

X623.204
Б43

О. А. БЕЛЯНЕВИЧ

Господарське договірне право України

(теоретичні аспекти)



**ЮРІНКОН
ІНТЕР**

О. А. БЕЛЯНЕВИЧ

**Господарське
договірне
право
України**
(теоретичні аспекти)

Монографія

Київ
Юрінком Інтер
2006

ББК 67.9(4УКР)304.2

Б44

*Рекомендовано Вченою радою
юридичного факультету Київського національного
університету імені Тараса Шевченка
(протокол № 4 від 26 травня 2005 року)*

Рецензенти

В. С. Щербина — член-кореспондент АПрН України, доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри господарського права юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка;

А. Г. Бобкова — доктор юридичних наук, професор, завідувачка кафедри господарського права економіко-правового факультету Донецького національного університету

Беляневич О. А.

Б44 Господарське договірне право України (теоретичні аспекти): Монографія. — Юрінком Інтер, 2006. — 592 с.

ISBN 966-667-230-8

Монографія є першим в українському правознавстві дослідженням господарського договірного права як одного з ключових інститутів господарського права України. Обґрунтовано загальнотеоретичні засади розмежування правового регулювання договірних відносин у сфері господарювання між Господарським та Цивільним кодексами України. Особлива увага приділена системі джерел господарського договірного права, в тому числі звичаям ділового обороту та судовій практиці. Досліджено проблематику недійсності господарських договорів, організаційних договорів та договорів у сфері державного господарювання.

Для науковців, викладачів, аспірантів, студентів вищих юридичних навчальних закладів, суддів, юристів-практиків.

**ББК 67.9(4УКР)304.2+
67.304.2**

ISBN 966-667-230-8

© Беляневич О. А., 2006
© Юрінком Інтер, 2006

152 809

Передмова

Проблематика господарських договорів, яка традиційно посідає важливе місце в господарсько-правових дослідженнях, завжди знаходилася на «лінії вогню» в рамках загальної дискусії між представниками різних наукових шкіл щодо існування господарського права як галузі в системі права (спочатку — СРСР, а нині — України). Значною мірою ця дискусія, яка з часом вже стала звичною для вітчизняного правознавства, актуалізувалася у зв'язку із прийняттям Господарського та Цивільного кодексів України.

За часів адміністративно-розподільчої економіки господарський договір як правова форма господарських зв'язків знаходився здебільшого у підпорядкуванні актам централізованого планування і через це представляв собою досить «жорстку», головним чином, імперативно врегульовану конструкцію. В умовах ринкового господарювання законодавець має вирішувати набагато складнішу задачу регламентації господарських договірних відносин, яка будується в основному на загальнодозвільному типі правового регулювання, але із «вкрапленням» елементів імперативності, необхідної для підтримання правопорядку в сфері економіки, забезпечення публічних потреб в певних товарах, роботах, послугах, захисту слабкішої сторони в договорі. Для цього в законодавстві повинні визначатися загальні принципи регулювання договірних відносин у сфері економіки, які були б покладені в основу правил щодо порядку укладення, форми та змісту господарських дого-

ворів, забезпечення виконання господарських договорів тощо. В умовах реформування економічної системи України, створення повноцінного національного ринкового середовища, що має здатність до саморегуляції, зміни акцентів у державному керівництві економікою одним із завдань господарсько-правової науки є переосмислення і подальший розвиток вчення про господарський договір. Причому старі теорії, як і взагалі історія теорій, слугують важливим смислоутворюючим та структуроутворюючим контекстом нової теорії¹, а тому це переосмислення має полягати не у покvapливій відмові від усталених термінів та понять, а у наповненні їх новим змістом задля розв'язання нагальних проблем правового регулювання господарських відносин.

Уявляється, що на сьогодні склалися усі передумови для виведення досліджень юридичної конструкції господарського договору на інший, новий рівень. Сучасна кодифікація господарського та цивільного законодавства України, в процесі якої в Господарському та Цивільному кодексах України знайшли закріплення загальні положення про господарські та цивільно-правові договори, надала додаткового імпульсу для розробки *сучасної теорії господарського договірного права як одного з ключових правових інститутів господарського права України*. Монографія є першою в сучасному українському правознавстві спробою комплексного дослідження цього правового інституту: концептуальних засад його формування, функціонування та подальшого розвитку, місця в системі права України та функціональних зв'язків з її елементами, структури, системи джерел, специфічних юридичних конструкцій, за допомогою яких має досягатися утвердження суспільного господарського порядку в економічній системі України.

Це уявляється важливим і з огляду на те, що кодифікація норм про господарські договори, хоча і стала суттєвим кроком у наданні системності нормам численних актів за-

¹ *Нерсесянц В. С.* Логическое и историческое в познании государства и права // *Методологические проблемы советской юридической науки*. — М.: Наука, 1980. — С. 183.

конодавства, якими регулюються договірні відносини в сфері господарювання, але й залишила невирішеними низку проблемних питань, пов'язаних, зокрема, із визначенням основ регулювання господарських договорів за участю держави, які мають явно виражену публічну спрямованість, та організаційних договорів. Залишаються неузгодженими норми Господарського кодексу України про господарські договори та норми, що встановлюють особливості правового регулювання договірних відносин в окремих галузях господарської діяльності. З точки зору правового забезпечення функціонування соціально орієнтованої ринкової економіки України такий стан законодавства про господарські договори не можна визнати задовільним. Незважаючи на те, що з моменту набуття чинності ГК та ЦК пройшло два роки, не вщухають наукові дискусії щодо розмежування предмета правового регулювання цих Кодексів в цілому та співвідношення загальних положень про правочини та договори, які містяться в ЦК, із нормами ГК про господарські договори, зокрема, що негативно впливає не тільки на практику правозастосування, але й на суспільну правосвідомість.

Крім того, оскільки галузеве теоретичне дослідження повинно орієнтуватися, серед іншого, і на суто практичні потреби життєдіяльності суспільства, ми прагнули виконати не менш важливе завдання: подати задовільні відповіді на ті питання, що виникають в процесі реалізації та застосування правових норм, в тому числі при вирішенні господарськими судами спорів, що виникають у господарських договірних відносинах.

Як правило, дослідження господарського договору здійснюються із використанням традиційного для юриспруденції методологічного інструментарію. «Організована робота думки» в сфері сучасного правознавства зумовлює необхідність застосування не лише тих методів, що давно перевірені практикою дослідження та пізнання суспільних явищ, але й нових підходів, які дають можливість виводити дослідження на міждисциплінарний рівень. Такі підходи сформовані, зокрема, в рамках за-

гальної та економічної соціології, праксеології¹ та синергетики², потенціал яких поки що в юриспруденції майже не використовується або використовується недостатньо³.

З синергетичний позицій ми підійшли до однієї з головних проблем правового регулювання господарських договорів — їх *організації* (зовнішньої) та *самоорганізації*. Застосування такого підходу у правових дослідженнях дозво-

¹ Праксеологія (від гр. *prakticos* — діяльний) — міждисциплінарна загальна теорія людської діяльності як використання засобів для досягнення цілей (*Мизес Людвіг фон*. Человеческая деятельность: трактат по экономической теории / Пер. с 3-го испр. англ. изд. А. В. Курява. — Челябинск: Социум, 2005. — С. 39).

² Синергетика — наука про процеси розвитку та самоорганізації довільної природи складних систем, яка наслідуює та розвиває універсальні, міждисциплінарні підходи своїх попередниць: тектології О. О. Богданова, теорії систем Л. фон Берталанфі, кібернетики Н. Вінера. (Див.: *Богданов А. А.* Тектология: (Всеобщая организационная наука). В 2 кн.: Кн. 1 / Редкол. Л. И. Абалкин (отв. ред.) и др. — М.: Экономика, 1989. — 304 с.; *Пригожин Илья, Стенгерс Изабелла*. Порядок из хаоса: Новый диалог человека с природой / Пер. с англ. Изд. 4-е, стереотипное. — М.: Едиториал УРСС, 2003. — 312 с.; *Буданов В. Г.* Синергетика: история, принципы, современность // <http://spkurdyumov.narod.ru/SinBud.htm>; *Майнцер К.* Сложность и самоорганизация. Возникновение новой науки и культуры на рубеже веков // <http://spkurdyumov.narod.ru/Map.htm>; *Курдюмов С. П., Малинецкий Г. Г.* Синергетика — теория самоорганизации: Идеи, методы, перспективы. — М.: Знание, 1983. — 64 с.; *Романов В. Л.* Социальная самоорганизация и государственность // <http://spkurdyumov.narod.ru/Romanov1.htm>.

³ У вітчизняному правознавстві проблематика застосування досягнень синергетики до вивчення правових явищ вперше була розглянута в середині 1980-х років А. Б. Венгеровим (*Венгеров А. Б.* Синергетика, юридическая наука, право // Советское государство и право. — 1986. — № 10. — С. 39). З наукових праць в сфері юриспруденції останнього часу, в яких здійснена спроба використати як методологічну основу синергетичний підхід, можна, зокрема, назвати монографію К. І. Скловського «Собственность в гражданском праве» (Учеб.- практ. пособие. — 2-е изд. — М.: Дело, 2000). У вітчизняному правознавстві до питання про застосування синергетичного підходу до вивчення правової проблематики звертався А. Д. Машков (Урахування синергетичних шляхів у моделюванні державно-правових процесів у межах синергетичного підходу // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. — 2001. — Вип. 44. — С. 13—18).

ляє подолати прояви лінійного мислення як віддзеркалення механістичної наукової парадигми, насамперед, в тому що вибір — це «або-або», а не «і-і». В роботі здійснена спроба довести положення про те, що в сфері договірних відносин досягнення соціально-необхідного рівня їх упорядкованості лише за допомогою нормативно-правового інструментарію (важливого, але не єдиного параметру порядку) існує лише в ідеальній ситуації. В реальності ж важливими складовими регулювання договірних відносин виступають ті факти суспільної свідомості, які функціонують у вигляді соціальних норм (моральних, звичаєвих), так зване формулярне право, а також судова практика як джерело регулювання та організуючий параметр договірних відносин в їх динаміці.

Синергетичний підхід передбачає також побудову певних *моделей* (такими в нашому дослідженні стали моделі організаційного договору та договору в сфері державного господарювання), які мають відображувати реальність у спрощеному варіанті, узгодженому із завданнями дослідження. Альтернативою моделюванню виступає вербальний аналіз певних понять, які в юриспруденції здебільшого є абстрактними і, відповідно, такими, що можуть неоднозначно тлумачитися. Такий аналіз досить часто призводить до висновків, помилковість яких іноді складно виявити за переконливою зовнішньою формально-логічною оболонкою і стосовно яких можуть точитися тривалі, але безплідні дискусії.

Праксеологічний підхід до господарського договірного права, який інтелектуально споріднений із соціологічною традицією М. Вебера — Е. Дюркгайма — Т. Парсонса, дозволяє розглядати договірні відносини не як розрізнені, атомарні вольові акти, а як сукупність дій, об'єднаних певною метою, як цілеспрямовану, раціональну соціально значущу поведінку індивідуальних або колективних суб'єктів, в процесі якої відбувається поєднання індивідуального та колективного.

Крім того, ми спробували дистанціюватися від популярної нині методології побудови системи права України на основі дихотомії «приватне—публічне», оскільки, на наш

погляд, вона не дає вичерпних відповідей на всі питання правового регулювання господарських договорів, в якому мають гнучко поєднуватися імперативні та диспозитивні засади з метою забезпечення інтересів суб'єктів господарювання та інтересів суспільства в цілому (публічних інтересів).

Нарешті, слід наголосити на тому, що так чи інакше теоретичні проблеми господарського договірного права пов'язуються із центральною проблемою правознавства — проблемою праворозуміння, яка виходить далеко за межі цієї роботи. В нашому дослідженні ми виходили із тези про неприйнятність жорсткого протиставлення законів та інших нормативно-правових актів природному праву (у розумінні «трансцендентної справедливості»), оскільки перші (так само, як і «позитивізовані», схвалені і забезпечувані державою інші норми) теж здатні відповідати природному праву. В Україні природні права людини закріплені в Конституції, ЦК та інших законодавчих актах. Практика Європейського суду з прав людини виходить з того, що невід'ємною складовою верховенства права є визначеність статусу людини, можливість передбачити наслідки своєї чи чужої поведінки¹, а такий стан неможливо забезпечити поза нормотворчою, нормосанкціонувальною та нормозастосувальною діяльністю, яка має — так чи інакше — формально визначений характер². Між позитивізмом (юридичним та соціологічним) та теорією природного права існує тісний взаємозв'язок. Об'єднуючим ці типи праворозуміння началом виступає концепція прав людини. Тому при розгляді основних теоретичних питань господарського договірного права ми виходили з того, що теорія природного права та філософія права як ідеальні конструкції у відриві від позитивного права не існують і

¹ Рішення Європейського суду з прав людини від 25 липня 2003 року у справі «Совтрансавто-Холдинг проти України» // Вісник господарського судочинства. — 2004. — № 1. — С. 372—390.

² Рабінович П. Проблема джерел права як предмет давніх дискусій // Право України. — 2005. — № 6. — С. 131—132.

існувати не можуть, і призначення їх полягає у втіленні у позитивне право¹.

Автор висловлює щиру подяку науковому консультанту проф. Г. В. Пронській та колегам по кафедрі господарського права юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка за підтримку та розуміння.

Автор буде вдячний читачам за відгуки, критичні зауваження та побажання (e-mail: belyanevych@univ.kiev.ua).

¹ *Лейст О. Э.* Сущность права: Проблемы теории и философии права. — М.: ИКД «Зерцало — М», 2002. — С. 264—279; *Мартышин О. В.* Совместимы ли основные типы понимания права // Государство и право. — 2003. — № 6. — С. 13—21.

Розділ I

ГОСПОДАРСЬКЕ ДОГОВІРНЕ ПРАВО В СИСТЕМІ ПРАВА УКРАЇНИ

1.1. Договір як універсальний засіб саморегуляції суспільних відносин

Традиційно місце та роль договору в правовій регламентації суспільних відносин, його суттєві ознаки та соціально-регулятивний потенціал досліджуються на галузевому рівні. Питання господарського договору стали об'єктом уваги як в численних роботах радянського періоду¹, так і в су-

¹ Див., зокрема: *Брагинский М. И.* Общее учение о хозяйственных договорах. — Минск: Наука и техника, 1967. — 259 с.; *Брагинский М. И.* Хозяйственный договор: Каким ему быть? — М.: Экономика, 1990. — 175 с.; *Быков А. Г.* План и хозяйственный договор. — М.: Изд-во МГУ, 1975. — 158 с.; *Вердников В. Г.* Хозяйственные договоры. — М.: ВЮЗИ, 1965. — 118 с.; *Заменгоф З. М.* Изменение и расторжение хозяйственных договоров. — М.: Юрид. лит., 1967. — 144 с.; *Иоффе О. С.* План и договор в социалистическом хозяйстве. — М.: Юрид. лит., 1971. — 216 с.; *Клейн Н. И.* Организация договорно-хозяйственных связей. — М.: Юрид. лит., 1976. — 192 с.; *Луць В. В.* Заключение и исполнение хозяйственных договоров. — М.: Юрид. лит., 1978. — 143 с.; *Можейко В. Н.* Хозяйственный договор в СССР. — М.: Госюриздат, 1962. — 240 с.; *Овчинников Н. И.* Понятие и классификация хозяйственных договоров. — Владивосток: Изд-во Дальневост. ун-та, 1970. — 160 с.; *Побирченко И. Г.* Хозяйственная юрисдикция (общее учение). — К.: РИО МВД УССР, 1973. — 252 с.; *Сафиуллин Д. Н.* Теория и практика правового регулирования хозяйственных связей в СССР. — Свердловск: Изд-во Уральского ун-та, 1990. — 139 с.; *Танчук И. А., Ефимочкин В. П., Абова Т. Е.* Хозяйственные обязательства. — М.: Юрид. лит., 1970. — 216 с.; *Федоров И. В.* Хозяйственные связи в СССР: Вопросы теории правового регулирования. — Томск: Изд-во Томского ун-та, 1978. — 202 с.

