «пряме РЕПО» визначається з урахуванням доходності, визначеної за середньозваженою ціною первинного аукціону, облігації якого є предметом застави. Ціна угоди «зворотного РЕПО» визначається договором. При укладенні РЕПО-угоди в НБУ відкривається маржинальний рахунок, на який банк-контрагент перераховує гарантійний внесок у розмірі різниці між ціною, роз-

¹ Фондовый рынок Украины. — 1997. — № 4. — 27 января—1 февраля. — С. 5—6.

рахованою на підставі доходності первинного аукціону і тією, що розрахована на підставі «ринкової оцінки» рівня доходності. У випадку «значного зниження цін на цінні папери, за якими укладено договір РЕПО-кредитування» внесок на маржинальному рахунку повинен бути відповідно збільшений. У випадку відмови продавця від зворотного викупу облігації переходять у власність кредитора¹.

Останнім часом не тільки на ринку цінних паперів, а й на товарному ринку отримали поширення угоди продажу із зобов'язанням (правом) зворотного викупу переданого майна за попередньо обумовленою ціною і в попередньо обумовлений строк. При цьому така комбінація угод, як правило, застосовується як нетрадиційний спосіб забезпечення виконання зобов'язання, за яким кредитор переслідує мету придбання права власності на майно боржника до виконання ним прийнятих на себе зобов'язань.

Угоди продажу із зобов'язанням (правом) зворотного викупу в багатьох випадках дають кредитору набагато більше гарантій виконання його контрагентом своїх договірних зобов'язань, ніж інші види забезпечення (застава, неустойка, порука тощо). Зокрема, у випадку невиконання або неналежного виконання контрагентом умов договору, кредитор звільнений від дотримання довгострокових процедур, необхідних при зверненні стягнення на заставлене майно, від «очікування своєї черги» при нестачі грошових коштів у боржника або його поручника та інших умовностей, які багато в чому не відповідають інтересам потерпілої особи.

У літературі зверталась увага на виникнення певних труднощів при укладенні угод типу РЕПО, які виникають у ситуації, коли законодавством передбачена обов'язкова реєстрація угод, наприклад, якщо предметом договору виступає земельна ділянка або інше нерухоме майно. Відповідно до Тимчасового положення про порядок державної реєстрації права власності на нерухоме майно, затвердженого наказом Міністерства юстиції України за № 715 від 07.02.2002 р.², учасниками відносин, які виникають при

¹ Фондовый рынок Украины. — 1997. — № 4. — 27 января—1 февраля. — С. 5—6.

² Юридичний вісник України. — 2002. — 16—22 березня. — С. 15—21.

державній реєстрації прав на нерухоме майно і угод з ним, є власники нерухомого майна та володарі інших прав на нього, які підлягають державній реєстрації, з одного боку, і органи, що здійснюють державну реєстрацію прав, — з іншого.

Однак на момент укладення договору «прямої» реалізації нерухоме майно ще не належить кредитору. Тому одночасна реєстрація договорів «прямої» та «зворотної» реалізації неможлива, оскільки такі угоди визнаються неукладеними, що призводить до негативних наслідків. Розрив у часі між реєстрацією договорів «прямої» та «зворотної» реалізації нерухомого майна фактично означає залежність виконання попередніх домовленостей від доброї волі однієї зі сторін і є свідченням прояву особливої довіри з боку іншої особи, що далеко не завжди гарантує захист інтересів цієї сторони як фідуціанта. У зв'язку з цим обгрунтовано є висловлена в літературі позиція, згідно з якою рекомендується у випадку, коли предметом угод РЕПО є нерухоме майно або інше майно, яке вимагає державної реєстрації, сторонам доцільно до державної реєстрації договору «прямої» реалізації предмета угоди укласти договір «зворотної» та реалізувати в простій письмовій формі (без державної реєстрації). У наступному, у випадку ухилення однієї зі сторін від участі в державній реєстрації договору «зворотної» реалізації суд буде мати право за вимогою іншої сторони винести рішення про реєстрацію такої угоди¹.

Постанова Національного банку України від 29.05.2001 р. передбачає відповідальність за несвоєчасне виконання зобов'язання щодо перерахування коштів за договором про здійснення операцій РЕПО. Винна сторона при цьому сплачує на користь іншої сторони пеню в розмірі 0,5 процента від суми зобов'язання за кожний день прострочення, але не більше подвійної облікової ставки Національного банку, що діяла в період прострочення виконання зобов'язання, та повинна відшкодувати збитки, завдані простроченням виконання зобов'язання.

У разі несвоєчасного виконання зобов'язання щодо поставки (блокування) державних цінних паперів за догово-

¹ Авилон Л. Е. Сделки РЕПО. Что понимается под сделкой РЕПО? // *эж-ЮРИСТ*. — 1998. — № 19(21). — С. 3.

ром про здійснення операції РЕПО винна сторона сплачує на користь іншої сторони штраф, розмір якого встановлюється сторонами в договорі, та зобов'язана відшкодувати збитки, завдані простроченням виконання зобов'язання.

У випадку здійснення операції «прямого» РЕПО, в договорі має бути передбачено, що в разі несвоєчасного виконання банком зобов'язання щодо зворотної купівлі державних цінних паперів Національний банк може застосувати переважне і безумовне право задовольнити свої вимоги шляхом списання у безспірному порядку заборгованості з кореспондентського рахунку зобов'язаної сторони в повному обсязі відповідно до норм ст. 73 Закону України «Про національний банк України».

Якщо одна зі сторін договору не здійснює зворотної купівлі державних цінних паперів у визначений термін через відсутність коштів, то інша сторона має право залишити державні цінні папери у своїй власності, про що сторони укладають додаткову угоду. Положення про відповідальність, передбачену наведеним Положенням Національного банку України, направлені на недопущення зловживання своїм становищем учасниками цих операцій, оскільки можливі випадки, коли курс державних цінних паперів значно підвищується на визначений момент зворотної передачі цінних паперів, що дасть можливість отримати вищий прибуток, ніж коли зворотна передача цінних паперів відбулася б за умовами договору.

З метою забезпечення виконання зобов'язань про зворотний викуп державних цінних паперів Національний банк України — покупець у першій частині операції РЕПО — отримує гарантійний внесок, виходячи з ринкової оцінки державних цінних паперів, які є предметом операції РЕПО. Гарантійний внесок, поряд зі штрафними санкціями, є засобом захисту від потенційних збитків у разі різких коливань цін на державні цінні папери. Сума гарантійного внеску залежить від терміну укладеної угоди за операцією РЕПО, типу державних цінних паперів, які є предметом угоди, та суми очікуваного доходу за цими цінними паперами. У випадку різкого зниження цін на цінні папери, за якими укладено угоди РЕПО, продавець цінних паперів (позичальник) має додатково перерахувати кошти або оформи-

ти заставу для більшої гарантії виконання зобов'язань. Граничне значення зниження цін на державні цінні папери визначається в договорі про операцію РЕПО. У разі, якщо одна зі сторін операції РЕПО не здійснює зворотну купівлю державних цінних паперів у визначений договором термін через відсутність коштів, покупець втрачає право на викуп цих цінних паперів, і гарантійний внесок, який мав місце за угодою, при цьому не повертається¹.

Таким чином, зміст операцій РЕПО полягає в тому, що сторона, яка купила цінні папери у іншої сторони, зобов'язується продати назад ті самі або аналогічні придбаним цінні папери у визначений день або за вимогою за ціною, визначеною на момент їх купівлі. Ризик невиконання зобов'язання забезпечується правом кредитора залишити цінні папери у свою власність або реалізувати їх з метою погашення заборгованості.

Ризиковий характер операцій РЕПО полягає в можливості виникнення негативної курсової різниці між попередньо обумовленою ціною зворотної купівлі й поточним курсом цих цінних паперів на визначений день або за вимогою покупця.

¹ Мельник В. А. Ринок цінних паперів: Довідник для підприємця. — К., 1999. — С. 74—75.

Список використаної літератури

Нормативно-правові акти

Конституція України від 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.

Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. (зі змінами та доповненнями) — К.: Юрінком Інтер, 2005.

Цивільний кодекс Української РСР від 18 липня 1963 р. // Відомості Верховної Ради УРСР. — 1963. — № 57. — Ст. 731 (втратив чинність).

Господарський кодекс від 16 січня 2003 р. (зі змінами та доповненнями) — К.: Юрінком Інтер, 2005.

Кодекс торговельного мореплавства України від 23 травня 1995 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1995. — № 47. — Ст. 349.

Повітряний кодекс України від 4 травня 1993 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1993. — № 25. — Ст. 274.

Закон України «Про банки і банківську діяльність» від 7 грудня 2000 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 5. — Ст. 30.

Закон України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» від 12 липня 2001 р. № 2664-III // Урядовий кур'єр. — 2001. — № 154. — С. 9—10.

Закон України «Про державний матеріальний резерв» від 24 січня 1997 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1997. — № 13. — Ст. 112.

Закон України «Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти» від 22 лютого 2000 р. // Урядовий кур'єр. — 2000. — 24 травня.

Закон України «Про захист прав споживачів» у редакції від 1 грудня 2005 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2006. — N 7. — Ст. 84.

Закон України «Про фінансовий лізинг» у редакції Закону N 1381-IV від 11 грудня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — N 15. — Ст. 231.

Закон України «Про цінні папери і фондову біржу» від 18 червня 1991 р. (зі змінами та доповненнями) // Відомості Верховної Ради України. — 1991. — № 38. — Ст. 508.

Закон України «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетними та державними цільовими фондами» від 21 грудня 2000 р. // Відомості Верховної Ради. — 2001. — № 10. — Ст. 44.

Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23 червня 2005 р. // Урядовий кур'єр. — 2005. — 31 серпня.

Закон України «Про судоустрій України» від 7 лютого 2002 р. // Юридичний вісник України. — 2002. — № 13.

Закон України «Про судоустрій України» від 5 червня 1981 р. // Відомості Верховної Ради УРСР. — 1981. — № 24. — Ст. 357 (втратив чинність).

Закон України «Про арбітражний суд» від 4 червня 1991 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1991. — № 36. — Ст. 469 (втратив чинність із 1 червня 2002 р. у зв'язку з введенням в дію ЗУ «Про судоустрій України»).

Закон України «Про оренду державного та комунального майна» від 10 квітня 1992 р. (зі змінами та доповненнями) // Орендні відносини в Україні: 36. нормативних актів. — К.: Юрінком Інтер, 2001.

Закон України «Про поставки продукції для державних потреб» від 22 грудня 1995 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 3. — Ст. 9.

Закон України «Про страхування» в редакції від 04 жовтня 2001 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2002. — № 7. — Ст. 50.

Закон України «Про товарну біржу» від 10 грудня 1991 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 10. — Ст. 139.

Закон України «Про транспорт» від 10 листопада 1994 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 51. — Ст. 446.

Закон України «Про залізничний транспорт» від 4 липня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 40. — Ст. 183.

Закон України «Про трубопровідний транспорт» від 15 травня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 29. — Ст. 139.

Закон України «Про автомобільний транспорт» від 5 квітня 2001 р. // Відомості Верховної Ради. — 2001. — № 22. — Ст.105.

Закон України «Про бібліотеки і бібліотечну справу» в редакції Закону N 1561-III від 16 березня 2000 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2000. — № 23. — Ст.177.

Закон України «Про захист суспільної моралі» від 20 листопада 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — N 14. — Ст.192.

Закон України «Про нафту і газ» від 12 липня 2001 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 50. — Ст. 262 (із змінами, внесеними згідно із Законом № 344-IV/344-15 від 27 листопада 2003).

Указ Президента України «Про державну реєстрацію нормативно-правових актів міністерств та інших органів виконавчої влади» від 3 жовтня 1992 р. // Збірник указів Президента України. — 1992. — № 4. — 31 грудня.

Загальні умови укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві. Затверджені постановою Кабінету Міністрів України від 1 серпня 2005 р. // Урядовий кур'єр. — 2005. — № 163. — 31 серпня.

Типові платіжні умови зовнішньоекономічних договорів (контрактів) і типові форми захисних застережень до зовнішньоекономічних договорів (контрактів), які передбачають розрахунки в іноземній валюті. Затверджені постановою Кабінету Міністрів України і Національного банку України від 21 червня 1995 р. № 444.

Типовий статут казенного підприємства. Затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 16 червня 1998 р. // Офіційний вісник України. — 1998 р. — № 24. — С. 90.

Статут залізниць України. Затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 6 квітня 1998 р. // Офіційний вісник України. — 1998. — № 14. — С. 150.

Статут внутрішнього водного транспорту. Затверджений постановою Ради Міністрів СРСР від 15 жовтня 1955 р. // СП СРСР. — 1959. — № 2. — Ст. 12.

Статут автомобільного транспорту УРСР. Затверджений постановою Ради Міністрів УРСР від 27 червня 1969 р. // ЗП УРСР. — 1969. — № 7. — Ст. 89.

Зразковий договір застави. Затверджений Положенням про порядок надання Фондом державного майна України дозволу на заставу державного майна, затвердженого наказом Фонду державного майна України від 4 червня 1996 р. № 618 // Збірник типових договорів / Автори-упорядники М. І. Гейко, М. М. Лядецький. — К.: А.С.К., 2000. — С. 464.

Положення про порядок здійснення Національним банком України з банками операцій РЕПО. Затверджене постановою НБУ від 29 травня 2001 р. // Офіційний вісник України. — 2001 р., № 25. — С. 38. — Ст. 1118 (втратило чинність).

Положення про порядок надання фінансових послуг ломбардами. Затверджене розпорядженням Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг України від 26 квітня 2005 р. № 3981 // Офіційний вісник України. — 2005 р. — № 21. — С. 81. — Ст. 1146.

Положення про форму зовнішньоекономічних договорів (контрактів). Затверджено наказом Міністерства економіки та з питань європейської інтеграції України від 6 вересня 2001 р. № 201.

Примірний договір фінансового лізингу. Затверджений наказом Міністерства України у справах науки і технологій від 3 березня 1998 р. № 59.

Примірний інноваційний договір. Затверджений наказом Міністерства України у справах науки і технологій від 3 березня 1998 р. № 59 // Офіційний вісник України. — 2001 р. — № 39. — С. 158. — Ст. 1784.

Тимчасова методика визначення розміру шкоди (збитків), заподіяних порушенням господарських договорів. Схвалений Державною комісією Ради Міністрів СРСР з економічної реформи від 21 грудня 1990 р. // Бюллетень

нормативних актів міністерств і ведомств ССРСР. — 1991. — № 8. — С. 3-10.

Тимчасове положення про порядок державної реєстрації права власності на нерухоме майно. Затверджене наказом Міністерства юстиції України від 07.02.2002 р. № 715 // Юридичний вісник України. — 2002. — 16—22 березня. — С.15—21.

Типовий договір купівлі-продажу пакета акцій відкритого акціонерного товариства, створеного у процесі корпоратизації, за комерційним конкурсом. Затверджений наказом Фонду державного майна України від 21 серпня 1997 р. № 910 та № 911 // Збірник типових договорів / Авторі-упорядники М. І. Гейко, М. М. Лядецький. — К.: А.С.К, 2000. — С. 464 (наказ втратив чинність на підставі Наказу Фонду державного майна від 17.04.2000 № 806).

Типовий договір купівлі-продажу пакета акцій відкритого акціонерного товариства, створеного у процесі приватизації, за некомерційним конкурсом. Затверджений наказом Фонду державного майна України від 21 серпня 1997 р. № 911 (втратив чинність).

Примірний договір купівлі-продажу пакета акцій відкритого акціонерного товариства за конкурсом. Затверджений наказом Фонду державного майна України від 28.03.2005 N 689 // Офіційний вісник України. — 2005 — № 14. — С. 144. — Ст. 742.

Типовий договір обов'язкового страхування врожаю сільськогосподарських культур і багаторічних насаджень державними сільськогосподарськими підприємствами, врожаю зернових культур і цукрових буряків сільськогосподарськими підприємствами всіх форм власності. Затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 11 липня 2002 р. № 1000 // Офіційний вісник України. — 2002 — № 29. — С. 91. Ст. 1379.

Типовий договір оренди цілісного майнового комплексу державного підприємства (статутного підрозділу підприємства). Затверджений наказом Фонду державного майна України від 23 серпня 2000 р. № 1774 // Орендні відносини в Україні: Збірник нормативних актів. — К.: Юрінком Інтер, 2001. — С. 204.

Міжнародні нормативно-правові документи

ІНКОТЕРМС. Офіційні правила тлумачення торговельних термінів Міжнародної торговельної палати (редакція 2000 р.) // Урядовий кур'єр. — 2002. — 3 квітня, 10 квітня.