часному українському правознавстві. Наразі дослідження цивілістичної та господарсько-правової договірної проблематики, в тому числі на дисертаційному рівні, в основному проводиться або в площині так званих підприємницьких договорів (контрактів), або окремих видів договорів (в тому числі в рамках дослідження певних видів господарської/підприємницької діяльності) та окремих елементів договірних відносин (забезпечення виконання, відповідальності тощо)¹. До господарсько-договірної проблематики звертався раніше і автор цієї роботи².

У цій монографії центр тяжіння зміщений від юридичної конструкції господарського договору до проблем господарського договірного права як правового *інституту* (нормативної підсистеми) господарського права, дослідження та пошук шляхів розв'язання яких потребує звернення до *загальної теорії* договору як засобу організації (в тому числі самоорганізації) суспільних відносин, що складаються в різних сферах людської діяльності. В такій якості договір,

¹ Див., зокрема: *Бобкова А. Г.* Правове забезпечення рекреаційної діяльності: Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. — Донецьк, 2001. — 34 с.; *Кузнецова Н. С.* Подрядные договоры в инвестиционной деятельности в строительстве. — К.: Наукова думка, 1993. — 159 с.; *Коссак В. М.* Правові засади іноземного інвестування в Україні. — Львів: Центр Європи, 1999. — 244 с.; *Луць В. В.* Контракты у підприємницькій діяльності: Навч. посібник. — К.: Юрінком Інтер, 1999. — 560 с.; *Булгакова І. В.* Правове регулювання перевезення вантажів залізничним транспортом в Україні: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2003. — 20 с.; *Герасименко О. О.* Забезпечення виконання господарських договорів з реалізації продукції: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Донецьк, 2004. — 20 с.; *Килимник І. І.* Особливості правового регулювання договору комерційної концесії (франчайзингу). — Харків, 2003. — 20 с.; *Клепикова О. В.* Правове регулювання перевезень вантажів морським транспортом: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2003. — 20 с.; *Луць А. В.* Свобода договору у цивільному праві України. — Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2001. — 20 с.; *Мілаш В. С.* Підприємницький (комерційний) договір: поняття та правові особливості. — Полтава: АСМІ, 2004. — 148 с.; *Сімсон О. Е.* Правові особливості договорів інвестиційного характеру: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Харків, 2001. — 20 с.; *Чучковська А. В.* Правове регулювання господарських договорів, що вчиняються через мережі електрозв'язку: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2004. — 20 с.

² *Беляневич О. А.* Господарський договір та способи його укладання: Дис. ... канд. юрид. наук. — К., 1999.

який є важливим елементом правової системи України, знаходиться в різноманітних функціональних зв'язках з іншими її елементами, і, взятий в кожному із таких зв'язків, виявляє свої сутнісні характеристики¹.

Конструкція договору як засобу саморегуляції різноманітних суспільних відносин використовується різними галузями права (міжнародним, конституційним, адміністративним, цивільним, господарським, трудовим, земельним, екологічним тощо) незалежно від ступеня імперативності правового регулювання певного виду суспільних відносин та взаємного правового становища суб'єктів цих відносин (субординації чи автономії). Адекватно сферам застосування та змісту цих відносин договір набуває специфічних рис, які мають юридично закріплюватися в різногалузевих правових нормах, що відображають відповідні компоненти договору, моделі, зміст, форму, порядок укладення, правові наслідки тощо². З огляду на це сам термін «договір» виступає науковою абстракцією, узагальненням вищого рівня, яке конкретизується в кожній галузі на рівні окремих інститутів (субінститутів).

Універсальність конструкції договору може пояснюватися низкою причин. Насамперед, договір, як і будь-яке інше правове явище, має соціальну сутність, під якою, за визначенням П. М. Рабіновича, слід розуміти здатність правового явища слугувати засобом задоволення потреб суб'єктів³.

¹ Зокрема, одним із них є зв'язок договору (угоди) та зобов'язання — понять, які досить часто вживаються для позначення правового інституту певної галузі права. Разом з тим, як уявляється, необхідно розрізняти правовий інститут як сукупність правових норм, що регулюють певний вид суспільних відносин, та правову категорію як загальнотеоретичне абстрактне поняття, яке виражає певні закономірності у правовій організації різних суспільних відносин. Відповідно правовий інститут є пов'язаним із галуззю права, а у правовій категорії такого зв'язку немає і вона знаходиться «над» системою права.

² Красавчиков О. А. Гражданско-правовой договор: понятие, содержание и функции // Антология уральской цивилистики. 1925—1989: Сб. ст. — М.: Статут, 2001. — С. 171.

³ Рабінович П. Соціальна сутність прав людини (у світлі потребового підходу) // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні: Матеріали XI регіональної наук.-практ. конф., 3—4 лютого 2005 р. — Львів: Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка, 2005. — С. 3.

У соціологічному аспекті договір виступає видом соціальної дії¹, оскільки сторони із укладенням будь-якого договору пов'язують певний смисл (досягнення певної мети). З точки зору праксеології договір може визначатися як різновид цілеспрямованого співробітництва. Останнє становить відмінну рису людського суспільства, яке, в свою чергу, є результатом людської діяльності, тобто свідомого прагнення до досягнення мети. Практиологія виділяє два види суспільного співробітництва: співробітництво на основі договорів і координації та співробітництво на основі команд та підпорядкування, тобто гегемонії, причому *будь-який вид* людського співробітництва та суспільної взаємозалежності по суті є порядком миру та примирливого врегулювання розбіжностей. У внутрішніх відносинах будь-якої суспільної одиниці (і заснованої на договорі, і заснованої на гегемонії) повинен зберігатися мир².

У більш широкому філософському контексті основою використання договору як правової форми суспільних відносин виступає комунікативність (лат. *communicatio* – повідомлення, передача) — умова існування індивідів («безнадійно соціальних істот»³), що забезпечує формування со-

¹ Соціальною є дія, яка за смислом, що за нею визнається діючими суб'єктами, співвідноситься із діями інших осіб та орієнтується на них (Вебер М. Основні соціологіческие понятія // Избр. произведения / Пер. с нем.; Сост., общ. ред. и послесл. Ю. Н. Давидова; Предисл. П. П. Гайденко. — М.: Прогресс, 1990. — С. 603).

² Співробітництво, суспільство, цивілізація та трансформація звіролюдини у людську істоту є породженням того фундаментального факту, що робота, яка виконується в умовах розподілу праці, є більш продуктивною, ніж ізольована робота, а також того, що розум людини здатний збагнути цю істину. Якщо б не ці обставини, люди завжди були б приречені залишатися один для одного смертельними ворогами, непримиренними суперниками у спробах відстояти свою частку мізерних засобів до існування, які надаються природою (Мизес Людвіг фон. Человеческая деятельность: трактат по экономической теории / Пер. с 3-го испр. англ. изд. А. В. Куряева. — Челябинск: Социум, 2005. — С. 39, 136, 185, 187).

³ За спостереженням Канта, людина – створіння, призначене для суспільства (хоча і не товариське), і в розвиненому суспільному стані відчуває сильну потребу ділитися з іншими (навіть без особливої мети) // Кант И. Метафизика нравов // Кант И. Критика практического разума. — СПб.: Наука, 1995. — С. 489.

ціальної спільності, в якій зберігається індивідуальність кожного її елемента. Слід звернути увагу на те, що в цілому комунікативність являє собою і одну з головних характеристик права¹. Право як суб'єктно-комунікативна система забезпечує узгодженість поведінки соціальних суб'єктів, їх взаємодію у суспільних відносинах, при цьому правова комунікація передбачає діалог учасників (не в розумінні обов'язкової участі в ньому двох сторін, а в контексті протиставлення його монологу однієї сторони або законодавця, правозастосувача). Право одночасно виступає формою комунікації (в розумінні оформленості, регламентованості порядку, процедури взаємних відносин суб'єктів), способом комунікації (як формальним принципом взаємодії суб'єктів права) та сукупністю актів комунікації із правовими зв'язками, що ними породжуються². Власне в правовій нормі закладена модель не стільки індивідуального акту, скільки взаємодії осіб та колективів³.

Розгляд договору під таким кутом зору дозволяє абстрагуватися від деяких цивілістичних ремінісценцій. Історично склалося так, що вперше і в найбільш досконалому як на той період часу вигляді конструкції договору та договірно-

¹ Погляд на право як комунікативну систему має глибокі коріння в античності. В філософсько-правовій літературі дореволюційного періоду такий погляд пов'язувався, зокрема, з іменами С. А. Муромцева, М. М. Коркунова, П. І. Новгородцева, Л. І. Петражицького, І. О. Львіна, П. О. Сорокіна, Р. Штаммлера. Так, Р. Штаммлер писав, що існує лише єдина ідея, яка з безумовною принциповістю дійсна для будь-якого права – це ідея людського спілкування. Не можна уявити собі жодного правового порядку, який би не пов'язував людей між собою, не поєднував їх під загальними цілями. Право повсюди є нічим іншим, ніж формальним способом, в який люди *разом* повинні вести боротьбу за існування (Штаммлер Р. *Сущность и задачи права и правоведения* / Пер. с нем. В. А. Краснокутского. — М., 1908. — С. 75).

² *Архипов С. И. Субъект права: теоретическое исследование.* — СПб.: Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2004. — С. 17—18.

³ Так, вже диспозиція норми здебільшого вказує на правомочності та кореспондуючі їм обов'язки не однієї особи, а принаймні двох учасників правовідношення. Крім того, ще є санкція, яка моделює поведінку державних органів, які застосовують норму до правопорушника (*Кудрявцев В. Н. Правовое поведение: норма и патология // Избр. труды по социальным наукам: В 3 т. Т. 1 Общая теория права. Уголовное право.* — М.: Наука, 2002. — С. 28).

го зобов'язання були відпрацьовані в римському приватному праві. Внаслідок цього в правознавстві поширилося уявлення про суто цивілістичну («приватноправову») генетику договорів, а дослідження юридичних конструкцій договору та договірної зобов'язання проводилися в основному крізь цивілістичну призму і зводилися лише до одного виду договорів та договірних зобов'язань — цивільно-правових¹, що обслуговують майновий оборот². Так, в одній з відомих робіт радянського періоду зазначалося, що договір є необхідним саме як правова форма відносин товарного обміну: за наявності еквівалентно-оплатного характеру обміну товарів та юридичної рівності самостійних, майново відособлених товаровласників акти обміну не можуть здійснюватися інакше, ніж за взаємною згодою сторін³.

В сучасній літературі такий політекономічний погляд на договір піддається досить жорсткій критиці як такий, що призвів на практиці до тенденції згортання змісту договору, обмеження його мінімальною кількістю умов⁴. Слід

¹ Відома праця О. С. Іоффе «Общее учение об обязательствах» розпочинається словами: до зобов'язань відносяться різноманітні цивільні правовідносини. І далі: економічна функція зобов'язання полягає в опосередкуванні переміщення майна та інших результатів праці із сфери виробництва в сферу обороту і через останню — в сферу споживання (виробничого чи особистого) (Іоффе О. С. Избр. труды: В 4 т. Т. III. Общее учение об обязательствах. — СПб: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2004. — С. 51, 52).

² У правознавстві мали місце спроби перенесення цивілістичних конструкцій на ґрунт інших галузей права (зокрема, у розробках проблеми міжнародної відповідальності на основі конструкції відповідальності в договірних відносинах та відповідальності за делікт), але підтримки вони не знайшли (Лукашук И. И. Право международной ответственности. — М.: Волтерс Клувер, 2004. — С. 43—44.).

³ Виходячи з цього господарський договір визначався як правова категорія, що є породженням та виявом внутрішніх властивостей товару (еквівалентно-оплатного обміну на основі волевиявлення, оскільки товар тільки тоді стає товаром, коли він виступає як продукт, призначений для обміну) (Быков А. Г. План и хозяйственный договор. — М.: Изд-во Моск. ун-та, 1975. — С. 8, 9).

⁴ Пугинский Б. И. Частный договор в научной картине права // Ученые-юристы МГУ о современном праве / Под ред. М. К. Треушникова. — М.: ОАО «Издательский дом «Городец», 2005. — С. 175.

визнати, що теоретичні питання договору, під яким найчастіше розуміється правовий інститут, найбільш розроблені в рамках саме цивілістичної науки¹. Навіть ті автори, які обстоюють універсальний характер договору як правової категорії, дотримуються думки про те, що конструкція договору (і зобов'язання) *виникла* в рамках цивільного права і *вийшла за межі* цієї галузі, набувши значення загальнотеоретичної категорії².

Не вдаючись до детального вивчення історії походження та розвитку договору, яке заслуговує окремого дослідження, зробимо декілька зауважень³. Перш за все теоретико-логічне зображення об'єкта пізнання без врахування історичної обумовленості самих теоретичних категорій та власної логіки історії може призвести до схоластичного конструювання самодостатніх абстрактних схем, відірваних від реальної історії. Суто історичному підходу властиві свої ілюзії, засновані на некритичній ідеалізації того чи іншого етапу історичного розвитку. Необхідним є таке поєднання логічного та історичного, завдяки якому стає можливим в теоретико-логічному утримати та відобразити смисл історико-генетичного⁴. Іншими словами, застосування історичного методу пізнання державно-правових явищ зумовлює необхідність, насамперед, мислити категоріями

¹ Слід зазначити, що в цивілістиці радянського періоду досить ґрунтовно досліджувалася і проблематика господарського договору, в тому числі вченими, що найбільш послідовно виступали проти господарсько-правової концепції (Див., наприклад: *Иоффе О. С.* План и договор в социалистическом хозяйстве. — М.: Юрид. лит., 1971).

² *Танчук И. А.* Система хозяйственных обязательств: Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. — М., 1979. — С. 7.

³ Можна припустити, що певною мірою причини абсолютизації приватно-правової природи договору мають об'єктивний характер. В той час як приватне і — особливо — цивільне право були методично розроблені починаючи з XVII ст., у Франції та Німеччині в середині XIX ст. західні дослідники все ще нарікали на жалюгідний стан, в якому перебуває наука публічного права (*Ориу М.* Основы публичного права / Пер. с фр. под ред. Е. Пашуканиса. — М.: Изд-во Коммунистической академии, 1929. — С. 20—21).

⁴ *Нерсисянц В. С.* Логическое и историческое в познании государства и права // Методологические проблемы советской юридической науки. — М.: Наука, 1980. — С. 176, 177.

періоду, що досліджується¹, і обов'язково — в контексті розвитку суспільства, політики, економіки на певному часовому відрізку².

Наукові джерела дають підстави поставити під сумнів уявлення про суто «приватно-правову» генетику договору. Походження договору, як зазначав М. Оріу, не можна відшукувати ані в римському, ані в грецькому праві. Договір відомий ще єгипетсько-халдейській традиції, запозиченій пізніше грецьким правом, причому договори, аналогічні римським договорам *bona fides*, передували формальним або абстрактним договорам (таким, як *stipulatio*). В цій традиції договір зводився значною мірою до слова, яке давалося і сприймалося по відношенню до певного предмета та певної послуги. Спочатку договір застосовувався стосовно об'єктів, які безпосередньо не стосувалися торгового обміну (зокрема, з метою припинення міжусобних війн). У цілому первісна форма, в якій відбувався обмін (міна або торгівля без слів), передбачала укладення будь якого перемир'я в тому чи іншому вигляді³. Аналогічний погляд був висловлений видатним українським правознавцем в галузі міжнародного права В. Е. Грабарем, який зазначав, що перші відомі правові формули — оголошення війни та договір — відно-

¹ Така можливість об'єктивно обмежена, зважаючи на складність усвідомлення сучасним дослідником особливостей світогляду, ціннісних суджень та орієнтацій індивідів та їх спільнот в минулі часи. Реальне відтворення минулого вимагало б копіювання, що не в силах людини: історія є не розумовим копіюванням, а концентрованим уявленням минулого засобами понятійного апарату (*Мизес Людвіг фон. Человеческая деятельность: трактат по экономической теории.* — С. 48).

² Ця проблема розглядалася і в філософській герменевтиці. Г.-Г. Гадамер ставить питання: як історик права може пізнати первісний смисл закону і чи може він пізнати його, не усвідомлюючи тих змін, що відділяють його епоху від епохи, коли закон приймався? Отже, чи не мусить він діяти точно за прикладом судді, провести різницю між первісним смислом законодавчого тексту й тим правовим змістом, у передрозумінні якого він живе як людина своєї епохи. Відповідь самого Г.-Г. Гадамера полягає в тому, що герменевтичні ситуації історика і юриста збігаються в тому, що стосовно всякого тексту ми живемо у безпосередньому смислоочікуванні (*Гадамер Г.-Г. Истина і метод / Пер. з нім. Т. І: Герменевтика І: Основи філософської герменевтики.* — К.: Юніверс, 2000. — С. 304).