Регламент 4087/88 про застосування ст. 85 (3) Римського договору щодо категорії угод про франчайзинг від 30 листопада 1988 р. // Official Journal EEC L 359/46.28.12.1988.

Регламент про застосування ст. 81.1 Консолідованої версії Договору про ЄС щодо категорії вертикальних угод та узгодженої практики. Прийнятий Комісією 22 грудня 1999 р. № 2790/1999 // Official Journal EEC L 336.29.12.1999. — P. 0021-0025.

Принципи міжнародних комерційних договорів (Принципи УНІДРУА). Затверджені Адміністративною радою Міжнародного інституту уніфікації приватного права. Міжнародний договір від 01.01.1994 р.

Судова практика

Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди» від 31 травня 1995 р. № 4 // Постанови Пленуму Верховного Суду України із загальних питань судової діяльності та в цивільних справах. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — С. 218-228.

Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику в справах про визнання угод недійсними» від 28 квітня 1978 р. // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — № 11. — С. 67—71.

Постанова Судової палати у господарських справах Верховного Суду України від 2 березня 2004 р. / Юридична Україна. — № 12. — 2004. — С. 88—89.

Постановление Президиума ВАС РФ от 29 апреля 1997 г. №131/96 и от 25 ноября 1997 г. № 2186/96 по делам о признании недействительными договоров уступки; Постановление Президиума ВАС РФ от 9 февраля 1999 г. № 6747/98; Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 28 сентября 1999 г. № 47 «Обзор практики рассмотрения споров,

связанных с применением Закона Российской Федерации «Об авторском праве и смежных правах» // Вестник ВАС РФ. — 1999. — № 11.

Постановление Президиума ВАС РФ от 6 октября 1998 г. №6202/97 // Хозяйство и право. — 2003. — № 11. — С. 62—65.

Роз'яснення Вищого арбітражного суду України «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з укладанням та виконанням кредитних договорів» від 6 жовтня 1994 р. № 02-5/706 (із змінами від 30 березня 1995 р., 14 травня і 18 листопада 1997 р.) // Збірник роз'яснень Вищого господарського суду України. — К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. — С. 61.

Роз'яснення Вищого господарського суду України «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з відшкодуванням моральної шкоди» від 29 лютого 1996 р. № 02-5/95 // Збірник роз'яснень Вищого господарського суду України. — К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. — С. 145—149.

Роз'яснення Президії ВАСУ «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з визнанням угод недійсними» від 12 березня 1999 р. (з наступними змінами) // Збірник роз'яснень Вищого господарського суду України. — К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. — С. 180-193.

Спеціальна література

Агарков М. М. Проблема злоупотребления правом в советском гражданском праве // Известия АН СССР. Отделение экономики и права. — 1946. — № 6.

Агарков М. М. Обязательство по советскому гражданскому праву. — М., 1940.

Агарков М. М. Понятие сделки по советскому гражданскому праву // Сов. государство и право. — 1946. — № 3—4.

Авилов Л. Е. Сделки РЕПО. Что понимается под сделкой РЕПО? // эж-ЮРИСТ. — 1998. — № 19 (21).

Азимов Ч. Н. О соотношении частного и гражданского права // Проблеми законності. — Харків: Національна юрид. академія України, 1995. — Вип. 30.

Алексеев С.С. Гражданская ответственность за невыполнение плана перевозок. — М., 1959.

Алексеев С.С. Об общих принципах советского социалистического права: Курс лекций. — Свердловск, 1963.

Алексеев С.С. Структура советского права. — М., 1975.

Алексеев С.С. Общая теория права. — Т. 1. — М.: Юрид. лит., 1981. — 360 с.

Алексеев С.С. Общая теория права. — Т. 2. — М.: Юрид. лит., 1982. — 360 с.

Анализ практики применения норм ГК РФ о злоупотреблении правом. Обзор судебных дел // *эж-ЮРИСТ*. — 2001. — № 20.

Андрейцев В. И. Право екологічної безпеки. — К.: Знання-Прес, 2002.

Антимонов Б. С., Граве К. А. Договор трудового поручения // Ученые записки ВИЮН. 1955. — Вып. 2.

Апанасюк М. П. Договір ренти: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Харків, 2004. — 18 с.

Аристотель. Соч.: В 4 т. — Т. 4 / Пер. с древнегреч. ; Общ. ред. А. И. Доватура. — М.: Мысль, 1983.

Басин Ю. Г., Диденко А. Г. Дисциплинирующее значение оперативных санкций // Сов. государство и право. — 1983. — № 4.

Безклубий І. А. Банківські правочини: цивільно-правові проблеми: Монографія. — К.:

Вид.-поліграф. центр «Київський університет», 2005. — 378 с.

Безклубий І. А. До питання про юридичну природу договору факторингу // Підприємництво, господарство і право. — 2005. — № 3.

Белов В. А. Гражданское право: Общая часть: Учебник. — М.: АО «ЦентрЮрИнфоР», 2002.

Белов В. А. Банковские операции с ценными бумагами. Правовое регулирование банковской деятельности / Под ред. Е. А. Суханова. — М., 1997.

Белов В. А. Факторинг (юридическая природа и соотношение со смежными сделками) // Бизнес и банки. — 1998. — № 30.

Белякова А. М., Ворожейкин Е. М. Советское семейное право. — М., 1974.

Беляневич О. А. Господарський договір та способи його укладання: Навч. посібник // Київ, Наукова думка, 2002.

Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования / Пер. с англ. — М.: Изд-во МГУ, 1994.

Беляева А. П. Принцип свободи договору в правовому регулюванні зовнішньоекономічного контракту: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Харків, 2005.

Бирюкова Л. А. Злоупотребление правом в теории и практике применения норм о банковской гарантии // Цивилистические записки: Межвуз. сб. науч. трудов. — Вып. 2. — М.: Статут — Екатеринбург: Институт частного права, 2002.

Бичуя Н. Факторинг в развитии мебельного бизнеса стран СНГ // Мебельный бизнес в СНГ. — 2003. — № 02. — С. 6.

Білоусов С. М. Договір страхування господарських ризиків: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Харків, 1997. — 16 с.

Блащук А. Відмова від виконання договору як підстава припинення зобов'язання // Юридична Україна. — 2004. — № 12.

Богатых Е. А. Гражданское и торговое право. — М.: ИНФРА-М, 1996.

Богданов Е. В. Предпринимательские договоры. — М.: Книга сервис, 2003.

Боднар Т. В. Виконання договірних зобов'язань у цивільному праві. — К.: Юрінком Інтер, 2005.

Бородовський С. О. Укладення, зміна та розірвання договору у цивільному праві України // Дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2005.

Брагинский М. И. Общее учение о хозяйственных договорах. — Минск: Наука и техника, 1967.

Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Общие положения. — М.: Статут, 1997.

Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Общие положения. — 2-е изд. — М., 1999.

Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. — Кн. первая. Общие положения: 3-е изд., стереотип. — М.: Статут, 2001. — 848 с.

Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. — Кн. третья. Договоры о выполнении работ и оказании услуг. — М.: Статут, 2002. — 1038 с.

Братусь С.Н. Отрасль советского права: понятие, предмет, метод // Сов. государство и право. — 1979. — № 11.

Братусь С.Н. Предмет и система советского гражданского права. — М.: Юрид. лит., 1963.

Братусь С.Н. Субъекты гражданского права. — М.: Госюриздат, 1950. — 365 с.

Братусь С.Н. Юридическая ответственность и законность. — М., 1976.

Брунь А.Г. Договір оренди земельних ділянок сільськогосподарського призначення: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Харків, 2003. — 15 с.

Вакулович Е.В. Договір оренди транспортних засобів: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Харків, 2002. — 19 с.

Венгеров А.Б. Теория государства и права: Учебник для юрид. вузов. — М.: Новый Юрист, 1998.

Венедиктов А. В. Государственная социалистическая собственность. — М., 1948.

Венедиктова И. В. Договор доверительного управления имуществом. — Харьков, 2004.

Верб С. А. Типовые и примерные договоры как средство правового регулирования общественных отношений // Договорная дисциплина в советском гражданском праве. — Свердловск, 1985.

Вердников В.Г., Кабалкин А.Ю. Гражданско-правовые формы товарно-денежных отношений. — М.: Юрид. лит., 1970.

Вінник О.М. Господарське право: Курс лекцій. — К.: Атіка, 2004. — 624 с.