³ *Оріу М. Основы публичного права / Пер. с фр. под ред. Е. Пацука-Ниса.* — М.: Изд-во Коммунистической академии, 1929. — С. 193—194.

сяться саме до міжнародних відносин¹. Відома також практика передачі в рамках договору виконання певних публічних функцій приватним особам². На договірні засади участі громадян у суспільному управлінні справами в царський період Риму вказує Т. Моммзен³.

¹ Копітко досліджуючи первісне значення римського терміна *jus gentium*, В. Е. Грабар доводить, що *jus gentium* пов'язане із міжродовим правом первісного суспільства. Відносини між родами були засновані на договорі (*foedus*), який створював можливість мирних стосунків між ними, встановлював мир (рах). У міжродовому договорі містилися норми взаємної поведінки родів, в ньому надавалася взаємна гостинність (*hospitium*), право зносин та торгівлі (*commercium*), а за більш тісних взаємин — і право шлюбних зв'язків (*conubium*). В пізніший час Рим не укладав такі договори; міжнародні зв'язки, які посилювалися, зробили це зайвим, і назва *jus gentium* за традицією була застосована до норм, більш вільних у порівнянні з нормами *jus civile*. Такі норми напруцьовувалися в судовій практиці претором для іноземців (*praetor peregrinus*), який запозичував їх з правових систем інших народів (Грабар В. Э. Первоначальное значение римского термина *jus gentium* // Антологія української юридичної думки: В 10 т. / Редкол. Ю. С. Шемшученко (голова) та ін. Т. 8: Міжнародне право / Упоряд.: В. Н. Денисов, К. О. Савчук; відп. ред. В. Н. Денисов. — К.: Видавничий Дім «Юридична книга», 2004. — С. 493, 506—507).

² Так, на «підприємницьких» засадах співпрацювали з римською владою в древній Іудеї збирачі податків. Населення районів, які були передані їм в оренду, податки сплачувало збирачам, а вони, в свою чергу, віддавали окупантам солідну данину. Коли траплялося зібрати значні суми, їх доходи бували значними, у протилежному випадку збирачі ризикували стати банкрутами (Фрикке Ведиг. Кто осудил Иисуса? Точка зрения юриста / Пер. с англ. — 2-е изд. — М.: Эдиториал УРСС, 2005. — С. 223).

³ Подібно до того, як правові відносини між правителем та підлеглими освячувалися у формі договорів за допомогою запитань та відповідей, так і будь-який верховний акт громади здійснювався шляхом запиту (*rogatio*), з яким цар звертався до громадян і який приймався більшістю курій; в цьому випадку курії без сумніву (курсив наш. — О. Б.) могли відмовити у своєму схваленні. Тому у римлян закон мав інше, ніж у нашому розумінні, значення — це був не припис, даний монархом членам громади, а договір, укладений між керівними органами влади шляхом відповіді, поданої на запитання. Слово *lex* (зв'язок), як вказує Т. Моммзен, взагалі означає договір, але саме такий договір, умови якого встановлюються однією стороною, а іншою стороною або просто приймаються, або відхиляються, як це буває при продажу будь-чого з публічних торгів. У *lex publica populi Romani* пропонуюча сторона — цар, та, що приймає — народ (Моммзен Т. История Рима. I. До битвы при Пидне. — М.: Гос. соц.-эконом. изд-во, 1936. — С. 72). На те, що і закони, і звичаєве право зводилося римськими юристами до угоди, тобто договору, звертав увагу Ф. В. Тарановський (Тарановский Ф. В. Энциклопедия права. — 3-е изд. — СПб.: Лань, 2001. — С. 189).

У цілому розвиток договірної саморегуляції суспільних відносин їх учасниками, перетворення договору на універсальну правову «оболонку» зв'язків між особами та їх спільнотами свідчить про те, що такий розвиток об'єкта (договору) є не просто його саморозкриттям, актуалізацією вже закладених в ньому потенцій, а такою зміною становищ, в основі яких знаходиться неможливість з тих чи інших причин збереження існуючих форм функціонування: об'єкт начебто примушений виходити на інший рівень функціонування, раніш недоступний та неможливий для нього¹.

У літературі вказувалося на те, що міжгалузеве значення договору зумовлює необхідність розробки загальної теорії договору, яка б охоплювала застосування договору як правової форми в різних сферах суспільної діяльності². Проте до останнього часу в загальній теорії права вчення про договір не входило до сфери уваги дослідників³. На сьогодні загальна теорія договору в українському правознавстві перебуває в стадії формування та представлена нечисленними роботами⁴. Як наслідок, відсутнє загальнотеоретичне поняття договору, а саме завдання його напрацювання уявляється вкрай складним, оскільки в кінцевому рахунку виводить дослідника на проблему праворозуміння. Разом з тим безсумнівною є практична значущість загальних підходів до визначення сутності договору, оскільки при створенні окремих, достатньо конкретних (тим більше — спеціальних) правових норм законо-

¹ Блауберг И. В., Юдин Э. Г. Становление и сущность системного подхода. — М.: Наука, 1973. — С. 190.

² Див., зокрема: Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении. — М.: Юрид. лит., 1974. — С. 292—293; Красавчиков О. А. Гражданско-правовой договор: понятие, содержание и функции // Антология уральской цивилистики. 1925—1989: Сб. статей. — М.: Статут, 2001. — С. 171; Марченко М. Н. Общая теория договора: основные положения // Вестник Моск. ун-та, 2003. — № 6. — С. 3—5. — (Сер. 11, Право).

³ В останні роки активізація творчих зусиль на цьому напрямі спостерігається в російському правознавстві. Див., зокрема: Иванов В. В. Общие вопросы теории договора. — М.: Эдиториал УРСС, 2000. — 160 с.; Корецкий А. Д. Теоретико-правовые основы учения о договоре. — СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2001. — 211 с.; Марченко М. Н. Общая теория договора: основные положения. — С. 3—16.

⁴ Пархоменко Н. М. Договір у системі права України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 1998. — 20 с.

давець не може уникнути використання *понять* як абстракцій, як форми людського мислення, що відображає предмети в їх суттєвих ознаках. Причому юридичні поняття є різновидами соціальних понять, специфіка яких визначається особливостями правового мислення як нормативного способу освоєння дійсності¹.

У цілому утворення правових понять відбувається надзвичайно повільно, і іноді для остаточного формування окремих з них потрібні сторіччя². Цей процес є внутрішньо суперечливим, оскільки чим вище рівень абстрагованого та інтегрованого поняття, чим досконаліша абстрактна конст-

¹ Чернобель Г. Т. Проблема истинности и научной достоверности в правоведении // Методологические проблемы советской юридической науки. — М.: Наука, 1980. — С. 105.

² Показовим прикладом такої трансформації є пристосування смислових значень римських понять в сучасних дослідженнях та практиці до сучасних потреб, а іноді і до суб'єктивних уподобань дослідників. Як відомо, слово *actum*, за Ульпіаном, походить від *actio*, звідси слово *actus* (мир) (Дигести. Книга друга. Титул XIV.1.1). Як зазначається в сучасному коментарі до цього параграфу Дигест, в російському перекладі *actum* та *actio* означають угоду (домовленість) і між ними не можна провести різниці. Вживаючи термін *actum* в розумінні угоди (домовленості), римські юристи намагалися представити справу таким чином, що договір встановлює мир між людьми, що його уклали, але автор коментаря чомусь вважає, що ілюзорність такого уявлення навіть не потребує доказування (Дигести Юстиніана / Пер. с лат.; Отв. ред. Л. Л. Кофанов. — М.: Статут, 2002. — С. 257). Відомо також, що словом *actum* позначалися неформальні угоди — ті, що обслуговували ділове життя поза межами замкненого кола контрактів. Вони (*acta nuda*) не користувалися позовним захистом і не породжували зобов'язання, і мали виконуватися, покладаючись лише на совість контрагентів, на їхні моральні засади, але не на право (Підпригора О. А. Римське приватне право: Підручник для студентів юрид. спец. вищих навч. закладів. — 3-є вид., перероб. та доп. — К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2001. — С. 338, 342). Невиконання *acta* не тягло юридичної відповідальності. Лише пізніше, із розвитком цивільного обороту, для якого використання таких простих і доступних форм, як *acta* виявилось зручним, претор сказав: «Я буду охороняти домовленості, які здійснені не внаслідок злого умислу і не всупереч законам, плебісцитам, сенатус-консультам, декретам, едиктам принципів та не в обхід будь-якого з цих правил» (Дигести. Книга друга. Титул XIV.7.7). Згодом із слів «Я буду охороняти домовленості» (*acta conventa ...servabo*) виросло знамените «*acta sunt servanda*», формула, що нині є одним із наріжних принципів будь-яких договорів.

рукція, тим менше вона охоплює та синтетично відтворює всю конкретику різномітних суспільних явищ. Тому в загальному понятті договору а ргіогі досить складно відтворити всі особливості цієї конструкції залежно від галузі права, в якій вона використовується. Крім того, поняття договору як синтетичного утворення знаходиться, як і інші правові поняття, під загрозою неточного відображення тієї соціальної реальності, на основі якої воно утворюється та на яку впливає, оскільки дійсність буде завжди складнішою за поняття, яким вона позначається¹.

У цілому можна стверджувати, що сфера застосування конструкції договору постійно розширюється. В деяких галузях права договірна саморегуляція може домінувати над іншими способами упорядкування відносин (як в цивільному праві), в інших — виступає однією з основних правових формою відносин суб'єктів поряд із відносинами підпорядкування, а у певних випадках й ставиться під контроль держави, зокрема органів Антимонопольного комітету України (як в господарському праві), в деяких — застосовується у випадках, визначених законодавством (як в адміністративному праві), а іноді — забороняється законодавцем².

Як зазначалося вище, в різних галузях права договір як правова форма суспільних відносин набуває особливих рис під впливом особливостей таких відносин. Так, ідея колективності, солідаризму виразно звучить і в трудовому законодавстві³, і в дослідженнях з трудового права — галузі, що, безсумнівно, відрізняється імперативністю правового ре-

¹ Не можна не сказати і про те, що правове поняття договору, яке, зокрема, входить до складу сучасних господарсько-правових норм, розвивалося та ускладнювалося разом із розвитком та ускладненням господарського обороту, набуваючи в різні часи специфічного змістовного навантаження.

² Так, з метою запобігання легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансовим установам забороняється вступати в договірні відносини з клієнтами — юридичними чи фізичними особами у разі, якщо виникає сумнів стосовно того, що особа виступає не від власного імені (ст. 18 Закону України від 12 липня 2001 р. «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» // ВВР. — 2002. — № 1. — Ст. 1).

³ Ст. 1 Закону України від 1 липня 1993 р. «Про колективні договори і угоди» // ВВР. — 1993. — № 36. — Ст. 361.

гулювання і має на меті, насамперед, *забезпечення соціального миру*¹. Відчуття того, що договір слугує засобом «примирення» сторін (як суб'єктів соціальної взаємодії), досить сильно розвинуте в дослідженнях інституту договору в трудовому праві. Нормативні положення колективного договору визначаються джерелами трудового права *соціально-партнерського характеру* (курсив наш. — О. Б.), які створюють підґрунтя для інших локальних нормативних актів, що регулюють соціально-трудова відносини. Наголошується і на розширенні сфери договірної регулювання соціально-трудова відносин та необхідності створення умов, які б стимулювали соціальних партнерів до укладення колективних договорів². У той же час ідея соціального миру та солідарності майже не відчувається в цивілістиці, в якій питання договірної права розглядається, насамперед, під кутом зору автономності (індивідуалізму) суб'єктів цивільних відносин та реалізації їх інтересів у майнових відносинах.

Елементи договірної (узгоджувальної) саморегуляції знайшли закріплення в процесуальних галузях права. Одним з таких елементів є відомий процесуальному праву України інститут договірної підвідомчості, в основі якого — угода сторін про передачу спору на розгляд третейського суду (ст. 17 Цивільного процесуального кодексу України³ (далі — ЦПК), частина 2 ст. 12 Господарського процесуального кодексу України⁴ (далі — ГПК). Межі розсуду сторін примирення (угоди) окреслені законодавчо в частині визначення категорій спорів, що не можуть передаватися на розгляд третейського суду (ч. 2 ст. 12 ГПК, ст. 6 Закону України від 11 травня 2004 р. «Про третейські суди»⁵).

Іншим важливим елементом договірної саморегуляції відносин сторін в цивільному та господарському судочинстві

¹ Щербина В. Соціальні та правові засади забезпечення соціального миру та належного морально-психологічного клімату між роботодавцями і працівниками в умовах ринкових відносин // Підприємництво, господарство і право. — 2005. — № 7. — С. 22.

² Ярошенко О. Джерела трудового права на соціально-партнерському рівні // Вісник Академії правових наук України. — 2005. — № 2 (41). — С. 216, 218.

³ ВВР. — 2004. — № 40—41, 42. — Ст. 492.

⁴ ВВР. — 1992. — № 6. — Ст. 56.

⁵ ВВР. — 2004. — № 35. — Ст. 412.

є мирова угода¹, право на укладення якої передбачено статтями 31, 175 ЦПК та статтями 22, 78 ГПК. В процесуальному аспекті мирова угода слугує засобом (інструментом) впливу на динаміку судового розгляду справи, адже затвердження судом мирової угоди, укладеної сторонами, є підставою для закриття (п. 1 ч. 1 ст. 205 ЦПК) або припинення провадження у справі (п. 5 ч. 1 ст. 80 ГПК)². У випадку укладення сторонами мирової угоди, так само й як передачі ними спору на вирішення третейського суду, відбувається «зміщення» конфлікту, тобто перенесення його за межі державної влади (віддалення із сфери загального консенсусу) в непублічну сферу³. Право суду не визнати мирову угоду сторін, якщо її умови суперечать закону чи порушують права, свободи та інтереси інших осіб, є проявом законодавчого обмеження принципу диспозитивності як одного з основних принципів цивільного та господарського судочинства з метою захисту як публічних інтересів, так і інтересів окремих осіб від неправомірних дій сторін.

¹ Мирова угода, яка може бути судовою або позасудовою, за визначенням Г. Ф. Шершеневича, є договором, в силу якого контрагенти зобов'язуються до взаємних поступок через сумнівність прав та обов'язків, які належать їм стосовно один одного. Метою такої угоди є поганий мир, який, як відомо, кращий за хорошу сварку (*Шершеневич Г. Ф. Учебник гражданского права.* — СПб., 1907. — С. 497—499). В літературі наводилися й інші ознаки мирової угоди, зокрема як засобу захисту права (детальніше див.: *Рожкова М. А. Мирное соглашение в арбитражном суде: проблемы теории и практики.* — М.: Статут, 2004. — С. 31—54).

² У матеріально-правовому аспекті мирова угода у договірних спорах є, по суті, угодою про зміну умов договору (зокрема щодо ціни, строків виконання зобов'язання, порядку виконання, застосування штрафних санкцій за невиконання або неналежне виконання тощо).

³ Саме під таким кутом зору стає зрозумілим, чому угода про передачу спору на вирішення третейського суду стала в літературі об'єктом критичного аналізу на предмет її відповідності нормі ст. 124 Конституції України про здійснення правосуддя в Україні виключно судами. Одним із наслідків такого аналізу стало небезспірне твердження про те, що у випадку відмови господарським судом у прийнятті позовної заяви з тієї підстави, що відповідно до арбітражних застереження чи угоди спір повинен розглядатися в арбітражі, такі дії суду мають розцінюватися як відмова у здійсненні ним правосуддя у підвідомчій йому справі. (*Лулак Д. Д. Судочинство і третейський розгляд в аспекті проблеми доступу до правосуддя // Вісник господарського судочинства.* — 2003. — № 3. — С. 197).