Вінник О.М. Публічні та приватні інтереси в господарських товариствах: проблеми правового забезпечення: Монографія. — К.: Атіка, 2003. — 352 с.

Вилкова Н. Г. Договорное право в международном обороте. — М.: Статут, 2002. — 511 с.

Вильнянский С.И. Лекции по советскому гражданскому праву. — Ч. 1. — Харьков, 1958.

Витрянский В.В. Договор купли-продажи. К проекту второй части Гражданского кодекса РФ // Закон. — 1994. — № 12.

Витрянский В. В. Существенные условия договора // *Хозяйство и право.* — 1998. — № 7. — С. 3-8.

Вовк Т., Друзенко Г., Зугравий Г., Качка Т., Коноваленко І., Паралан М., Перестюк Н. Регулювання сфери фінансових послуг у праві Європейського Союзу та перспективи адаптації законодавства України. — Харків: Консум, 2002.

Ворожейкин Е.М. Семейные правоотношения в СССР. — М., 1972.

Гавзе В. И. Социалистический гражданско-правовой договор. — М.: Юрид. лит., 1972. — 168 с.

Гавзе Ф. И. Договор по Гражданскому кодексу // *Еженедельник сов. юстиции.* — 1923. — № 13. — С. 289-293.

Гвоздев Б. З. Факторинг. — М.: Ассоциация авторов и издателей «ТАНДЕМ»; Изд-во «ЭКМОС», 2000.

Герценберг В. Э., Перетерский И. С. Обязательственное право. Гражданское уложение. Проект. — Кн. V. — СПб., 1914.

Гордон М. В. Система договоров в советском гражданском праве // *Науч. зап. Харьк. юрид. ин-та.* — Вып. 5. — Харьков: ХЮИ, 1954.

Господарське право: Практикум / За ред. В. С. Щербини. — К.: Юрінком Інтер, 2001.

Господарсько-правова відповідальність та господарські санкції // Універс. наук. зап. — 2005. — № 3. — С. 175—179.

Гостюк В. І. Цивільно-правові договори з цінними паперами за законодавством України // *Дис. ... канд. юрид. наук.* — К., 2005. — 18 с.

Гражданский кодекс Украинской РСР. Научно-практический комментарий. — К.: Политиздат Украины, 1981.

Гражданский кодекс Украины. Научно-практический комментарий. — Харьков: Одиссей, 1999.

Гражданское и торговое право зарубежных государств: Учебник. — В 2 т. / Отв. ред. Е. А. Васильев, А. С. Комаров. — 4-е изд., перераб. и доп. — Т. I. — М.: Междунар. отношения, 2004.

Гражданское право / Под ред. Е. А. Суханова. — М.: Изд-во «БЕК», 1994.

Гражданское право России: Курс лекций. / Под ред. О. Н. Садикова. — Ч. 1. — М., 1996.

Гражданское право России. Общая часть: Курс лекций / Отв. ред. О. Н. Садилов. — М.: Юристъ, 2001. — 776 с.

Гражданское право: Учебник: В 2 т. — Том II. Полутом 1 / Отв. ред. проф. Е. А. Суханов. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: Изд-во БЕК, 2003.

Гражданское право: В 2 т. — Т. 2. Полутом 1 / Под ред. Е. А. Суханова. — М., 2004.

Гражданское право Украины / Под ред. В. Ф. Маслова. — Харьков, 1996.

Гражданское право Украины. — Ч. 1 / Под ред. А. А. Пушкина и др. — Харьков, 1996.

Гражданское право. — Т.1. — М.: Юрид. лит., 1969.

Гражданское право: Учебник. — Ч. 1. / Под ред. Ю. К. Толстого, А. П. Сергеева. — М.: ТЕИС., 1996. — 552 с.

Гражданское право: Учебник. — Ч. I / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — М.: Проспект, 1999.

Гражданское право. / Под ред. Т. И. Илларионовой и др. — Ч. 1. — М.: НОРМА-ИНФРА, 1998. — 464 с.

Гражданское право: Учебник: В 3 т. — 6-е изд., перераб. и доп. / Н. Д. Егоров, И. В. Елисеев и др.; Отв. ред. А. П. Сергеев, Ю. К. Толстой. — Т.1. — М.: ТК Велби, Изд-во «Проспект», 2004.

Грамацький Е.М. Договір зберігання у цивільному праві: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2004. — 20 с.

Гранберг А. Н. Купля-продажа в советском товарообороте // Бюллетень Госарбитража СССР. 1934., № 12.-С. 6-10.

Грибанов В. П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. М., 1972.

Грибанов В.П. Ответственность за нарушение гражданских прав и обязанностей. — М., 1973.

Гриджук Д.М., Олійник В.О. Застава як спосіб забезпечення виконання зобов'язань. — К.: Оріяни, 2002. — 324 с.

Громова Н. В. Споры, связанные с применением ст. 10 ГК РФ / Комментарий судебно-арбитражной практики. — Вып. 4. — М., 1997.

Груциньський І. Правове регулювання у підприємстві // Право України. — 1998. — № 2.

Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. — М.: 1998.

Деев А. Обыкновенное чудо — франчайзинг // *Комп&нон*, 5-11 июля 2002, № 26. — С. 32 — 49.

Демушкина Е. С. Сделки с государственными ценными бумагами — ГКО и ОФЗ-ПК // *Рынок ценных бумаг*. — 1997. — № 1.

✦ *Демченко Н. С.* Договір купівлі-продажу об'єктів приватизації (на матеріалах арбітражної практики України): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 1999. — 20 с.

Денисов С. А. Некоторые общие вопросы о порядке заключения договора // *Актуальные вопросы гражданского права / Под ред. М. И. Брагинского; Исслед. центр частного права. Российская школа частного права*. — М.: Статут, 1998. — С. 231-235.

Дернбург Г. Пандекты: 2-е изд. — Т. III. Обязательственное право. — М., 1904.

Дзера І. О. Цивільно-правові засоби захисту права власності в Україні. — К.: Юрінком Інтер, 2001.

Дзера О., Отраднова О. Недійсність правочину (угоди) за новим Цивільним кодексом України // *Юридична Україна*. — 2003. — №10.

Діковська І. А. Договір повітряного чартеру у міжнародному приватному праві: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2002. — 19 с.

Днепров А. Что такое предварительный договор? // *Юридическая практика*. — 2004. — № 8 (322). — 24 февраля.

Довбій С. П. Договір охорони майна: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Харків, 2005. — 19 с.

Договор в народном хозяйстве: вопросы общей теории // М. К. Сулейменов, Б. В. Покровский, В. А. Жакенов и др. — Алма-Ата: Наука, 1987.

Дроздова Н. В. Договори про надання фінансових послуг у цивільному праві України // *Дис. ... канд. юрид. наук.* — К., 2005.

Елисейкин П. Ф. Правоохранительные нормы: Понятие, виды, структура // *Защита субъективных прав и гражданское судопроизводство*. — Ярославль, 1977.

Емельянов В. Добросовестность, разумность // *эж-Юрист*. 2002. — №. — 18 мая.

Емельянов В. И. Разумность, добросовестность, злоупотребление гражданскими правами. — М.: Лекс-Книга, 2002. — 160 с.

Енгибарян Р. В., Краснов Ю. К. Теория государства и права: Учеб. пособие. — М.: Юристъ, 1999.

Ершова Н. М. Вопросы семьи в гражданском праве. — М., 1977.

Ефимова Л. Г. Банковские сделки: Комментарий законодательства и арбитражной практики. — М., 2000. — 320 с.

Жилинкова И. В. Брачный договор. — Харьков: ИПЦ «Ксилон», 2005.

Жилинкова И. В. Правовой режим имущества членов семьи. — Харьков, 2000.

Жуков І. М. Договір на відкриття та обслуговування банківського рахунку: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Донецьк, 1998. — 17 с.

Загорулько А. И. Обязательства по возмещению вреда, причиненного субъектами гражданского права. — Харьков: Консум, 1996. — 112 с.

Задыхайло Д. Проблемы кодификации предпринимательского законодательства // Предпринимательство, хозяйство и право. — 1998. — № 5.

Заїка Ю. О. Спадкове право України: Навч. посібник. — К.: Істина, 2005.

Занковская В. В. Существенное заблуждение в сделке в советском гражданском праве. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 1950.

Земельне право / За ред. В. І. Семчика, П. Ф. Кулинича. — К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2001.

Зобов'язальне право: теорія і практика: Навч. посібник / О. В. Дзера, Н. С. Кузнєцова, В. В. Луць та ін. / За заг. ред. О. В. Дзери. — К.: Юрінком Інтер, 1998. — 912 с.

Зыкин И. С. Договор во внешнеэкономической деятельности. — М.: Междунар. отношения, 1983.

Иоффе О. С. Избранные труды по гражданскому праву: Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права». — М.: Статут, 2000. — 777 с.

Иоффе О. С. Обязательственное право. — М.: Юрид. лит., 1975. — 880 с.

Иоффе О. С. Ответственность по советскому гражданскому праву. — Ленинград, 1955.

Иоффе О. С. Советское гражданское право: Курс лекций. — Т. 1. Общая часть. — Ленинград, 1958. — 531 с.

Иоффе О. С. Советское гражданское право. — М., 1961.

Иоффе О. С. Советское гражданское право. — Ленинград, 1965.

Иоффе О. С. Советское гражданское право. — М.: Юрид. лит., 1967. — 494 с.

Исаченко В. В., Исаченко В. Л. Обязательства по договорам. — СПб., 1914.

Кавелин К. Права и обязанности по имуществам и обязательствам в применении к русскому законодательству. — СПб., 1879.

Калмыков Ю. Х. Хозяйственный расчет и гражданское право. — Саратов, 1969.

Кашанина Т. В. Предпринимательское право. — М.: НОРМА-ИНФРА, 1999.

Керимов Д. А. Философские проблемы права. — М.: Мысль, 1972.

Килимник І. І. Особливості правового регулювання договору комерційної концесії. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Харків, 2003. — 22 с.

Кисіль В. І. Міжнародне приватне право: питання кодифікації. — К.: Україна, 2000. — 426 с.

Ковалев В. В. Финансовый анализ: Управление капиталом. Выбор инвестиции. Анализ отчетности. — М.: Финансы и статистика, 1997. — 512 с.

Колодій А. М. Принципи права України. — К.: Юрінком Інтер, 1998.

Колосов Р. В. Договір комісії і агентський договір у цивільному праві // Дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2004.

Комаров С. А. Общая теория государства и права. — М., 1997.

Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой / Под ред. проф. Т. Е. Абовой и А. Ю. Кабалкина. — М.: Юрайт-Издат, 2003.

Комментарий части второй Гражданского кодекса Российской Федерации: Для предпринимателей. — М., 1996.

Комментарий части второй ГК Российской Федерации для предпринимателей. — М., 1999.

Кондаков Н. И. Логика. — М.: Учпедгиз, 1954.

Корецкий А. Д. Договорное право России. Основы теории и практика реализации. — Москва: ИКЦ «МарТ», Ростов н/Д: Издательский центр «МарТ», 2004.

Кот О. О. Перехід прав кредиторів: Історія. Теорія. Законодавство. — К.: Юрінком Інтер, 2002. — 160 с.

Красавчиков О. А. Система отдельных видов обязательств // Советская юстиция. — 1960. — №5.

Красавчиков О. А. Гражданско-правовой договор: Сб. // Гражданско-правовой договор и его функции. — Свердловск, 1980.

Красавчиков О. А. Санкции и ответственность в советском праве // Проблемы гражданско-правовой ответственности и защиты гражданских прав. — Свердловск, 1973.

Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве. — М.: Госюриздат, 1958. — 183 с.

Крашенинников Е. А. Структура субъективного права и право на защиту // Защита субъективных прав и гражданское судопроизводство. — Ярославль, 1977.

Кристина И. Рэй. Рынок облигаций: торговля и управление рисками. — М.: Дело, 1999.

Кройтор В. А. Защита прав и интересов в суде: Научно-практическое пособие. — Изд. 2. — Харьков: Эспада, 2000. — 448 с.

Кузнецов М., Нифатов П., Храпченко Л., Леонова Е. Операции репо как механизм управления ликвидностью // Рынок ценных бумаг, № 21 (108), 1997.

Кузнецова Н. Принципи сучасного зобов'язального права // Українське комерційне право. — 2003. — № 4. — С. 9—17.

Кузнецова Н. С. Основні завдання Книги першої проекту Цивільного кодексу України / Кодифікація приватного (цивільного) права України. — К.: Український центр правничих студій. — 2000.

Кузнецова Н. С. Подрядные договоры в инвестиционной деятельности в строительстве. — К.: Наукова думка, 1993.

Куликова Л. А. Закон или судейское усмотрение // Юридический мир. — 2000. — № 12.

Куник Е. А. Гражданско-правовые сделки. Представительство. Общее учение об обязательствах. Способы обеспечения обязательств. — М., 1960.

Кучеренко І. М. Організаційно-правові форми юридичних осіб приватного права: Монографія. — К.: Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. — 328 с.

Лавров Д. Г. Денежные обязательства в российском гражданском праве. — СПб: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2001. — 250с.

Лаврушин А. Банковское дело. — М., 2000.

Лейст О. Э. Санкции и ответственность по советскому праву (теоретические проблемы). — М., 1981.

Лідовець Р. А. Змішані договори в цивільному праві України // Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Л., 2005.

Луць А. В. Свобода договору в цивільному праві України // Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2001. — 18 с.

Луць А. В. Свобода договору в цивільному праві України. — К.: Школа, 2004.

Луць В. В. Контракти у підприємницькій діяльності: Навч. посібник. — К., 1999.

Луць В. В. Контракти у підприємницькій діяльності. — К.: Юрінком Інтер, 2001.

Луць В. В. Сучасна кодифікація договірної права в Україні: здобутки і проблеми // Вісник академії правових наук України. — 2003. — №2 (22) — №3 (34).

Луць В. В. Проблеми договірної регулювання майнових відносин за новим Цивільним та Господарським кодексами України // Українське комерційне право. — 2003. — № 4.

Луць В. В. Тенденції розвитку договірної права в сучасних умовах // Еволюція цивільного законодавства: проблеми теорії і практики: Матер. міжнар. наук.-практ. конф. 29-30 квітня 2004 р., м. Харків, 2004 р. — С. 32-39.

Луць В. В. Цивільний та господарський договори: співвідношення понять за Цивільним та Господарським кодексами України // Актуальні проблеми господарського права: Зб. наукових праць за матеріалами «круглого столу» від 16 грудня 2004 р. — К.: НДІ приватного права і підприємництва АПРН України, 2005.

МагнUTOва Т. Е. Правовое регулирование отношений по торговому посредничеству: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук / МГУ им. М. В. Ломоносова. — М.: 1988.

Мазуренко С. В. Спадковий договір у цивільному праві України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Одеса, 2004. — 20 с.

Майданик Н. Еволюція цивільно-правового регулювання зобов'язань з гри і парі // *Право України.* — 2005. — №1.

Майданик Р. А. Довірча власність у цивільному праві України (формування, порівняльний аналіз і поняття) // *Українське комерційне право.* — 2004. — № 5. — С. 37-57.

Майданик Р. А. Проблеми довірчих відносин в цивільному праві. — К.: НІЦ «Київський університет». — 2002. — 502 с.

Майданик Р. А. Теоретичні проблеми регулювання довірчих відносин у цивільному праві // *Дис. ... докт. юрид. наук.* — К., 2003.

Майданик Р. А. Угоди РЕПО (цивільно-правова характеристика) // *Підприємництво, господарство і право.* — 2002. — № 2.

Малеин Н. С. Гражданский закон и права личности в СССР. — М.: Юрид. лит., 1981.

Малеин Н. С. Имущественная ответственность в хозяйственных отношениях. — М., 1968.

Мамутов В. К., Овсиенко В. В., Юдин В. Я. Предприятие и материальная ответственность. — К.: Наукова думка, 1974.

Мартемьянов В. С. Хозяйственные договоры и обязательства // *Закон.* — 1993. — №4. — С. 19 — 22.

Мартынов Б. С. Купля-продажа и поставка // *Вестник советской юстиции.* — 1924. — № 21.

Марчук В. Н., Ніколаєва Л. В. Основні поняття та категорії права: Навч. посібник. — К.: Істина, 2001.

Матвеев Г. К. Вина в советском гражданском праве. — К., 1951.

Матвеев Г. К. Советское семейное право: Учебник / Под ред В. А. Рясенцева. — М., 1982.

Международное частное право: Учебник / Под ред. Г. К. Дмитриевой. — М., 2001.

Международное частное право. — Харьков: Консум, 1998.