Аналогічним інституту мирової угоди в господарському та цивільному судочинстві виступає відповідно до ст. 51 Кодексу адміністративного судочинства України (далі — КАС) інститут примирення в адміністративному судочинстві. Тлумачення ч. 4 ст. 51 КАС дає підстави говорити про узгоджувальний характер дій сторін по примиренню. Реалізація сторонами адміністративного спору процесуального права на примирення також пов'язується із їх оцінкою адміністративним судом: суд не визнає умов примирення, якщо ці дії суперечать закону або порушують чий-небудь права, свободи та інтереси. Детальний аналіз інституту примирення виходить за межі цього дослідження, тому лише зазначимо, що законодавче регулювання такої саморегуляції в адміністративному судочинстві (і в цілому її допустимості в цій сфері), як уявляється, є недостатньо продуманим. В літературі зверталася увага на те, що визнання акта недійсним можливе лише за рішенням суду, сторони не можуть своєю волею дійти згоди про його недійсність та викласти це в своїй угоді, тому затвердження судом угоди в такій справі недвозначно суперечило б вимогам закону, оскільки не призводило б до усунення негативних правових наслідків видання незаконного акта¹.

В сучасних дослідженнях обґрунтовується можливість використання в кримінальному процесі угоди про визнання вини, під якою розуміється домовленість сторін обвинувачення та захисту щодо вирішення кримінальної справи на взаємовигідних умовах — визнання вини обвинуваченим/підсудним своєї вини в обмін на м'якшу міру покарання, ніж та, що визначена законом за злочин, у вчиненні якого його обвинувачено².

«Дружнє врегулювання спору», тобто мирова угода, допускається Конвенцією про захист прав людини та основних свобод³. Відповідно до ст. 38 Конвенції Європейський

¹ *Беляневич В. Е.* Арбітражне судочинство: визнання недійсними актів державних та інших органів: Навч. посібник. — К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2001. — С. 107.

² *Пушкар П. В.* Угода про визнання вини у сучасному кримінальному процесі: порівняльно-правове дослідження: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2005. — С. 7.

³ Голос України. — 10 січня 2001 р. — № 3 (2503).

суд з прав людини надає себе у розпорядження заінтересованих сторін з метою забезпечення дружнього врегулювання спору на основі поваги до прав людини, визначених у Конвенції та протоколах до неї. Статтею 39 Конвенції передбачається, що у разі досягнення дружнього врегулювання Суд вилучає справу з реєстру, прийнявши відповідне рішення, яке містить лише стислий виклад фактів і досягнутого вирішення.

Винайдення загального поняття договору не є самоціллю цього наукового дослідження, оскільки воно, як і поняття права в цілому, є багаторівневим і може розглядатися в різних ракурсах (як угода, як зобов'язання, як правовий засіб, як документ тощо). До того ж деякими авторами полісемія терміна «договір» сприймається як належне і досліджується договір саме в аспекті багатопонятійності (*Иоффе О. С.* Обязательственное право. — М., 1975; *Мозолин В. П., Фарнсворт Е. А.* Договорное право в США и СССР: История и общие концепции. — М., 1988; *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. — М., 1999), інші ж автори використовують цей термін у значенні угоди (юридичного факту) (*Красавчиков О. А.* Юридические факты в советском гражданском праве. — М., 1950; *Гражданско-правовой договор: понятие, содержание и функции.* — М., 1980; *Халфина Р. О.* Значение и сущность договора в социалистическом гражданском праве. — М., 1952).

Труднощі визначення загального поняття «договір» зумовлюються і тим, що єдиною назвою «договір» за сучасними загальнотеоретичними класифікаціями об'єднуються, на думку дослідників¹, два типи договорів: нормативно-пра-

¹ Див., зокрема: *Пархоменко Н. М.* Договір у системі права України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 1998. — С. 6—7; *Иванов В. В.* К вопросу об общей теории договора // Государство и право. — 2000. — № 12. — С. 73; *Марченко М. Н.* Особенности нормативно-правового договора как источника права // Вестник Московского ун-та, 2004. — № 1. — С. 3—15. (Сер. 11. Право); *Марченко М. Н.* Частно-правовой договор в механизме правового регулирования // Вестник Московского ун-та, 2004. — № 2. — С. 3—16. (Сер. 11. Право).

вовий (як джерело права) та індивідуально-правовий (як форма реалізації права)¹. Слід звернути увагу на те, що в юридичній літературі такий поділ договорів був проведений досить давно Ф. В. Тарановським².

У логічному плані поняття договору відноситься до тих, що утворюються шляхом виділення з правових понять нижчого рівня притаманного їм спільного. Об'єднуючою різні договори ознакою виявляється *спільність дій суб'єктів*. Такі дії спрямовуються на певні правові наслідки — виникнення прав та обов'язків, які повинні реалізуватися в рамках відносного правовідношення (зобов'язання). Це спільне прямо чи опосередковано відображається у запропонованих в літературі визначеннях договору, зокрема: як передбаченої законом системи взаємопов'язаних компонентів правового характеру (формальної рівності, еквівалентного характеру взаємовідносин, відносної автономності регулювання

¹ Коректність найменування «індивідуальний» договір може викликати сумніви, оскільки, як вважає Б. І. Пугінський, воно створює враження укладення договору індивідом із самим собою. Крім того, на його думку, неточним буде і поняття «приватноправового» договору, оскільки воно співвідноситься із сферою приватного права, залишаючи поза увагою публічно-правову діяльність в різних сферах, через що найбільш прийнятним є термін «приватний» договір (Пугинский Б. И. Частный договор в научной картине права // Ученые-юристы МГУ о современном праве / Под ред. М. К. Треушникова. — М.: ОАО «Издательский дом «Городец», 2005. — С. 161). Як уявляється, кожне з цих найменувань може бути прийнятним із відповідними застереженнями, а доведення істинності лише одного з них методологічно безперспективне. Тому з певною часткою умовності надалі ми будемо використовувати для позначення цієї групи договорів, виділеної шляхом дихотомічного поділу всіх договорів за ознакою нормативності, термін «індивідуально-правовий» (як синонімічний терміну «ненормативний»), оскільки він вказує на обов'язковість договірних правил (умов) лише для учасників договору.

² При цьому особливостями *договорів-угод* вченим називалися: 1) наявність у кожній сторони власної мети; 2) різна мотивація сторін; 3) створення таким договором юридичного відношення. В *нормативному ж* договорі: 1) сторони прагнуть до спільної мети — встановлення загальної норми; 2) спільним мотивом є створення загальної норми; 3) таким договором створюється об'єктивна юридична норма (Тарановский Ф. В. Энциклопедия права. — 3-е изд. — СПб.: Лань, 2001. — С. 191).

в рамках закону, взаємної відповідальності тощо), що забезпечує функціонування зв'язків між суб'єктами договору¹; як спільного правового акта, який є оформленням вияву відособлених узгоджених волевиявлень двох або кількох формально рівних суб'єктів права, що встановлюють обов'язкові для виконання умови²; як об'єктивованих у встановленому законодавством порядку, вільно узгоджених намірів декількох осіб здійснити юридичну угоду з метою реалізації своїх інтересів³.

Оскільки договір є видом соціальної взаємодії (спільним актом його учасників, засобом комунікації суб'єктів), його універсальними визначеннями залежно від обраного ракурсу дослідження, є, на наш погляд, наступні:

— договір як дво- або багатостороння *угода/домовленість*, яка слугує підставою виникнення відносин, за якими визнається правовий (юридичний) характер⁴;

— договір як *зобов'язання*, тобто абстрактна модель правовідношення, в якому уповноваженій особі протистоїть конкретний зобов'язаний суб'єкт і де праву однієї особи протистоїть обов'язок іншої особи до відповідної поведінки.

Наголошуючи на узгоджувальному характері як основній рисі договору, слід зробити деякі застереження. Узгодження може бути дійсно вільним за умови, що суб'єкти договору є не тільки формально рівними, але й фактично

¹ Пархоменко Н. М. Договір у системі права України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 1998. — С. 7—8.

² Иванов В. В. К вопросу об общей теории договора // Государство и право. — 2000. — № 12. — С. 75, 78. Щоправда, сам автор вказує на суперечливість такої ознаки договору, як рівність сторін.

³ Корецкий А. Д. Теоретико-правовые основы учения о договоре. — СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2001. — С. 41.

⁴ У соціологічному аспекті така спільна дія сторін спрямована на досягнення гармонізації інтересів суб'єктів. Іноді це безпосередньо закріплюється в законодавстві. Зокрема, відповідно до ст. 1 Закону України від 1 липня 1993 р. «Про колективні договори і угоди» колективні договори укладаються з метою регулювання виробничих, трудових і соціально-економічних відносин і *узгодження інтересів* трудящих, власників або уповноважених ними органів (ВВР. — 1993. — № 36. — Ст. 361).

(економічно, майново, політично) рівноцінними, тобто жоден з них не має можливості примусово впливати на формування волевиявлення контрагента. Проте недооцінка різного роду фактичної нерівності стану суб'єктів договірного правовідношення, тобто неврахування соціологічного фактору, може призводити до деформації суспільних відносин. Втім упорядкування суспільних відносин і створення гармонії між членами суспільства як мета права в найширшому розумінні власне і може досягатися завдяки «урівноваженню» такої нерівності шляхом введення додаткової (адресної) імперативності для певного кола суб'єктів¹.

Слід визнати, що законодавець не завжди може впливати на економічно сильнішого суб'єкта за допомогою правових засобів, а в деяких сферах подолання нерівності договірних сторін може досягатися лише за допомогою суто політичних засобів, як це відбувається в сфері міжнародних відносин. Принагідно зазначимо, що проблема нерівності в міжнародному договірному праві хоча й була усвідомлена та сформульована як така досить давно², проте й наразі залишається однією з центральних в праві міжнародних договорів. Як зазначає І. І. Лукашук, усі держави є однаково суверенними, мають рівні суверенні права та наділені відповідною договірною правоздатністю, однак їх реальні можливості суттєво різняться, що впливає і на їх договірні відносини. Особливе ж значення має участь в договорах великих держав, які настільки могутні, що без їх участі не мо-

¹ Детальніше про це: див. підрозділи 2.5 та 3.4.

² Міжнародно-правовий порядок не лише може бути заснований на визнанні фактично існуючої нерівності держав, але й повинен мати це за основу, якщо йому бажать надати певної міцності. Правильна і міцна міжнародна організація повинна бути заснована на визнанні реально існуючого співвідношення сил між державами. (Грaбар В. Э. Начало равенства государств в современном международном праве // Антологія української юридичної думки: В 10 т. / Редкол. Ю. С. Шемшученко (голова) та ін. — Т. 8: Міжнародне право / Упорядники: В. Н. Денисов, К. О. Савчук; відп. редактор В. Н. Денисов. — К.: Видавничий Дім «Юридична книга», 2004. — С. 469).

жуть вирішуватися глобальні проблеми, в тому числі миру та безпеки¹.

Будь-який договір як соціальна підсистема має властивості гомеостазу, тобто здатність протистояти збуренням з боку зовнішнього середовища за рахунок автономності та стабільності внутрішньої організації. Характер процесу управління в такій системі зумовлений призначенням договору і полягає в тому, щоб за допомогою певної регламентації дій його учасників забезпечити відповідність їх поведінки інтересам один одного та інтересам публіки. Насамперед, договір справляє безпосередній вплив на елементи, що управляються (шляхом визначення прав та обов'язків сторін, зафіксованих в договорі). Крім того, на основі зворотного зв'язку договір має забезпечувати відповідність стану елементів, що управляються, відповідній програмі або меті системи (виконання договору): у випадку «перешкод» (неналежного виконання договору), які заважають нормальному функціонуванню системи, система приводиться у рівновагу за допомогою особливих засобів впливу (санкцій)². Системність договору виявляється не лише в тому, що він є цілісністю суто юридичних компонентів (суб'єкти, об'єкт, зміст), але й програмою, спрямованою на досягнення цілей його учасників, такою, що відображає в системній єдності інтереси учасників. Іншими словами, договір є програмою

¹ Крім того, питання міжнародного правопорядку можуть вирішуватися і без участі тих чи інших країн. Так, в міжнародному договірному праві в залежності від мети договору здійснюється складна градація його потенційних учасників на: *необхідних* (без яких договір не може бути укладений або втрачає сенс і не може бути реалізований), *важливих* (від участі яких залежить ефективність договору), *бажаних* (без участі яких договір здатний до реалізації свої цілей, але їх участь сприятиме його ефективності), *можливих* (участь яких в договорі помітно не вплине на його ефективність), *небажаних* (участь яких негативно вплине на ефективність договору, хоча і не зможе перешкодити досягненню його цілей), *неможливих* (участь яких унеможливить досягнення цілей договору) (Лукашук И. И. Современное право международных договоров: В 2 т. Т. I. Заключение международных договоров / И. И. Лукашук; Рос. Акад. наук, Ин-т государства и права. — М.: Волтерс Клувер, 2004. — С. 141, 164—166).

² Экономические санкции и дисциплина поставок. — К.: Наукова думка, 1976. — С. 12—18.

зв'язків та взаємодії між окремими індивідами, їх колективами, спільнотами, які переслідують власні цілі.

Договір виступає засобом організації соціальних зв'язків між окремими суб'єктами, дії яких певним чином мотивуються, тобто формуються під впливом певного інтересу¹. Кожна умова договору представляє собою окреме юридичне волевиявлення конкретного інтересу сторін до тих чи інших компонентів правового зв'язку, що встановлюється за допомогою договору². Через це в соціологічному аспекті можна визначити договір як засіб узгодження інтересів (приватних, приватно-публічних, публічних) його учасників: будучи правовою формою соціального спілкування (взаємодії), договір спрямовується на досягнення його сторонами певних соціально значущих цілей, правомірного результату, що потребує не тільки узгодження інтересів суб'єктів взаємодії, але їх адекватності суспільним потребам та інтересам.

Узгоджувальний характер договору визначає складну структурованість дій контрагентів, наявність відповідних стадій: 1) орієнтувальної (аналіз суб'єктом практичної ситуації та можливостей її вирішення з урахуванням власних інтересів та можливостей); 2) нормативної (виявлення законодавчих вимог, яким має підпорядковуватися діяльність в конкретній ситуації); 3) підготовчої (постановка цілей та планування дій); 4) юридико-конструктивної (конкретизація або формування в угодах конкретних прав та обов'язків); 5) виконавчої (здійснення поставлених цілей у відповідності із приписами закону та прийнятими на себе зобов'язаннями); 6) контрольної (аналіз та, за необхідності, коригуван-

¹ Але, як зазначає О. С. Іоффе, не всі мотиви включаються у поняття угоди, відповідно не всі вони набувають юридичного значення та впливають на характер угоди, її правову природу (Іоффе О. С. Избр. труды: В 4 т. Т. II. Советское гражданское право. — СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2004. — С. 271, 272). Прикладом законодавчого закріплення мотиву можна вважати конструкцію «поставки для державних потреб» в Законі України «Про поставки продукції для державних потреб».

² Красавчиков О. А. Гражданско-правовой договор: понятие, содержание и функции // Антология уральской цивилистики. 1925—1989: Сб. статей. — М.: Статут, 2001. — С. 173.

ня виконуваної діяльності); 7) оціночної (визначення повноти досягнення результату, відповідності його обраній правовій моделі та поставленій меті). В ряді випадків зазначені стадії можуть також доповнюватися стадією правозастосування (правозахисною) у випадку звернення суб'єкта до юрисдикційного органу за захистом охоронюваних прав та інтересів, або стадією самозахисту (правозабезпечувальною), тобто застосуванням власних правомірних способів впливу на несправного контрагента¹. Очевидно, що на кожній з цих стадій суб'єкт знаходиться під впливом двох чинників: власного інтересу та об'єктивних можливостей, які з юридичної точки зору існують не тільки як дозволення, але й заборони та позитивні зобов'язування. Комплекс нормативних засобів впливу на суб'єкта адекватно чи ні, повно або частково, але, будучи загальнообов'язковим, відтворює уяву законодавця про те, яким має бути правовий режим у відповідній сфері суспільних відносин.

Іншим універсальним визначенням договору, як зазначалося вище, є визначення його як зобов'язання.

Поняття зобов'язання пройшло складну еволюцію, адже в «ранніх сутінках цивільного побуту» (І. О. Покровський)² зародок зобов'язальних відносин криється в деліктах, а договір як самостійне джерело зобов'язань з'являється значно пізніше. Зобов'язальні відносини в наближеному до сучасного розумінні виникли пізніше, аніж речові (абсолютні), і зазнали в своєму становленні значної трансформації. На нижчому ступені розвитку юридичного побуту зобов'язання по суті було пануванням над особистістю боржника подібно до того, як право власності є пануванням над річчю³. Як зазначав І. О. Покровський, майнова сторона примітивного зобов'язання, що представляло

¹ Пугинский Б. И., Сафиуллин Д. Н. Правовая экономика: проблемы становления. — М.: Юрид. лит., 1991. — С. 44.

² Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. — М.: Статут, 1998. — С. 236.

³ На різних етапах культурного розвитку майже у всіх народів відповідальність боржника перед кредитором поширювалася не тільки на його майно, але й на тіло та життя. Не тільки в давньоримському праві (Законі XII таблиць), але й пізніше в старому германському, французькому, італійському, шведському, норвезькому праві, хоча і в децю пом'якшеному вигляді, були положення про те, що честь, гідність, свобода

собою суто особистий зв'язок між кредитором і боржником, в силу якого боржник є «приреченим» кредитору, взагалі не виступала на перший план, оскільки різниця у сумі боргу не впливала на юридичні наслідки несправності: несплата більшої або меншої суми однаково тягла за собою повний перехід боржника у владу кредитору з усіма її атрибутами (можливості позбавлення життя боржника, продажу боржника, утримання його в якості раба). Іншими словами, ідея майнового стягнення взагалі була далекою цій стадії зобов'язальних відносин і на перший план вийшла із розвитком економічного обігу вже в новий час¹.

да, тіло та життя боржника знаходяться у неконтрольованій владі кредитора, що, зокрема, полягала у можливості відсікання від тіла кредитора певних частин, вартість яких визначалася відповідно до певних частин боргу. В середньовіччі кредиторів було позбавлено права над життям боржника, але його честю та гідністю вони могли необмежено розпоряджатися. За статутами італійських та деяких французьких міст із розвинутою торгівлею, яка зумовлювала підвищену турботливість про розвиток кредиту та захист його від зловживань, боржники зазнавали ганебних процедур на міських площах перед публікою. Важливо зазначити, що такі права кредиторів існували надзвичайно тривалий час (в деяких країнах майже до XIX ст.) і витікали саме із договірного права, причому дійсність договорів, за якими кредитор одержував право над особистістю боржника, сумніву не піддавалися (*Канторович Я. А. Основные идеи гражданского права.* — Харьков, 1929. — С. 40—50). Крім того, як свідчить Т. Моммзен, влада кредиторів поширювалася не тільки на самого боржника, якого вони мали право вбити та розподілити між собою частини його тіла, але й на дітей боржника, яких можна було продати разом з ним самим та майном в чужі країни у рабство (*Моммзен Т. История Рима. I. До битвы при Пидне.* — М.: Гос. соц.-эконом. изд-во, 1936. — С. 146).

¹ *Покровский И. А.* Знач. прая. — С. 236—240. Зокрема, за свідченням пам'ятки політико-правової культури України початку XIX ст. «Собрание малороссийских прав 1807 г.» «ежели должник признает себя должным, то истцу в 14 дней повинен уплатить долг; буде ж того не исполнит, то судья платит штраф, и назначаютя ему сроки на уплату, первые восемь дней, потом три дни, далее два дни, а наконец одна только ночь; и сколько разов в оное время ослушным будет, столько судья штрафа платить должен. В случае же неуплаты ни долгу ни штрафа, судья отбирает имение его, а посля по суду и декрету о уплате долгу и штрафа принудить его имеет. А когда он не имеет имения, то судья учинить приговор о взятии его под арест, где бы он мог быть сыскан, пока не освободит себя означеною заплатаю» (§ 30 раздела XI «О договорах») // *Собрание малороссийских прав 1807 г. / АН Украины, Ин-т государства и права и др.; Сост.: К. А. Вислобов и др.* — К.: Наукова думка, 1992. — С. 108).

Оскільки законодавець, використовуючи певний юридичний інструментарій для поточного регулювання тих чи інших суспільних відносин, фіксує певне *status quo* на відповідному історичному відрізку, навряд чи можна стверджувати, що еволюція зобов'язання на наш час остаточно завершилася і надалі ця конструкція може існувати лише в застиглому вигляді (наприклад, лише як цивілістично-правова). З огляду на еволюцію зобов'язання можна констатувати, що основною сучасною характеристикою зобов'язання є персоніфікація зв'язку між його учасниками, в якому одна сторона є носієм обов'язку вчинити певні дії (або утриматися від дій) *на користь іншої особи*, а інша — наділена правом вимоги (правом на чужі дії)¹.

На сьогодні квінтесенція проблеми визнання зобов'язання загальноправовою категорією може бути зведена до основного питання — чи є будь-яке зобов'язання відносним правовідношенням, від відповіді на яке залежить і можливість конструювання галузевої моделі зобов'язання. Необхідно зазначити, що до цього часу визначення правовідносин як суспільних відносин, врегульованих правом, залишається одним з найбільш усталених, хоча в літературі зверталася увага на те, що термін «урегульованість правом» недостатньо визначений, оскільки його навряд чи можна поширити на протиправну поведінку². Для цілей цього дослідження ми будемо розуміти правовідношення як індивідуалізований зв'язок, який виникає на підставі правових норм між особами у формі суб'єктивних прав та юридичних обов'язків та підтримується примусовою силою держави³. Специфіка правовідношення, в тому числі договірною, полягає в тому, що в такому зв'язку державна й індивідуальна воля утворюють своєрідний сплав: учасники правовідношення, діючи на основі усвідомлених норм права, досяга-

¹ Така характеристика зобов'язання зафіксована в ст. 509 ЦК, статтях 173, 175, 176 ГК.

² Кудрявцев В. Н. Правовое поведение: норма и патология // Кудрявцев В. Н. Избр. труды по социальным наукам: В 3 т. Т. 1 Общая теория права. Уголовное право. — М.: Наука, 2002. — С. 45.

³ Алексеев С. С. Общая теория права: В 2 т. Т. II — М.: Юрид. лит., 1982. — С. 82; Сырых В. М. Теория государства и права: Учебник. — 3-е изд., перераб. и доп. — М.: «Юридический дом «Юстицинформ», 2004. — С. 312.

ють консенсусу, яким абстрактні права та обов'язки конкретизуються відповідно до певної ситуації, завдяки чому створюються необхідні умови для спільної конструктивної діяльності, в процесі якої кожна із сторін реалізує власний інтерес.

Відносини, що виникають внаслідок укладення договору, визнаються правовими не тільки через те, що вони безпосередньо врегульовані нормами позитивного права, але й в тому сенсі, що між суб'єктами існує зв'язок, який визнається юридичним *законодавцем*: право визнає створені сторонами в договорі правила (суб'єктивні права та обов'язки), тобто забезпечує їх примусову реалізацію та захист¹. Найбільш яскраво це виявляється у випадку укладення сторонами непоіменованого в законі договору, тобто тоді, коли права та обов'язки для сторін виникають не шляхом «переведення» приписів норм права у реальну площину за допомогою вольових дій суб'єктів, а безпосередньо з домовленості сторін. Але практично в усіх випадках, коли сторони в договорі відступають від моделі, запропонованої законодавцем, можна стверджувати, що нормами позитивного права безпосередньо регулюється лише фрагмент договірної зв'язку. Тому іншим прийнятним є визначення правовідношення як *специфічної форми соціальної взаємодії* суб'єктів права, метою якої є реалізація інтересів та досягнення результату, передбаченого законом, або такого, що не суперечить нормам права та іншим соціальним нормам².

Для цілей нашого дослідження ми будемо використовувати ще одне узагальнення вищого порядку, а саме визначення договору як різновиду *правових засобів* — особливих юридичних утворень, які призначені для організації та регулювання відповідних суспільних відносин, розраховані на багаторазове використання, види та порядок застосування яких передбачені законодавством. Причому вплив на різні сторони суспільних відносин цілеспрямовано справляють

¹ Пугинский Б. И. Частный договор в научной картине права // Ученые-юристы МГУ о современном праве / Под ред. М. К. Треушникова. — М.: ОАО «Издательский дом «Городец», 2005. — С. 171.

² Общая теория государства и права: Академический курс в 2 т. / Под ред. проф. М. Н. Марченко. — Т. 2. Теория права. — М.: Зерцало, 1998. — С. 279.

правові засоби як такі, а не окремі норми законодавства, в яких вони відображені, оскільки зміст окремих правових засобів може бути описаний десятками правових норм, і кожна з цих норм буде виступати фрагментом, часткою правового засобу як більш широкого цілого. Слід підкреслити, що правова система є *цілісним утворенням*, множина елементів якого знаходиться між собою у певному зв'язку (підпорядкуванні, координації, функціональній залежності тощо), і як гранично широка категорія відображає всю сукупність взаємоузгоджених та взаємопов'язаних юридичних засобів, за допомогою яких держава нормативно впливає на суспільні відносини¹.

Серед правових засобів виділяються загальні та спеціальні правові засоби, що постійно використовуються суб'єктами системи для досягнення різноманітних цілей. До *загальних правових засобів* відносять правосвідомість, правову культуру, законність, правопорядок тощо. *Спеціальні ж засоби* (правові норми, нормативні приписи, правовідносини, акти реалізації норм права та зобов'язань, акти застосування норм права, акти офіційного тлумачення права тощо) визначаються як складові механізми правового регулювання². В дослідженнях з теорії права доводиться, що правові засоби виражаються в інструментах (настановах) та діях (технологіях), за допомогою яких задовольняються інтереси суб'єктів права, забезпечується досягнення соціально корисних цілей. Правовий засіб має синтетичний характер і виступає «посередником» між суб'єктом та об'єктом діяльності, між ідеальною моделлю та матеріальним результатом³.

Основними ознаками договору як правового засобу-дії є: 1) зв'язаність з використанням відповідних засобів-на-

¹ Див., зокрема: Общая теория государства и права: Академический курс в 2 т. / Под ред. проф. М. Н. Марченко. — Т. 2. Теория права. — М.: Изд-во «Зерцало», 1998. — С. 232—232; Скакун О. Ф. Правова система України на правовій карті світу: Доповідь № 1. — Харків: Еспада, 2004. — С. 7—10; Оніщенко Н. М. Правова система: проблеми теорії: Монографія. — К.: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2002. — С. 12—47.

² Скакун О. Ф. Знач. праця. — С. 8.

³ Проблемы теории государства и права: Учеб. пособие / Под ред. проф. М. Н. Марченко. — М.: ПРОСПЕКТ, 1999. — С. 326.

станов, тобто загальноправових та галузевих норм та принципів права; 2) енергетичний характер, оскільки без активності суб'єкта господарювання не може здійснюватися будь-яка юридично корисна діяльність, спрямована на досягнення соціально-значущої мети; 3) динамічний характер, який орієнтує суб'єкта на відповідну діяльність по використанню правового інструментарію; 4) договору можуть підпорядковуватися інші правові засоби (засоби оперативного впливу, засоби майнової відповідальності, санкції тощо), які в тому чи іншому ступені слугують його належному виконанню¹. Визначення договору як правового засобу дає можливість комплексно підходити до галузевих проблем правового регулювання договорів крізь призму взаємопов'язаності усіх правових засобів, які мають використовуватися для досягнення певної мети — не лише усвідомленої законодавцем, але й, в ідеалі, і чітко сформульованої в нормативно-правовому акті (зокрема, забезпечення публічних інтересів в господарсько-договірних відносинах та максимально можливого збалансування їх із законними інтересами суб'єктів господарювання, які перебувають в рухливій, діалектичній єдності та суперечливості).

Як відомо, право віддзеркалює певну соціальну реальність за допомогою засобів юридичної техніки, при цьому зміна соціально-економічних умов впливає як на трансформацію права в цілому, так і на правові засоби, що використовуються ним для впливу на поведінку суб'єктів (в тому числі і на договори). В сучасному українському законодавстві значно розширені межі незабороненої поведінки, а норми цивільного та господарського права про договори, сконструйовані відповідно до загальнодозвільного типу правового регулювання, залишають суб'єктам господарських та цивільних договірних відносин досить широкі можливості самостійно визначати або змінювати зміст своїх прав та обов'язків. В сучасній українській цивілістиці підкреслюється важливе значення договору як регулятора цивіль-

¹ Пугинский Б. И. Правовые средства обеспечения эффективности производства. — М.: Юрид. лит., 1980. — С. 17—23, 33—34.

них відносин¹, а іноді й констатується його пріоритет над законом². У зв'язку з цим можна поставити питання загально-го характеру: чи може договір будь-якої галузевої приналежності як регулятор відповідних суспільних відносин (цивільних, господарських, трудових, земельних, екологічних тощо) суперечити закону. Уявляється, що договір як правовий засіб за визначенням не може бути протиправним. Актуальною залишається думка про те, що вимога відповідності реальної поведінки моделі є неухильною вимогою, без дотримання якої неможливий правопорядок³. Одним з головних принципів формування та реалізації договорів слід визнавати принцип законності та конституційності, законодавче ж закріплення можливості укладати непоіменовані договори не може розглядатися як дозволяння діяти в порушення закону⁴.

¹ М. М. Сібільов зазначає, що виходячи з ідеї про об'єктивний характер поділу права на приватне і публічне визнання особливості ролі методу у регулюванні суспільних відносин, наявність в приватному і публічному праві власних правових принципів, «правове регулювання не може й надалі бути виключно державним (зовнішнім)», через що в новому ЦК в якості регуляторів суспільних відносин визначені не тільки норми права (акти цивільного законодавства), але й договори, в тому числі міжнародні, а також звичаї, в тому числі звичаї ділового обороту (Сібільов М. Базові моделі регулювання договірних відносин за новим Цивільним кодексом України // Українське комерційне право. — 2003. — № 4. — С. 18).

² Так, на думку З. В. Ромовської новий ЦК відсуває закон на друге місце, віддаючи перевагу договору, а положення актів цивільного законодавства трактуються як диспозитивні, крім випадків, коли обов'язковість для сторін цих актів впливає з їх змісту або суті відносин між сторонами. Через це у сфері договірних відносин закон перестає вважатися істиною в останній інстанції, сторони мають право відступити від його положень, коригуючи його відповідно до своїх інтересів (Ромовська З. Проблеми загальної теорії права у проекті ЦК України: Кодифікація приватного (цивільного) права України / За ред. проф. А. Довгерта. — К.: Український центр правничих студій, 2000. — С. 42).

³ Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении. — М.: Юрид. лит., 1974. — С. 305.

⁴ У зв'язку з цим наряд чи можна погодитися із висловлюваннями окремих авторів про те, що за своєю юридичною природою договори відносяться до юридичних фактів – дій у формі юридичного дозволеного або протизаконного акту (Корецкий А. Д. Теоретико-правовые основы учения о договоре. — СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2001. — С. 71); Небезспірним є визнання хабарництва протиправним договором, відповідно до якого здійснюється обмін предмета хабара на

В абзаці 1 ч. 3 ст. 6 ЦК визначено, що сторони можуть відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати відносини на власний розсуд, але такий «пріоритет» договору над актом цивільного законодавства виявляється примарним при системному тлумаченні абзацу 2 ч. 3 ст. 6 ЦК («сторони не можуть відступити від положень актів цивільного законодавства, якщо в цих актах прямо вказано про це»). Необхідність дотримання законодавчих заборон та позитивних зобов'язувань впливає і з інших норм ЦК (зокрема, за змістом статей 203, 215 ЦК зміст правочину під загрозою його недійсності не може суперечити Цивільному кодексу, іншим актам цивільного законодавства). Принагідно слід зазначити, що редакція абзацу 2 ч. 3 ст. 6 ЦК є невдалою. З точки зору юридичної техніки, усталеної у вітчизняній законотворчій практиці, норма, що містить в собі припис у вигляді заборони або позитивного зобов'язування, не включає, крім самого припису діяти певним чином або утриматися від певних дій, додатково й заборону діяти інакше. Це було б мовною надмірністю (плеоназмом). Принаймні вітчизняній традиції законотворчості такий юридико-технічний прийом побудови юридичних норм не відомий¹. Разом з тим в літературі на основі цієї норми вже сконструйовано базові моделі в

службове діяння, які, власне є істотними умовами договору (*Крупко Д. І.* Відповідальність за хабарництво за кримінальним правом Німеччини, Швейцарії та України (порівняльно-правове дослідження): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2005. — С. 5, 12).