Мейер Д. И. Русское гражданское право: Ч. 2. — М.: Статут, 1997 (по изд. 1902 г.).

Мельник В. А. Ринок цінних паперів: Довідник для підприємців. — К., 1999.

Мендельсон М. Руководство по франчайзингу. — М.: Силби Интернэшнл Инк. — 1996.

Мережко А. А. Lex mercatoria : теория и принципы транснационального торгового права. — Таксон, 1999. — 416 с.

Мережко А. А. Lex mercatoria: теория и принципы транснационального торгового права. — К.: Таксон, 2002.

Мережко А. А. Договор в частном праве. — К., 2003.

Меркулов В. В. Гражданско-правовой договор в механизме регулирования товарно-денежных отношений. — Рязань, Рязанская ВШ МВД РФ, 1994.

Митрович Б. Т. Рекламации по нарушениям контрактов. — М., 1997.

Михайленко Д. Реальность с консенсуальностью // Юридическая практика. — 2004. — № 17. — 27 апреля.

Михайленко О. О. Речово-правові обмеження права приватної власності за стародавнім римським та сучасним цивільним правом України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Харків, 2003.

Науково-практичний коментар Господарського кодексу України / За заг. ред. В. К. Мамутова. — К.: Юрінком Інтер, 2004.

Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. — Т. I. — К.: Юрінком Інтер, 2005.

Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. / За ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. — Т. II. — К.: Юрінком Інтер, 2005.

Научно-практический комментарий Семейного кодекса Украины / Под ред. Ю. С. Червоного. — К., 2003.

Нерсесов Н. О. Избранные труды по представительству и ценным бумагам в гражданском праве. — Серия «Классика российской цивилистики». — М.: Статут, 2000.

Николайчук Л. М. Цивільно-правові договори як підстави виникнення права приватної власності громадян. Дис. ... канд. юрид. наук. — Івано-Франківськ, 2004.

Новий тлумачний словник української мови. — Т. 4. — К.: Аконіт, 2000.

Новицкий И. Б., Луц Л. А. Общее учение об обязательстве. — М.: Госюриздат, 1954.

Новицкий И. Б. Источники советского гражданского права. — М.: Госюриздат, 1959.

Новицкий И. Б. Сделки. Исковая давность. — М., 1954.

Новицкий И. Б., Луц Л. А. Общее учение об обязательстве. — М.: Юриздат, 1950. — 416 с.

Нурзад І. Л. Правове регулювання діяльності банків на ринку цінних паперів України // Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2004.

Общая теория государства и права. Академический курс в 2 т. / Под ред. М. Н. Марченко. — Т. 2. Теория права. — М.: Зерцало, 1998.

Общая теория права и государства: Учебник / Под ред. В. В. Лазарева. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: Юристъ, 1996.

Ойгензихт В. А. Нетипичные договорные отношения в гражданском праве. — Душанбе, 1984.

Ойгензихт В. А. Воля и волеизъявление. — Душанбе, 1983.

Олюха В. Г. Цивільно-правовий договір (поняття, функції і система): Дис. ...канд. юрид. наук. — К., 2004.

Олюха В. Г. Цивільно-правовий договір (поняття, функції і система): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2003.

Основные институты гражданского права зарубежных стран. — М.: НОРМА, 2000.

Охоцимский В. Н. Основные моменты исполнения по обязательствам. — Саратов, 1929.

Павленко Д. Договір по справедливості. Умовия договору повинні не тільки виконуватися, але й бути справедливими // Юридическая практика — 2002. — № 14 (224). — 3 апреля.

Палиук В. П. Возмещение морального (нематериального) вреда. — К.: Право, 2000.

Палиук В. П. Щодо справедливості, добросовісності та розумності в чинному законодавстві України // Вісник

Хмельницького ін-ту регіонального управління та права. Наук. часопис. — 2002. — № 2.

Пергамент А. И., Паластина С. Я. Развитие советского законодательства о браке и семье // Сов. государство и право. — 1975. — № 9.

Підопригора О. А. Основы римського приватного права: Підручник для студентів юрид.вузів та факультетів. — К.: Вентурі, 1997.

Підопригора О. А. Римське приватне право. — К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2001.

Підопригора О. А. Цивільне право України. Правові основи підприємництва. — К.: Юрінформ, 1994.

Підопригора О. А., Харитонов С. О. Римське приватне право. — К.: Юрінком Інтер, 2003.

Победоносцев К. П. Курс гражданского права. — Том 3. — М.: Изд-во «Зерцало», 2003.

Побирченко И. Г. Преддоговорные споры о понуждении заключить договор поставки: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 1964.

Поворознюк О. Ю. Класифікація цивільно-правових договорів // Приватно-правовий метод регулювання суспільних відносин: стан та перспективи розвитку: Зб. тез Міжнародної наукової конференції студентів та аспірантів (25-26 листопада 2005 р.). — Київ-Хмельницький: Вид-во Хмельн. ун-ту управління та права, 2005.

Подзе С. Як укласти договір з дилером // Бухгалтерія, 2001. — № 35/2 (450).

Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права // Кафедра гражданского права юридического факультета МГУ им. М. В. Ломоносова. — Москва: Статут, 1998.

Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права: 3-е изд., стереотип. — М.: Статут, 2001.

Полтавський О. В. Договір морського агентування: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Харків, 2004. — 20 с.

Попова Е. А. Заключение договора в обязательном порядке // Дисс. ... канд. юрид. наук. — Минск, 2004.

Поротиков А. И. Проблема применения правового обычая в арбитражном процессе // Защита прав граждан и юридических лиц в российском и зарубежном праве (проблемы

теории и практики). Сб. статей и тезисов аспирантов и молодых ученых. — М.: МЗ Пресс, 2002.

Предпринимательское право Украины: Учебник / Под общ. ред. канд. юрид. наук Р. Б. Шишки. — Харьков, 2001.

Примак В. Д. Цивільно-правова відповідальність юридичних осіб: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2005.

Проблемні питання у застосуванні цивільного і господарського кодексів України. — К.: Реферат, 2005.

Пугинский В. И. Гражданско-правовые средства в хозяйственных отношениях. — М., 1976.

Рабинович П. М. Основы загальної теорії права і держави. — К.: ІСДО, 1995.

Райхер В. К. Общественно-исторические типы страхования. — М.-Л.: Юриздат, 1947.

Рожкова М. А. Судебный акт и динамика обязательства. — М.: Статут, 2003.

Романец Ю. Система договоров в гражданском праве России. — М., Юристъ, 2001.

Ромовская З. В. Защита в семейном праве. — М., 1988.

Ромовська З. Проблеми загальної теорії права у проекті ЦК України // Кодифікація приватного (цивільного) права / За ред. проф. А. С. Довгєрта. — К.: Український центр правничих студій, 2000.

Ромовська З. В. Сімейний кодекс України: Науково-практичний коментар. — К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2003.

Рохина О. А. Правовые основы срочного рынка ценных бумаг в России // Право и экономика — 1997. — № 10.

Рукавишникова И. Договорно-правовой способ регулирования финансовых отношений // Хозяйство и право. — 2005. — № 12.

Рясенцев В. А. Происхождение представительства и его сущность в буржуазном гражданском праве // Вопросы гражданского права. Уч. записки ВЮЗИ. — Вып. 10. — М.: ВЮЗИ, 1960.

Саватье Р. Теория обязательств. — М.: Прогресс, 1972.

Садиков О. Н. Злоупотребление правом в Гражданском кодексе России // Хозяйство и право. — 2002. — № 2.

Садиков О. Н. Специфика регулирования некоторых гражданских правоотношений // Сов. государство и право. — 1978. — № 3.

Сальнікова Г. І. Правове регулювання посередництва у підприємницькій діяльності: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Харків, 2003.

Саніахметова Н. Поняття державного регулювання підприємництва // Українське комерційне право. — 2005. — № 6.

Свядосц Ю. Посреднические операции в иностранном гражданском праве // Внешняя торговля. — 1991. — № 7. — С. 37.

Сейтмустафа А. Понятие исполнения обязательства // Актуальные проблемы частного права. Матер. междунар. науч.-практ. конф. (Алматы, 23-24 мая 2002 г.). — Алматы: КазТЮУ, 2003.

Семеусов В. А. Функции хозяйственного договора. — Иркутск, 1979.

Сидоров Я. О. Становлення інституту комерційної концесії в Україні (цивільно-правовий аспект) // Дис. ... канд. юрид. наук. — Харків. — 2004.