¹ У порівняльному аспекті можна звернутися до Принципів міжнародних комерційних договорів (Принципів УНІДРУА). Відповідно до ст. 1.5 («Виключення або зміна сторонами») Принципів УНІДРУА сторони можуть виключити застосування цих Принципів, відступати від них або змінювати будь-яке з цих положень, якщо інше не передбачене в Принципах. Але при цьому слід усвідомлювати особливу природу Принципів УНІДРУА як складової *lex mercatoria* в широкому розумінні останнього, що означає включення до складу транснаціонального права міжнародної торгівлі всіх правових принципів та правил, які не мають свого походження в будь-якій національній системі права (на це звертає увагу О. С. Комаров у передмові до другого російського видання Принципів УНІДРУА (Див.: Принципы международных коммерческих договоров. — М.: Междунар. отношения, 2003. — С. vi—vii). Іншими словами, Принципи УНІДРУА мають абсолютно іншу «генетику», ніж національний закон, а тому, як коментує О. С. Комаров наведену вище ст. 1.5, норми, що встановлюються Принципами, в цілому мають

сфері приватного права: 1) можливість сторін саморегулювати відносини, обмежившись визначенням ініціативних умов, тобто не передбачених законодавством або передбачених без прямого застереження неможливості відступу від цих вимог; 2) можливість сторін відступити від саморегуляції та погодитися на регулювання договору імперативними приписами законодавства, хоча б вони і не містили в собі заборони відступу від їх змісту¹.

При цьому зміщення акцентів у формулюванні диспозитивних норм ЦК, яке відбулося в процесі сучасної кодифікації цивільного законодавства, стосовно волі сторін, яка може замінити встановлене диспозитивне правило, не є принциповим: з точки зору дії механізму правового регулювання формула «якщо інше не передбачено договором або законом» (за Цивільним кодексом) принципово не відрізняється від формули «якщо інше не передбачено законом або договором» (за термінологією Господарського кодексу). Головне, що і в тому, і в іншому випадку воля сторін не може «витіснити» імперативний припис закону².

Нарешті, загальна характеристика договору була б неповною без звернення до проблемного питання визначення договору як джерела права, оскільки в літературі висловлюється думка про те, що в міру розвитку суспільства договір поступово стає одним із першорядних та вельми значущих джерел права³. Не торкаючись наразі теми джерел

необов'язковий характер, і сторони в кожному окремому випадку можуть пристосовувати їх зміст до особливих потреб тієї угоди, яку вони укладають. Натомість деякі положення Принципів мають імперативний характер і в цілому відображають стандарти поведінки та норми, що мають імперативний характер відповідно до національного права більшості країн (там само. — С. 15).

¹ Сібільов М. М. Акти цивільного законодавства і договір // Методологія приватного права: Зб. наук. праць (за матер. наук.-теорет. конф., м. Київ, 30 травня 2003 р.) / Редкол. О. Д. Крупчан та ін. — К.: Юрінком Інтер, 2003. — С. 162. Щоправда, не зрозуміло, що означає погодження із імперативним нормами законодавства, які є обов'язковими для суб'єктів правовідносин незалежно від їх бажання.

² До питання про диспозитивні норми ми повернемося пізніше.

³ Марченко М. Н. Источники права: Учеб. пособие. — М.: ТК Велби, Изд-во «Проспект», 2005. — С. 269. Щоправда, питання про те, якого ж характеру «норми» містяться у договорах («індивідуальні», «конкретні», «правові», «доправові» тощо), залишається невирішеним.

господарського договірною права, якій присвячено другий розділ цієї роботи, зазначимо наступне. Юридична норма визначається як таке, що виходить від держави та ним охороняється, загальнообов'язкове (загальне) правило поведінки, яке надає учасникам суспільного відношення юридичні права та покладає на них юридичні обов'язки¹. Як справедливо зазначає О. Е. Лейст, право із необхідністю пов'язано із примусом, оскільки саме поняття обов'язкової норми передбачає можливість її порушення.

Будучи *абстрактною* моделлю правовідношення, юридична норма в загальному вигляді визначає можливу поведінку однієї сторони майбутнього відношення та юридичну обов'язковість певних дій або утримання від дій іншою стороною². В індивідуально-правовому ж договорі закладається конкретна вольова модель правовідношення, яка виникає відповідно до закону на основі договору. Під такою загальною договірною програмою, очевидно, ми можемо розуміти сукупність умов договору про права та обов'язки, пропорційно розподілені між учасниками договірною правовідношення на підставі їх угоди, реалізація яких спрямовується на досягнення юридичної мети договору³.

¹ Що стосується рекомендаційних норм, їх смисл та значення в якості «норм» виявляються, як зазначає С. С. Алексеев, при розгляді їх в органічному зв'язку із нормами, які надають правомочності або зобов'язують (Алексеев С. С. *Общая теория права*: В 2 т. Т. II — М.: Юрид. лит., 1982. — С. 31—32, 79). В літературі зверталася увага на специфіку рекомендаційної норми як такої, що є *обов'язковою для обговорення* на предмет її реалізації. Суб'єкт-адресат, враховуючи специфіку локальних умов та рекомендаційну норму, може прийняти власну *локальну* норму, яка є регулятором конкретних відносин на підприємстві або в організації. В цілому реалізація таких норм залежить від волі адресата (Кулапов В. Л. *К вопросу о юридической природе рекомендательных норм // Актуальные вопросы советской юридической науки: Часть 1.* — Изд-во Саратов. ун-та, 1978. — С. 33, 34; *Нормы советского права: Проблемы теории / Под ред. М. И. Байтина и В. К. Бабаева.* — Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1987. — С. 191—193).

² Лейст О. Э. *Сущность права: Проблемы теории и философии права.* — М.: ИКД «Зерцало - М», 2002. — С. 54.

³ Фрагментом загальної договірної програми виступає умова договору (Красавчиков О. А. *Гражданско-правовой договор: понятие, содержание и функции // Антология уральской цивилистики. 1925—1989: Сб. статей.* — М.: Статут, 2001. — С. 175).

Якщо подивитися на проблему договірної регулювання під кутом зору законодавчо закріпленого загальнодовільного типу правового регулювання, то слід сказати, що, хоча правила (суб'єктивні права та обов'язки) сторін, які самостійно встановлюються ними в договорі, і не мають характеру обов'язковості для усіх, вони забезпечуються можливістю застосування державного примусу з метою захисту прав та законних інтересів сторін¹. Законодавець, надаючи можливість суб'єктам суспільних відносин встановлювати для себе умови, на яких відбуватиметься їх взаємодія в певних сферах (господарської діяльності, трудових відносин, земельних відносин тощо), і в ряді випадків стимулюючи ініціативність суб'єктів, фактично санкціонує і «запуск» не лише юридичних, а й інших соціальних регуляторів таких відносин. При визначенні змісту договору сторони, враховуючи законодавчі правила, від яких дозволяється відхилитися, мають можливість оцінити, наскільки запропоноване законодавцем загальне правило (модель правовідношення) відповідає інтересам кожної сторони. А точніше — наскільки воно відповідає узгодженню, координації інтересів кожного з контрагентів, яка є необхідною для досягнення певного результату взаємодії сторін, адже такі інтереси потенційно можуть бути не тільки солідарними, але й конфліктними. Але в цілому регулятивна (програмна) функція, яку виконує будь-який договір, не дає підстав для визнання за ним статусу нормотворчого (правотворчого) акта².

¹ Державний примус має місце не лише у суспільстві, в якому одна його частина пригнічує іншу, але неминуче, хоча і не наочно, в суспільстві, заснованому на компромісі, договорах (Лейст О. Э. Сущность права: Проблемы теории и философии права. — С. 61).

² Подібної точки зору дотримуються і деякі зарубіжні дослідники. Так, Ж.-Л. Бержель зазначає, що стосовно актів, що формують лише індивідуальні правила, питання про виключення їх із джерел права пов'язане лише з поняттям юридичного правила, головним атрибутом якого є загальний характер (хоча і зрозуміло, що загальні правила реалізуються лише у окремих випадках їх застосування). Отже, немає підстав вважати, що договори можуть вважатися джерелом права, оскільки вони не утворюють норми, які були б здатні регулювати нескінченне число випадків (Бержель Ж.-Л. Общая теория права / Под общ. ред. В. И. Даниленко; Пер. с фр. — М.: Издательский дом NOTA BENE. 2000. — С. 99, 100).

Визнання джерелом права нормативно-правового договору, на наш погляд, не повинно викликати заперечень. За визначенням С. С. Алексєєва, нормативний договір є специфічним різновидом спільних нормативних актів, тобто актів, що виходять від двох або більше правотворчих органів. В нормативних договорах як актах-документах виражається взаємне волевиявлення волі правотворчих органів, зустрічне прийняття кожним з них юридичних обов'язків¹. Особливості нормативно-правового договору полягають в тому, що його зміст складають правила загального та обов'язкового характеру (правові норми). Нормативний договір є актом договірної *правотворчості* і має переважно публічний характер (як по суб'єктах — публічних інститутах, так і по меті — адекватному закріпленню публічних інтересів)². Вступаючи в договірні відносини, сторони нормативно-правового договору можуть переслідувати спільну мету і мати спільні інтереси, а тому важливою складовою змісту договору є принципи, на яких мають ґрунтуватися відносини між сторонами та напрямки спільної діяльності³.

Розуміння нормативного договору як джерела міжнародного права знайшло закріплення у преамбулі Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р., яка стала не тільки результатом кодифікації норм звичаєвого права, що існували до її прийняття, але й джерелом нових норм договірної права, обов'язкових для держав-учасниць Конвенції. З визначення терміна «договір» як міжнародної угоди, яка укладена між державами в письмовій формі і регулюється міжнародним правом (Ст. 2 Конвенції), зокрема, впливає, що міжнародний договір на відміну від інших державних актів передбачає наявність в ньому волевияв-

¹ Алексєєв С. С. Общая теория права: В 2 т. Т. II. — М.: Юрид. лит., 1982. — С. 236.

² Марченко М. Н. Особенности нормативно-правового договора как источника права // Вестник Москов. ун-та, 2004. — № 1. — С. 6—9. — (Сер. 11, Право).

³ На думку Н. М. Пархоменко, змістом нормативно-правового договору є норми-цілі, норми-координатори, норми-узгодження (Пархоменко Н. М. Договір у системі права України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 1998. — С. 8). Уявляється, проте, що узгоджувальна природа нормативно-правового договору зумовлює відповідний (узгоджувальний) характер будь-якої норми такого договору.

лень принаймні двох держав— суб'єктів міжнародного права, які (волевиявлення) не існують ізольовано один від одного, а є узгодженими, тобто спрямованими на одну певну мету¹.

Міжнародний правовий договір оцінюються в сучасній літературі як інструмент вирішення однієї з найважливіших проблем сучасності — підвищення керованості міжнародною системою, від чого залежить і вирішення інших глобальних систем². Як загальносвітовий та регіональний правовий регулятор, міжнародні договори можуть бути і специфічною формою права у внутрішньодержавній юридичній практиці, і джерелом для вдосконалення національних форм права³. Такі первинним джерелом права Європейського Союзу виступають установчі договори: Паризький договір про створення Європейського об'єднання вугілля та сталі (1951 р.), Римський договір про заснування Європейського Економічного Співтовариства (1957 р.) та Римський договір про заснування Європейського співтовариства з атомної енергії (1957 р.).

Слід підкреслити, що процес адаптації законодавства України до стандартів ЄС передбачає цілеспрямований, волевий вплив на чинне законодавство (тобто зміну його змісту), який орієнтується на відповідний договір (Римський договір про заснування ЄС), що не має юридичної сили для України і безпосередньо не створює для неї прав та обов'язків, оскільки вона не є учасником Європейського співтовариства.

За змістом Закону України від 29 червня 2004 р. «Про міжнародні договори»⁴ міжнародний нормативно-правовий

¹ Відомості Верховної Ради Української РСР. — 1986. — № 17. — Ст. 343. Див. також: Венская конвенция о праве международных договоров: Комментарий. — М.: Юрид. лит., 1997. — С. 8—10.

² Лукашук И. И. Современное право международных договоров: В 2 т. Т. I. Заключение международных договоров / Рос. Акад. наук, Ин-т государства и права. — М.: Волтерс Клувер, 2004. — С. 82—83.

³ Косович В. Зближення форм сучасного права (загальнотеоретична характеристика) // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні: Матер. XI регіонал. наук.-практ. конф. 3—4 лютого 2005 р. — Львів: Юридичний факультет Львів. національного ун-ту ім. Івана Франка, 2005. — С. 10.

⁴ ВВР. — 2004. — № 50. — Ст. 540.

договір реалізується на території держави (стає джерелом права України) за умови його імплементації (трансформації) у національне законодавство у встановленій законом формі (ратифікація, затвердження, прийняття, приєднання)¹. Важливо також зазначити, що дія міжнародних договорів як джерела внутрішнього права України пов'язується відповідно до ст. 151 Конституції України та ст. 13 Закону України від 16 жовтня 1996 р. «Про Конституційний Суд України»² із здійсненням КСУ *попереднього* контролю стосовно міжнародних договорів, які вносяться до Верховної Ради України для надання згоди на їх обов'язковість, та *наступного* контролю стосовно чинних міжнародних договорів України.

Нормативно-правовий договір виступає важливим джерелом національного права (конституційного, трудового). Найбільш відомим внутрішнім нормативно-правовим в Україні договором, укладеним між суб'єктами конституційного права, став Конституційний договір між Верховною Радою України та Президентом України про основні засади організації та функціонування державної влади і місцевого самоврядування в Україні на період до прийняття нової Конституції України³. В цілому розширення сфери застосування нормативно-правових договорів слід оцінювати як

¹ Міжнародний договір зв'язує відповідними зобов'язаннями держав як суб'єктів міжнародно-правових відносин. Через це може виявитися потреба у процесі трансформації, коли міжнародно-правова норма, що зобов'язує і може зобов'язувати тільки держави, повинна перетворитися у норму національного права, яка регулює відносини між такими суб'єктами, як органи держави, установи, організації, юридичні особи, громадяни. Причому трансформація є обов'язковою в усіх випадках, коли необхідно досягти певного правового результату — зміни чинного законодавства або його доповнення (*Зивс С. Л.* *Источники права.* — М.: Наука, 1981. — С. 226). Слід погодитися і з тим, що під процесом національної імплементації розуміється не лише процес юридичного опосередковування реалізації норм міжнародного права на території держави, який здійснюється шляхом не лише правотворчої та організаційно-виконавчої, але й правозастосовчої та правотлумачної діяльності державних органів (*Рабінович П. М., Раданович Н. М.* *Європейська конвенція з прав людини: проблеми національної імплементації (загальнотеоретичні аспекти).* — Львів: Астрон, 2002. — С. 12—13. (Сер. I. Дослідження та реферати; Вип. 4).

² ВВР. — 1996. — № 49. — Ст. 272.

³ ВВР. — 1995. — № 18. — Ст. 133.

позитивне явище, оскільки і теоретично, і практично це означає обмеження державної монополії в сфері національної правотворчості, включення в цей процес в ряді передбачених законом випадках недержавних суб'єктів (зокрема, власників, об'єднань власників або уповноважених ними органів, профспілок, їх об'єднань, інших представницьких організацій трудящих). Як справедливо зазначається в літературі, нормативно-правовий договір та договірне право, що ним породжується, вже не є в чистому вигляді позитивістськими феноменами¹.

Щоправда, в сучасних дослідженнях межі нормативно-го та індивідуально-правового договору іноді «розмиваються». Так, було висловлено пропозицію виділяти серед підприємницьких договорів так звані організаційні *нормативно-обов'язкові* договори — такі, укладення яких є обов'язковим для суб'єктів господарського права, які бажають займатися відповідним різновидом господарської діяльності та укладати у майбутньому відповідні збутові та обслуговуючі підприємницькі договори (як приклад такого договору наводиться договір про створення оптового ринку електричної енергії, укладення якого передбачається ст. 15 Закону України «Про електроенергетику»)². Навряд чи застосування словосполучення «нормативно-обов'язковий договір» є обґрунтованим, зважаючи на наведену вище характеристику нормативного договору.

Підсумовуючи викладене, зауважимо, що попри різні підходи до розуміння феномена договору, які існують в правознавстві і заслуговують на увагу як такі, що виявляють не очевидні при розгляді в інших аспектах сутнісні властивості договору, головним має бути усвідомлення його природи, смислу та призначення як особливої форми соціальної саморегуляції, виду соціальної дії. Саме під таким кутом зору в цій монографії буде досліджуватися проблематика господарського договірного права.