Сібільов М. Базові моделі регулювання договірних відносин за новим Цивільним кодексом України // Українське комерційне право. — 2003. — № 4.

Сібільов М. Договірне зобов'язання та його виконання // Вісник Академії правових наук України. — 2003. — № 2—3.

Сібільов М. Загальна характеристика сфери приватного права // Вісник Академії правових наук України. — 2001. — № 2.

Сібільов М. Структура та основний зміст загальних положень про зобов'язання у проекті нового Цивільного кодексу України // Українське право. — 1997. — Число 1.

Сімейне право України / За ред. В. І. Борисової, І. В. Жилінкової. — К.: Юрінком Інтер, 2004.

Сімейне право України: Підручник / За ред. В. С. Гопанчука. — К., 2002.

Скловский К. И. О возможности ограничения права собственности договором // Хозяйство и право. — 1999. — № 5.

Слипченко С. А. Право доверительной собственности. — Харьков: Консум, 2000.

Смитюх А. «Добросовестные» принципы. Добросовестность и честная деловая практика как основополагающая идея Принципов международных коммерческих договоров и *lex mercatoria* // Юридическая практика. — 2001. — № 37 (195). — 12 сентября.

Смотров О. І. Договір щодо оплатного надання медичних послуг: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Харків, 2003. — 20 с.

Собчак А. А. Смешанные и комплексные договоры в гражданском праве // Сов. государство и право. — 1989. — №11.

Советское гражданское право / За ред. О. А. Красавчикова. — Т.1. — М.: Высшая школа, 1968.

Советское гражданское право / Под ред. В. А. Рясенцева. — М., 1986.

Советское гражданское право / Под ред. В. В. Рясенцева. — Т. 1. — М.: Юрид. лит., 1975.

Советское гражданское право / Под ред. Д. М. Генкина. — М.: Госюриздат, 1961.

Советское гражданское право. — М., 1967.

Советское гражданское право. — Т. 1. — М.: Юрид. лит., 1965.

Советское гражданское право. — Т. 1. — М.: Высшая школа, 1972.

Советское гражданское право. — Т. 1. — Харьков, 1983.

Советское семейное право / Под ред. В. Ф. Маслова, А. А. Пушкина. — К., 1982.

Сохновский А. Ф. Правовое регулирование торгового посредничества в советском гражданском обороте: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук / СЮИ им. Д.И. Курского. — Саратов, 1972.

Сохновский А. Ф. Правоотношения торгового посредничества между социалистическими организациями // Правоведение. — 1976. — № 5.

Спасибо-Фатеева І. В. Акціонерні товариства: Акції, власність, корпоративне управління. — Харків: Видавничий Дім «Райдер», 2002.

Стативка А. Н. Договори в агропромисловому комплексі України в умовах ринку. — Харків: Право, 1997.

Степанова О. Предварительный договор / Финансово-правовой абонемент «Предпринимательская практика: вопрос-ответ». — Вып. 3. — 1999.

Стефанчук М. До питання про форми та види зловживання суб'єктивними правами за новим ЦК України // Матер. VI Всеукраїнської наук.-практ. конф. «Верховенство права у процесі державотворення та захисту прав людини в Україні» (28—29 квітня 2005 р.). — Острого: Правничий ф-т Національного ун-ту «Острозька академія», 2005.

Стефанчук Р. О. Захист честі, гідності та репутації в цивільному праві. — К.: Науковий світ, 2001.

Стоякин Г. Н. Понятие защиты гражданских прав // Проблемы гражданско-правовой ответственности и защиты гражданских прав. — Свердловск, 1973.

Сулейманов М. К. Хозяйственно-посреднические договоры услуг // Сов. государство и право. — 1973. — № 3.

Таль Л. С. Положительное право и неурегулированные договоры // Юридические записки Демидовского юридического лицея. — Вып. III. (XIII). — Ярославль, 1912.

Тархов В. А. Гражданское право. — Чебоксары, 1997.
Теория государства и права: Учебник / Под ред. В. М. Корельского и В. Д. Перевалова. — М.: НОРМА-ИНФРА-М, 1998.

Терещенко М. Франчайзинг як партнерський бізнес / Економіка, фінанси, право. — 1998. — №9.

Толстой В. С. Исполнение обязательств. — М.: Юрид. лит., 1973.

Толстой Ю. К. Проблемы совершенствования гражданского и хозяйственного законодательства // Правоведение. — 1983. — № 2.

Тотьев К. Способы обеспечения уплаты налогов в Налоговом кодексе Российской Федерации // Хозяйство и право. — 1999. — № 9.

Трошин И. Сделки РЕПО: проблемы правовой квалификации // Хозяйство и право. — 2003. — №11.

Филиппов М. М. Понятие вины в советской психологии. Опыт определения воли // Проблемы методологии и логики. — Томск, 1967.

Фогельсон Ю. Хозяйственная цель сделки // Хозяйство и право. — 2001. — №2.

Фурса С. Я., Фурса С. І. Спадкове право. Теорія та практика: Навчальний посібник. — К.: Атака, 2002. — 496 с.

Халфина Р. О. Значение и сущность договора в советском социалистическом гражданском праве. М.: Изд-во АН СССР, 1952.

Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении. — М.: Юрид. лит., 1974.

Ханик-Посполітак Р. Деякі аспекти захисту прав споживачів в європейському союзі // Підприємництво, господарство і право. — 2002. — №4.

Харитонов Е. О., Саниахметова Н. А. Гражданское право. — К.: А.С.К., 2001.

Хаскельберг Б. Л., Ровный В. В. Консенсуальные и реальные договоры в гражданском праве. — М.: Статут, 2004.

Хміль М. М. Принцип неприпустимості зловживання правом (теоретико-правові аспекти) // Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Харків, 2005.

Хозяйственное право: Учебник / В. К. Мамутов, Г. Л. Знаменский, К. С. Хахулин и др. / Под ред. В. К. Мамутова — К.: Юринком Интер, 2002. — 912 с.

Хозяйственный договор: Общие положения / Отв. ред. Д. Н. Сафиуллин. — Свердловск: Свердл. юрид. ин-т им. Р. Руденко.

Цивільне право / За ред. О. В. Дзери., О. А. Підпригоро. — Ч. 2. — К.: Вентурі 1997.

Цивільне право України / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. — К.: Юринком Интер, 1999. — Ч. 1. — 722 с.

Цивільне право України / За заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатеевої, В. Л. Яроцького. — Т. 1. — К.: Юринком Интер, 2004.

Цивільне право України / За заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатеевої, В. Л. Яроцького. — Т. 2. — К.: Юринком Интер, 2004.

Цивільне право України / За ред. Я. М. Шевченко. — Т. 1. — К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2003.

Цивільне право України / За ред. Я. М. Шевченко. — Т. 2. — К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2003.

Цивільне право України / За ред. Є. О. Харитонова, А. І. Дрішлюка. — Кн. 1. — Одеса: Юрид. літ., 2005.

Цивільне право України: Підручник: У 2 кн. — Кн. 1. / Д. В. Боброва, О. В. Дзера, А. С. Довгерт та ін. / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. — К.: Юрінком Інтер, 2001.

Цивільне право України / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. — Т. 1. — К.: Юрінком Інтер, 2004.

Цивільне право України: Підручник: У 2 т. — Т. II. / За відповід. ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, Д. В. Бобрової. — К., 2004.

Цивільне право України / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. — Кн.1. — К.: Юрінком Інтер, 2005.

Цивільне право України. — Ч. 1 / За ред. Ч. Н. Азімова та ін. — Харків: Право, 2000.

Цивільний кодекс України. Коментар / За ред. Є. О. Харитонова та О. М. Калітенко. — Харків: Одісей, 2003.

Цивільний кодекс України. Науково-практичний коментар / За ред. розробників проекту Цивільного кодексу України. — К.: Істина, 2004.

Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар / За ред. Я. М. Шевченко. — Ч. 1. — К.: Видавничий Дім «Ін Юре». — 2004.

Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар / За ред. Я. М. Шевченко. Ч. 2. — К.: Видавничий Дім «Ін Юре». — 2004.

Цивільний кодекс Української РСР: Науково-практичний коментар. — К., 1971.

Цират А. В. Франчайзинг и франчайзинговый договор: Учебн.-практ. пособие. — К.: Істина, 2002.

Цират Г. В. Договір франчайзингу: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2003. — 22 с.

Чапічадзе Я. О. Договір факторингу // Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Харків, 2000.