¹ Марченко М. Н. Особенности нормативно-правового договора как источника права // Вестник Московского университета, 2004. — № 1. — С. 8. — (Сер. 11, Право).

² Мілаш В. Підприємницький (комерційний) договір у системі господарських договорів: постановка проблеми // Підприємництво, господарство і право. — 2004. — № 12. — С. 76.

1.2. Договір в механізмі правового регулювання господарських відносин

Поняття механізму правового регулювання¹ розроблене і введене у науковий обіг як похідне від поняття правового регулювання². Концепція механізму правового регулювання, його стадій та елементів (якими є юридичні норми, індивідуальні приписи застосування права (факультативно), правовідносини, акти реалізації суб'єктивних прав та обов'язків) сформована в радянській період в контексті юридичного позитивізму. Як правило, в загальнотеоретичних та галузевих дослідженнях, в тому числі сучасних, термін «механізм правового регулювання» найчастіше застосовується у вузькоюридичному значенні як механізм *нормативно-правового* регулювання. Саме так буде вживатися він і нами³.

Тривісно широким стосовно поняття правового регулювання виступає поняття соціального регулювання, яке здебільшого не знаходиться в центрі уваги юридичної науки і виходить за межі юридичного позитивізму. Загальна теорія права в основному обмежується лише питаннями співвідношення норм права з іншими соціальними норма-

¹ Механізм правового регулювання — взята у єдності система правових засобів, за допомогою яких забезпечується результативний правовий вплив на суспільні відносини (Алексеев С. С. Общая теория права: В 2 т. Т. II. — М.: Юрид. лит., 1982. — С. 9).

² Правовим регулюванням є результативний, нормативно-організаційний вплив на суспільні відносини з метою їх упорядкування, охорони, розвитку відповідно до вимог певного соціального ладу, який здійснюється за допомогою правових засобів (юридичних норм, правовідносин, індивідуальних приписів тощо) (Алексеев С. С. Общая теория права: В 2 т. Т. I. — С. 289).

³ Слід додати, що спеціально-юридична характеристика договору в механізмі правового регулювання є лише однією із можливих. По-перше, господарський договір, як і будь-який інший, є різновидом соціальної дії, по-друге, регуляція господарських договірних відносин не зводиться лише до нормативно-правової. З огляду на це можна ставити питання про роль договору в механізмі соціальної дії права, але воно потребує спеціального дослідження. Про механізм соціальної дії права див., зокрема: Кудрявцев В. Н., Казимирчук В. П. Современная социология права: Учебник для вузов. — М.: Юристъ, 1995. — С. 74—78.

ми¹. Введення в це дослідження терміна «соціальне регулювання» уявляється виправданим і необхідним з огляду на наведені вище характеристики договору та зверненням до питання про джерела господарського договірної права, які будуть розглянуті в наступному розділі.

Під соціальним регулюванням договірних відносин, які складаються в процесі здійснення господарської діяльності, ми розуміємо упорядкування (або організацію) цих відносин, що здійснюється суспільством як органічною системою за допомогою системи соціальних норм (в тому числі норм права) та індивідуальних правил. Іншими словами, соціальне регулювання включає в себе індивідуальний та нормативний компонент².

С. С. Алексеев визначає індивідуальним таке упорядкування поведінки суб'єктів, яке здійснюється за допомогою разових, персональних регулятивних актів, вирішення певної ситуації, що відноситься до чітко визначеного випадку, конкретних осіб. На відміну від цього нормативне регулювання визначається як упорядкування поведінки людей за допомогою загальних правил, тобто відомих моделей, зразків, еталонів поведінки, які поширюються на всі випадки певного виду і яким повинні підпорядковуватися всі особи, які опинились у нормативно регламентованій ситуації³.

Для цілей нашого дослідження ці визначення можна взяти за основу, але із певними уточненнями та доповненнями. Індивідуальне регулювання включає в себе, крім наве-

¹ Так, С. С. Алексеев констатує, що: 1) право займає центральне (у будь-якому випадку, одне із центральних місць) в системі соціального регулювання; 2) як і в будь-якій системі, нестача в системі соціального регулювання одного з елементів (права) може в певних межах компенсуватися більш інтенсивним розвитком інших елементів системи (моральних норм, звичаїв, традицій, корпоративних норм) (Алексеев С. С. Общая теория права: В 2 т. Т. I. — С. 64, 65).

² Зауважимо, що в дослідженнях, присвячених правовій системі, порізно визначається сукупність її складових, але усіма дослідниками визнається, що система права як сукупність норм, що створені і охороняються державою, хоча і є ядром правової системи, але далеко не єдиним її компонентом (огляд різних концепцій див.: Оніщенко Н. М. Правова система: проблеми теорії: Монографія. — К.: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2002. — С. 7—48).

³ Алексеев С. С. Общая теория права: В 2 т. Т. I. — С. 49, 50.

деного, також і відносно *автономні* від держави та інших соціальних інститутів види регулювання, в тому числі і договірне. В нормативному регулюванні ми виділяємо поряд із нормами законодавства (права в позитивістському розумінні) інші соціальні норми (насамперед, норми моралі та норми звичаїв). В нормативне регулювання включається і формулярне право («квазіправо»). Своєрідністю відзначаються корпоративні норми та правила як результат локальної нормотворчості окремих суб'єктів господарювання, але самостійного виду соціального регулювання вони не утворюють, існуючи частково як індивідуальне, частково — як нормативне явище.

Важливою складовою соціального регулювання господарських договірних відносин виступає судове регулювання. «Одне криве рішення робить більше зла, ніж багато кривих прикладів: останні псують воду, що тече, а перше — псує саме джерело води»¹. Ця метафора К. П. Победоносцева звучить сучасно і в повній мірі може бути застосована і до діяльності господарських судів як фактору, що впливає і на правопорядок у сфері господарювання в цілому, і на відновлення гомеостазу в договірних правовідносинах. Підтримання такої рівноваги тим більше є значущим, оскільки правом не регулюються і в принципі не можуть регулюватися всі суспільні відносини, в тому числі в сфері економіки, в якій вони постійно перебувають в динамічному стані.

У літературі зверталася увага на те, що самостійність судового правозастосування як елементу правової системи виявляється в дії специфічного юридичного механізму — індивідуального судового регулювання, за допомогою якого певною мірою знімаються суперечності, що виникають між чинним законодавством та конкретними суспільними відносинами, які розвиваються². Погоджуючись з тим, що індивідуальне судове регулювання є відносно автономним

¹ Победоносцев К. П. Вопросы жизни // Сочинения. — СПб.: Наука, 1996. — С. 197.

² Ершов В. В. Судебное правоприменение (теоретические и практические проблемы). — М.: Правовая академия Министерства юстиции СССР, 1991. — С. 7, 8. Очевидно, автор має на увазі принципову неможливість абстрактних правових норм «реагувати» на якісні та кількісні характеристики відносин, які ними регулюються.

в правовій системі та має свій механізм, зробимо важливе уточнення: за допомогою такого виду регулювання конкретні відносини, в яких відбувається відхилення від правомірної (такої, що відповідає вимогам закону або не суперечить йому) та/або узгодженої сторонами договірної моделі, приводяться у стан відповідності імперативним вимогам чинного законодавства (принаймні цього вимагає конституційний принцип законності) та тим правилам, які сторони самі встановили для себе.

Останні (правила саморегулятивного походження) мають особливе значення для індивідуального судового регулювання, оскільки законодавчій регламентації піддаються лише родові та видові особливості суспільних відносин, але індивідуальні характеристики конкретного договірного правовідношення (казусу) залишаються для закону недосяжними. І саме з огляду на це діяльність судів, зокрема господарських, може розглядатися ширше, аніж правозастосовча діяльність. Як зазначав С. С. Алексеев, за своєю суттю правозастосовча діяльність полягає в розробці та фактичному здійсненні організаційних заходів, спрямованих на забезпечення втілення в життя *приписів правових норм* (курсив наш. — О. Б.)¹. Разом із тим судове правозастосування, яке в літературі досить часто розглядалося як індивідуальне *піднормативне* регулювання², передбачає застосування не лише норм чинного законодавства, але й тих правил, які сторони визначили для себе самостійно, а також інших соціальних регуляторів. І якщо прийняття судового рішення в його розумовій логічній формі є, насамперед, ланкою в

¹ Алексеев С. С. Общая теория права: В 2 т. Т. II. — С. 318.

² Як зазначав М. А. Гурвич, судовий вплив на матеріальну тканину спірних правовідносин за допомогою судових рішень допускається у вигляді актів індивідуального піднормативного регулювання, які за змістом є судовим розсудом (Гурвич М. А. Судебное решение: Теоретические проблемы. — М.: Юрид. лит., 1976. — С. 109, 127). Для спірних матеріально-правових відносин судове рішення слугує «актом-регулятором», за допомогою якого спірні відносини перетворюються у безспірні; як регулятор, судове рішення встановлює рамки конкретної поведінки в межах правил, що приписуються нормою, яка застосовується (Чечина Н. А. Понятие и сущность судебного решения / Избр. тр. по гражданскому процессу. — СПб.: Издательский Дом С.-Петерб. гос. ун-та, 2004. — С. 301).

процесі застосування права (так би мовити, його психофізичною стороною), то прийняття правового рішення як соціального явища є частиною процесу управління¹.

Особливістю судового правозастосування є те, що відповідно до чинного законодавства суд як орган держави здійснює його не інакше, як за ініціативою заінтересованої сторони. Іншими словами, один із суб'єктів зобов'язальних договірних відносин за наявності конфлікту ініціює, по суті допоміжну, хоча і владно-офіційну за характером, регуляцію (яка в позитивістському розумінні не охоплюється поняттям нормативно-правової). Суд як породження соціальної потреби в неупередженому щодо суб'єктів спірного правовідношення «третьому», «переоформлює конфлікт у змагальність» в ситуації, коли сторони не йдуть на компроміс. В цьому випадку сторони, які не бажають наслідувати загальній матеріальній нормі, повинні, як мінімум, прийняти загальну процесуальну форму їх взаємодії до розв'язання конфлікту².

Навряд чи може викликати заперечення те, що судова влада, якій притаманні всі атрибути та ознаки органів державного управління, діє як *частина* державного механізму, що знаходиться у взаємодії з іншими гілками влади³, *абсолютизація* самостійності і незалежності якої суперечила б закономірностям функціонування цілісних соціальних систем⁴. Відомо, що суттєвим показником будь-якої (в тому числі соціальної) системи виступає ступінь свободи її складових. З огляду на це судова влада (і судове регулювання як функція цієї влади) має достатньо високий рівень самостійності, який, зокрема, виявляється у судовому контролі

¹ *Казимирчук В. П.* Право и методы его изучения. — М.: Юрид. лит., 1965. — С. 59.

² *Матюхин А.* Государство в сфере права: институциональный подход. — Алматы: ВШП «дділет», 2000. — С. 440.

³ Відповідно до ст. 6 Конституції України державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову, і реалізація повноважень органами цих гілок влади здійснюється у встановлених Конституцією межах та відповідно до законів України.

⁴ *Борденюк В. І.* Судова влада як складова механізму держави та державного управління // Вісник господарського судочинства. — 2005. — № 2. — С. 155.

за законністю управлінських актів¹. Проте рівень цієї самостійності (меж суддівського розсуду) знаходиться у діалектичній єдності із вимогою підтримання законності як однієї з основних засад судочинства (ст. 129 Конституції України).

У літературі зверталася увага на те, що застосування права включає в себе його адаптацію до умов розвитку суспільства: зміни фактичних суспільних відносин як однієї з об'єктивних сторін застосування права, розвиток культури суспільства, зміни його суб'єктивної сторони (форм свідомості, правосвідомості) означають модифікацію застосування права².

Переломлюючи цю думку крізь призму соціального регулювання, можна стверджувати, що судове регулювання не тільки займає в ньому особливе місце, але виступає такою сферою, яка *опосередковує нормативне та індивідуальне*.

Регуляторні можливості і нормативного, і індивідуального виду соціального регулювання за наявності відповідного позитивного потенціалу мають певну межу, за якою він вичерпується. Очевидно, що можливість врахування в процесі упорядкування певного виду відносин особливості конкретної життєвої ситуації є головною позитивною рисою індивідуального регулювання. Нормативне ж регулювання, яке передбачає існування єдиної міри, єдиного масштабу поведінки для всіх, такого завдання виконувати не може.

Господарські відносини упорядковуються як на індивідуальному рівні, так і нормативному, співвідношення такого регулювання коливається в різних соціально-економічних умовах. Чим ширше коло інтересів (індивідуальних, групових), на які впливає прямо або опосередковано конк-

¹ Відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 17 Кодексу адміністративного судочинства до компетенції адміністративних судів віднесено спори фізичних чи юридичних осіб із суб'єктом владних повноважень щодо оскарження його рішень (нормативно-правових актів чи правових актів індивідуальної дії). До набуття чинності КАС відповідно до ст. 12 ГПК господарським судам були підвідомчі справи про визнання недійсними актів державних та інших органів (в тому числі й ті, якими регулюються певні договірні відносини, зокрема приватизації, поставок продукції для державних потреб).

² Тамаш А. Судья и общество: Диалектика правосознания и правоприменения. — М.: Юрид. лит., 1980. — С. 62.

ретний договір, тим більший має бути ступінь нормативно-регулювання, причому не просто соціально-нормативно-го, а правового в спеціально-юридичному розумінні. Є підстави стверджувати, що у певній історичній ситуації під впливом насамперед пануючих у суспільстві політико-правових та економічних ідей (ліберальних, комуністичних тощо) держава цілеспрямовано впливає на рівень правового компонента в системі соціального регулювання. Зменшуючи цей компонент в господарському та цивільному законодавстві через надання свободи суб'єкту діяти у певний спосіб на власний розсуд (шляхом скорочення імперативних норм — заборон та позитивних зобов'язувань), вона тим самим збільшує питому вагу як інших нормативних (позаяридичних) регуляторів, так і індивідуального (договірного) регулювання, а також може визначати пріоритетність таких регуляторів¹.

Оскільки роль договору в соціальному регулюванні суспільних, в тому числі господарських, відносин заслуговує на самостійне дослідження, можна звернути увагу на те спільне, що виявляється в нормативній сфері.

Укладення договору зумовлює «приведення» в динамічний стан нормативних регуляторів, що існують у двох площинах:

— *нормативно-правовій* (юридичній), в якій можна прослідкувати перехід правової норми із її статичного стану в активну, працюючу стадію. Саме в цьому господарський договір виявляє властивості юридичного факту, що «запускає» в життя юридичну норму, сприяючи втіленню ідеальної законодавчої моделі (певної конструкції договору) в реальну поведінку учасників суспільних відносин. Але необхідно відзначити, що при цьому сторонами може бути не тільки частково змінена законодавча модель договору (права та обов'язки, відповідальність тощо), але й створена власна програма дій, яка не охоплюється правовими нормами і визнається законодавцем остільки, оскільки не суперечить імперативним нормам закону. Загалом в сучасних умовах законодавча модель договору певного виду може зазнавати

¹ Наприклад, перевагу моральних норм над правилами договору (під загрозою його недійсності у випадку суперечності цим нормам), або перевагу правил договору над правилами звичаю.

значних трансформацій з огляду на диспозитивний характер значної кількості правових норм, а тому одним із завдань теорії господарського договірної права є визначення допустимих меж такої трансформації з огляду на необхідність підтримання конституційних основ правового господарського порядку в Україні, визначених в ст. 5 ГК;

— *позаяридичній*, що пов'язана не із безпосередньою реалізацією регулятивних норм права, а із дією інших моделей управління системою суспільних відносин, існуючих у вигляді різноманітних соціальних норм¹.

Крім того, договір може приводити в дію не тільки «національні» соціальні регулятори відносин (звичаї, звичаї ділового обороту), але й такі, що знаходяться поза межами національної системи права (наприклад, *lex mercatoria*).

У цьому дослідженні особлива увага буде приділена правовому (нормативно-правовому) регулюванню господарських договірних відносин. Саме нормативно-правове регулювання як продукт нормотворчості держави в особі наділених відповідними функціями органів в значно більшому ступені піддається догматичному аналізу, а також раціональному та цілеспрямованому впливу з боку законодавця у разі виникнення нагальних потреб регламентації суспільних відносин.