Червоний Ю. С. Понятие и особенности семейных правоотношений // Суспільство. Держава. Право. — Вип. 1. Цивільне право. — Одеса, 2002.

Черепашин Б. Б. Труды по гражданскому праву. — М.: Статут, 2001.

Чилларж К. Ф. Учебник институций римского права. — 2-е изд., перераб. — М., 1906.

Чукреев А. А. Добросовестность в системе принципов гражданского права // Журнал российского права. — 2002. — №11.

Шаповалова О. Публічно-приватні угоди партнерства про стратегію господарського природокористування // Підприємництво, господарство і право. — 2005. — № 2.

Шарп У. Ф., Александер Г. Дж., Бэйли Дж. В. Инвестиции / Пер. с англ. — М.: ИНФРА-М, 1997.

Шахматов В. П. Основные проблемы теории сделок по советскому гражданскому праву: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Свердловск, 1951.

Шевченко Л. И. Регулирование отношений поставки: теория и практика. — СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2002.

Шевченко Я. М. Теоретичні засади нового цивільного законодавства України // Актуальні проблеми цивільного права і цивільного процесу в Україні / Я. М. Шевченко, Ю. Л. Бошицький, А. Ю. Бабаскін, М. В. Венецька, І. М. Кучеренко та ін. — К.: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2005.

Шевченко Я. М. Проблеми нового Сімейного кодексу України // Проблеми законності. Наук. зб. — Харків, 2003. — Вип. 63.

Шелудько В. М. Фінансовий ринок: Навч. посібник. — 2-е вид., доп. — К.: Знання-Прес, 2003.

Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. — М., Спарк, 1995.

Шершеневич Г. Ф. Учебник торгового права (по изд. 1914 г.). — М., 1994.

Шешенин Е. Д. К вопросу о понятии хозяйственного договора и его соотношение с договором хозяйственных услуг // Сб. уч. тр. — Свердловськ. — 1964. — Вып. 4.

Шимон С. І. Відшкодування моральної (немайнової) шкоди як спосіб захисту суб'єктивних цивільних прав: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 1998.

Щербина В. С. Господарське право України. — К.: Атіка, 1999.

Щербина В. С. Господарське право. — К.: Юрінком Інтер, 2001.

Щербина В. С. Господарське право. — К.: Юрінком Інтер, 2002.

Эннекцерус Л. Курс германского гражданского права. — Т. 1. Полуптом 1. — М., 1949.

Эннекцерус Л. Курс гражданского права. — Т. 1. Полуптом 2. — М.: Иностр. лит., 1950.

Юлдашбаева Л. Ф. Гражданско-правовое регулирование сделок с эмиссионными ценными бумагами / Дис. ... канд. юрид. наук. — М., 1999.

Юридический энциклопедический словарь. — М.: Сов. энциклопедия, 1984.

Юридичний словник-довідник. — К.: Феміна, 1996.

Юрчишин В. Макроекономічна стабілізація в Україні: факти, тенденції, проблеми. — К.: УАДУ при Президентові України, 1999. — 256 с.

Яковлев В. Ф. Общая часть гражданского права в современном законодательстве и юридической практике. — Свердловск, 1979.

Яковлев В. Ф. Гражданско-правовое регулирование имущественных отношений. — Свердловск, 1972.

Яковлев В. Ф. К проблеме гражданского-правового метода регулирования общественных отношений // Антология уральской цивилистики, 1925-1989. — М.: Статут, 2001.

Зміст

Розділ I. ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА	
ДОГОВІРНОГО ПРАВА УКРАЇНИ	3
1.1. Поняття цивільно-правового договору як основної складової договірному права та його юридичні ознаки	3
1.2. Проблеми поняття договірному права України	41
1.3. Джерела договірному права України	55
Розділ II. ПРИНЦИПИ ДОГОВІРНОГО	
ПРАВА УКРАЇНИ	87
2.1. Система принципів договірному права за новим цивільним законодавством України	87
2.2. Зміст принципів справедливості, добросовісності й розумності в договірних зобов'язаннях	103
2.3. Принцип свободи в договірному праві України	118
2.4. Принцип неприпустимості зловживання правом у договірних зобов'язаннях	141
Розділ III. СТАДІЇ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОГО	
ДОГОВОРУ	164
3.1. Стадія укладення договору	164
3.2. Стадія виконання договору	182
3.3. Стадія порушеного договірному права та його захисту	191

Розділ IV . КЛАСИФІКАЦІЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИХ ДОГОВОРІВ	216
4.1. Принципи класифікації цивільно-правових договорів та їх класифікаційні утворення	216
4.2. Класифікації договорів	224
4.3. Попередній договір	275
4.4. Дилерські договори	288
4.5. Договір факторингу	312
4.6. Договір комерційної концесії	325
4.7. Договір зворотної купівлі-продажу	335
Список використаної літератури	359

Наукове видання

Сергій Миколайович Бервено

ПРОБЛЕМИ ДОГОВІРНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

Монографія

Шеф-редактор

КОВАЛЬСЬКИЙ В. С., кандидат юридичних наук

Юрінком Інтер — редакція наукової та навчальної літератури

Редактор М. І. Ромась

Комп'ютерний набір Л. М. Сисоєва

Комп'ютерна верстка О. М. Коваленко

Художнє оформлення М. П. Черненко

Підписано до друку 06.02.2006. Формат 84x108/32. Папір офсетний № 1.
Гарнітура SchoolBook. Умовн. друк. арк 19,85. Обл.-вид. арк. 20,58.
Наклад 1000 прим. Зам. № 6-427 Ціна договірна.

Оригінал-макет виготовлено комп'ютерним центром СП «Юрінком Інтер»

(Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до державного реєстру видавців, виготівників і розповсюджувачів
видавничої продукції — серія ДК № 19 від 20.03.2000.)

З питань придбання літератури звертатися
до видавництва «Юрінком Інтер»
за адресою: 04209, Київ-209, вул. Героїв Дніпра, 31-6; тел. 411-64-03.

Віддруковано в ЗАТ «Віпол» ДК № 15.
03151, м. Київ, вул. Волинська, 60.



☑ Коментар судової практики з господарських справ / С. О. Теньков. — К., 2004. — 384 с. — ц. 20,90 грн.

Зміст цієї книги складають касаційні постанови Вищого господарського суду України за конкретними справами (судові прецеденти) і науково-практичні коментарі до них. При підготовці коментарів були також враховані позиції з цих питань Верховного Суду України і акти Конституційного Суду України, останні наукові дослідження у галузі цивільного, господарського та інших галузей права. Усі коментарі адаптовані до нового законодавства, що набуло чинності з 1 січня 2004 року.

Видання розраховане на суддів, адвокатів, юрисконсультів, студентів і викладачів вищих навчальних закладів юридичного профілю, підприємців.

☑ Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: В 2 т. / За відп. ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. — К., 2005. — 1904 с. — ц. 150 грн.

У коментарі на основі наукового аналізу цивільного права та узагальнення судової практики наводиться постатейне тлумачення чинного ЦК України, а також інших актів законодавства.

Видання розраховане на суддів, працівників прокуратури, працівників інших правоохоронних органів, адвокатів, спеціалістів юридичних служб підприємств та організацій усіх форм власності, науковців, викладачів, аспірантів і студентів юридичних вищих навчальних закладів.



ГОСПОДАРСЬКИЙ КОДЕКС УКРАЇНИ

ГОСПОДАРСЬКИЙ ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ КОДЕКС УКРАЇНИ

☑ Господарський кодекс України. Господарський процесуальний кодекс України. — К., 2005. — 304 с. — 14 грн.

У книзі наводяться офіційні тексти нового Господарського кодексу України, прийнятого 16 січня 2003 р., а також Господарського процесуального кодексу України, прийнятого 6 листопада 1991 р.

☑ Цивільне право України: Підручник / В. І. Борисова. В 2 кн. — К., 2004. — 1030 с. — ц. 60,50 грн.

Підручник підготовлений колективом викладачів кафедри цивільного права Національної юридичної академії України ім. Ярослава Мудрого на основі нового Цивільного кодексу України і відповідно до нової програми курсу цивільного права.

В першому томі висвітлюються загальні положення цивільного права, вчення про особисті немайнові права фізичної особи, право власності та інші речові права, право інтелектуальної власності, спадкове право. В другому томі висвітлюються загальні положення про зобов'язання, про договір, окремі види зобов'язань: договірні та недоговірні.