¹ Слід сказати, що в ЦК та ГК законодавець по-різному вирішив питання легітимізації деяких соціальних норм. Так, відповідно до ЦК зміст правочину не повинен суперечити актам цивільного законодавства та моральним засадам суспільства (ст. 203 ЦК), а в ширшому контексті — загальним засадам цивільного законодавства, зокрема свободі договору (ст. 3 ЦК). Цивільний кодекс використовує також категорії, що існують у свідомості суспільства у вигляді моральних норм — справедливість, розумність, добру совість (п. 6 ст. 3 ЦК). Зміст таких норм не піддається розкриттю за допомогою спеціально-юридичного інструментарію, а самі ці категорії, які одержали назву оціночних понять у праві, слугують насамперед орієнтирами правозастосування. В господарському законодавстві питання допустимості соціальних регуляторів не вирішені. В статтях 7, 207 ГК названі лише нормативно-правові регулятори (акти законодавства), а критерієм дійсності договору визнається несуперечність вимогам закону. У зв'язку з цим слід зазначити, що на практиці встановлені договором правила поведінки суб'єктів можуть бути кваліфіковані і як відмінні (інші) від норм законодавства, і як такі, що суперечать закону, через що оцінка дійсності договору залежить від коректності тлумачення договору та норм права, що здійснюється судом.

У визначенні механізму правового регулювання, що наводилося вище, безпосередньо не вказуються на такі його складові, як правотворчість та застосування права¹. Правове регулювання може розглядатися ширше — як діяльність держави, здійснювана в процесі підготовки та прийняття норм права, їх реалізації у конкретних правовідносинах та застосування державного примусу до правопорушників з метою досягнення стабільного у суспільстві правопорядку². Відповідно в механізмі правового регулювання господарських відносин можна виділити такі стадії правового регулювання, які адекватно і достатньо повно відображають процеси «життєдіяльності» правової системи країни в цілому³:

— *стадія формування та прийняття відповідних правових норм*. Введені в систему права, вони в загальному вигляді спрямовують поведінку учасників суспільних відносин певним чином (насамперед, це стосується норм, що визна-

¹ У дослідженнях із загальної теорії права були висловлені різні позиції щодо початкового та кінцевого моменту правового регулювання. Перша з них полягає в тому, що відношення стає врегульованим з моменту набуття чинності того чи іншого нормативного акта, з настанням же юридичного факту суб'єкти набувають відповідних прав та обов'язків та реалізують їх (Осипов А. В. Соотношение методов правового регулирования и реализации социалистического права // Актуальные вопросы советской юридической науки: Ч 1. — Изд-во Саратов. ун-та, 1978. — С. 48). Інша позиція, до якої ми приєднуємося, ґрунтується на розмежуванні правового впливу на суспільні відносини та правового регулювання. Якщо правовий вплив на суспільні відносини справляють всі правові явища, в тому числі і норми права як особливі правові засоби, то правове регулювання як упорядкування суспільних відносин шляхом підкорення волі учасників цих відносин волі держави за допомогою норм права починається з моменту настання юридичного факту (Витченко А. М. Механизм правового регулирования социалистических общественных отношений, его понятие и структура // Вопр. теории государства и права: Сб. статей / Под ред. М. И. Байтина. — Вып. 1. — Саратов, 1968. — С. 67, 70).

² Сырых В. М. Теория государства и права: Учебник. — 3-е изд., перераб. и доп. — М.: Юридический дом «Юстицинформ», 2004. — С. 153.

³ Про стадії механізму правового регулювання див.: Алексеев С. С. Общая теория права: В 2 т. Т. II. — М.: Юрид. лит., 1982. — С. 25—27.

чають цілі, завдання, принципи правового регулювання господарської діяльності)¹;

— стадія виникнення прав та обов'язків (правовідносин), основним елементом якої виступають юридичні факти та/або їх сукупності;

— стадія реалізації норм права, а також суб'єктивних прав та обов'язків, основним елементом якої є правовідношення. Зазначена стадія характеризується тим, що програми поведінки, закладені в юридичних нормах та опосередковані волею конкретних суб'єктів у вигляді суб'єктивних прав та обов'язків, здійснюються у фактичній поведінці учасників суспільних відносин, стають реальністю;

— стадія (факультативна) застосування заходів державного примусу судовими та адміністративними органами у випадку порушення суб'єктивних прав та законних інтересів учасників договору. Причому слід підкреслити, що ця стадія може передувати виникненню договірних правовідносин (наприклад, у випадку розгляду господарськими судами переддоговірного спору щодо умов договору або про спонукання до укладення договору), або супроводжувати договірні відносини в їх динаміці, тобто при зміні та розірванні договору, або виникати внаслідок порушення договору однією із сторін (розгляд господарським судом спорів, пов'язаних із виконанням господарських договорів).

У найбільшому ступені сутність договору як зобов'язання, його програмно-координаційні та регулятивні властивості розкривається саме на стадії реалізації норм про господарські договори².

У загальній теорії права та в багатьох галузевих дослідженнях з договірної тематики договір традиційно розглядається як юридичний факт (акт), з яким пов'язуються

¹ Ця стадія в даній роботі спеціально розглядатися не буде. Тому наголосимо, що законодавцем в законотворчому процесі повинні усвідомлюватися та забезпечуватися і публічні, і приватні інтереси окремих учасників господарської діяльності. Конституційно закріплена мета створення правової соціальної держави зумовлює і необхідність забезпечення захисту інтересів економічно слабкішої сторони в договорі.

² Визнання договору засобом індивідуального регулювання означає, що в механізмі соціального (в тому числі правового) регулювання він виконує роль не тільки і не стільки юридичного факту, скільки поряд із нормою (об'єктивного) права виступає регулятором суб'єктивних прав і обов'язків.

відповідні правові наслідки (виникнення, припинення або зміна правовідносин)¹. Разом з тим через поняття угоди/правочину регулятивні властивості договору якраз і не розкриваються, адже юридичні факти не здійснюють правового регулювання, а лише дають підстави застосовувати правові норми, що розраховані на певні обставини².

У загальнотеоретичному аспекті поняття юридичного факту як елементу механізму правового регулювання, що не містить загальних правил поведінки та виступає проміжною ланкою між нормою права та її індивідуальним впливом на конкретного суб'єкта, співвідноситься із поняттям акту реалізації права³.

Як відомо, за вольовою ознакою договір відноситься до правомірних дій, хоча підставою виникнення, наприклад кондикційних зобов'язань, можуть бути і недійсні угоди, тобто дії неправомірні. Іноді для виникнення правовідносин необхідною є наявність комплексу фактів (складного юридичного факту), як, зокрема, при укладенні державного контракту на основі державного замовлення. При характеристиці договору як юридичного факту слід зауважити наступне. Беручи за основу поділ юридичних фактів на первинно-правоутворюючі та вторинні⁴, господарський, як і

¹ *Можейко В. Н.* Хозяйственный договор в СССР. — М.: Госиздат. юрид. лит., 1962. — С. 29. Теория государства и права: Учебник для юридических вузов и факультетов / Под ред. В. М. Корельского и В. Д. Перевалова. — М.: Изд. группа НОРМА-ИНФРА-М, 1988. — С. 354. О. О. Красавчиков називає його юридичним фактом особливого роду, який відрізняється від подій та від інших видів юридичних дій (правопорушень, юридичних вчинків) (*Красавчиков О. А.* Гражданско-правовой договор: понятие, содержание и функции // Антология уральской цивилистики. 1925—1989: Сб. статей. — М.: Статут, 2001. — С. 169).

² *Пугинский Б. И.* Частный договор в научной картине права // Ученые-юристы МГУ о современном праве / Под ред. М. К. Треушников. — М.: ОАО «Издательский дом «Городец», 2005. — С. 166.

³ *Витченко А. М.* Механизм правового регулирования социалистических общественных отношений, его понятие и структура // Вопросы теории государства и права: Сб. статей / Под ред. М. И. Байтина. — Саратов, 1968. — Вып. 1. — С. 89.

⁴ Див.: зокрема: *Алексеев С. С.* Предмет советского гражданского права и метод гражданско-правового регулирования // Антология уральской цивилистики. 1925—1989: Сб. статей. — М.: Статут, 2001. — С. 51; Теория права и государства: Учебник / Под ред. проф. В. В. Лазарева. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: Право и закон, 2001. — С. 250.

будь-який інший, договір за *роллю*, яку він виконує, слід віднести до первинно-правоутворюючих юридичних фактів, тобто таких, з яким пов'язане *виникнення* правовідносин. Ми приєднуємося до позиції В. П. Мозоліна стосовно того, що під договором слід розуміти ті групи угод, які спрямовані на встановлення зобов'язальних правовідносин, а згоду сторін на зміну або припинення вже існуючих договірних відносин (або окремих прав та обов'язків) слід іменувати угодою¹.

Але разом з тим звуження сутності господарського договору до рамок юридичного первинно-правоутворюючого факту могло б призвести до того, що норми права, які регулюють зміст та динаміку договірної зобов'язання, існували б «поза» системою правових норм, які ми поки що умовно назвемо договірним правом. Договірне ж право об'єктивно не може регулювати тільки виникнення договірної зобов'язання, але із необхідністю — його динаміку (зміну, виконання, припинення).

Вторинні ж юридичні факти, що спрямовані на зміну або припинення правовідносин, власне договорами не є². За сучасною цивілістичною та господарсько-правовою термінологією вторинними юридичними фактами є правочини (ст. 202 ЦК) та відповідно господарські угоди (ст. 174 ГК), що спрямовані на зміну або припинення цивільних та відповідно господарських прав та обов'язків. У ГК загальні положення про господарські угоди у вигляді, аналогічному нормам глави 16 ЦК, в повному обсязі не представлені. Але значення господарського договору як юридичного факту відображено в положеннях ст. 174 ГК, яка називає господарський договір та *інші угоди* (курсив наш. — О. Б.), як передбачені, так і не передбачені законом — за умови несуперечності йому, підставою *виникнення* господарського зобов'язання. Щодо зміни та припинення господарських зо-

¹ Мозолін В. П., Фарнсворт Е. А. Договорное право в США и СССР: История и общие концепции. — М.: Наука, 1988. — С. 169.

² Так, про розірвання договору, яке є нічим іншим, як двостороннім правочином, говорить М. Сибільов. (Див.: Сибільов М. Динаміка договірних зобов'язань після їх виникнення // Вісник Академії правових наук України. — 2005. — № 1 (40). — С. 86).

бов'язальних правовідносин, то, як впливає із статей 188, 202 ГК, за загальним правилом, вони можливі за наявності згоди сторін, якщо інше не передбачено законом. Іншими словами, поняття господарського договору як різновиду угоди використане законодавцем саме стосовно стадії виникнення господарського зобов'язання (майново-господарського та організаційно-господарського).

Слід зазначити, що в сучасних дослідженнях з договірного права погляд на договір як юридичний факт піддається критиці¹. Розглядаючи співвідношення договору та юридичного факту, Б. І. Пугинський зауважує, що традиційна трактовка юридичного факту завжди була мало придатною до сфери договірного права, оскільки, з одного боку договір сам є джерелом виникнення для сторін прав та обов'язків, не передбачених законом, а з іншого, укладення договору тягне застосування до учасників договірних відносин норм закону, що регулюють такі відносини. З огляду на це договір лише певною мірою може бути визначений як юридичний факт і виступає в такій якості тільки *по відношенню до юридичних норм, що безпосередньо регулюють відносини сторін*². Зведення договору тільки до ролі юридичного факту обмежує його дослідження рамками загальних положень про правочини/угоди. Але сутність договору є значно ширшою, аніж акт, який юридично опосередковує товарний обмін, оскільки договори забезпечують вирішення множини організаційних, економічних та технічних питань, що виникають між сторонами³. Договір міг би бути оцінений суто як юридичний факт, напевне, лише в такій ідеальній

¹ Так, пропонується розуміти договір у сфері приватного права як універсальний юридичний засіб (елемент) механізму внутрішнього регулювання суспільних відносин (саморегулювання). Щоправда, не пояснюється значення терміна «механізм внутрішнього регулювання» і як він співвідноситься із напрацьованим загальною теорією права поняттям «механізм правового регулювання» (Сибільов М. М. Акти цивільного законодавства і договір // *Методологія приватного права: Зб. наук. праць* (за матеріалами наук.-теорет. конф., м. Київ, 30 травня 2003 р.) / Редкол. О. Д. Крупчан та ін. — К.: Юрінком Інтер, 2003. — С. 162).

² Пугинский Б. И. Гражданско-правовой договор // *Вестник Москов. ун-та*, 2002. — № 2. — С. 42—44. — (Сер. 11. Право).

³ Пугинский Б. И. Правовые средства обеспечения эффективности производства. — М.: Юрид. лит., 1980. — С. 20.

ситуації, коли найдетальніша регламентація законом умов договору повністю виключала б можливість узгодження сторонами інших умов.

У ст. 626 ЦК договір визначається через категорію *домовленості* двох або більше сторін, що спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків, і одночасно за змістом ст. 202 ЦК договір визначається і як дво- або багатосторонній правочин, який, в свою чергу, є погодженою дією¹. На те, що договір (як соціальна дія, як засіб правової комунікації суб'єктів) в найширшому розумінні може визначатися через категорію домовленість, ми говорили вище, проте вводити в правову матерію неюридичний термін «домовленість» як родове поняття навряд чи є сенс. У зв'язку з цим слід визнати точнішим підхід законодавця до господарського договору як угоди, яка слугує підставою виникнення господарського зобов'язання (ч. 1 ст. 174 ГК), хоча в господарсько-правовій літературі іноді господарський договір визначається саме як домовленість суб'єкта господарювання з іншим учасником (учасниками) відносин у сфері господарювання, спрямована на встановлення, зміну або припинення їх прав та обов'язків у сфері господарювання².

Аналізуючи співвідношення понять «господарський договір» та «угода», слід звернути увагу на наступне. Логічна зв'язка кон'юнкції «та», використана у словосполученні «господарського договору та інших угод» (ст. 174 ГК), вказує на відношення підпорядкування між цими поняттями. Виходячи з предмету регулювання ГК (ст. 1 ГК) у ст. 174 ГК слід було б використати родове поняття «господарська угода», що дало б змогу не тільки відмежувати угоди, що вчиняються відповідними учасниками господарських відно-

¹ На недосконалість такого визначення звертає увагу В. Г. Олюха, зазначаючи, що воно безпідставно звужує зміст поняття «договір», оскільки термін домовленість фактично виключає конклюдентні дії та дії з передачі майна, необхідні поряд із домовленістю для укладення реальних договорів. (Олюха В. Г. Цивільно-правовий договір: поняття, функції та система: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2003. — С. 9).

² Щербина В. С. Господарське право: Підручник. — 2-е вид., перероб. і доп. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — С. 263.

син, від цивільно-правових правочинів, але й узгодити деякі норми ГК¹. З точки зору формальної логіки абзац 3 ч. 1 ст. 174 ГК правильно було б викласти в наступній редакції: *господарські зобов'язання можуть виникати «з господарських угод (в тому числі господарських договорів), передбачених законом, а також тих, що законом не передбачені, але не суперечать йому»*. Таким чином, правило про те, що господарська угода (в тому числі господарський договір) є підставою виникнення господарського зобов'язання, набуло б вигляду простого атрибутивного судження. Досліджуване правило абзацу 3 ч. 1 ст. 174 ГК про те, що господарський договір та інші угоди є підставою виникнення господарського зобов'язання, є складовою частиною складного кон'юнктивного судження норми ст. 174 ГК, тому запропоновані зміни уявляються необхідними, насамперед для уникнення неоднозначного тлумачення цілої низки пов'язаних між собою норм ГК. Врешті-решт істинність складного судження визначається істинністю його складових².

У ЦК статті, що включені в розділ II Книги п'ятої «Зобов'язальне право», регламентують саме права та обов'язки сторін договору як зобов'язання. Розташування масиву норм про договори та його обсяг (як загальних положень про договори, так і окремих видів) саме в цій книзі є одним з аргументів на користь того, що договір слід розуміти не тільки і не стільки як правочин/угоду, але й, насамперед, як зобов'язальне правовідношення. Можна погодитися з думкою про те, що застосування до договору норм про правочини є *юридико-технічним засобом*, який використо-

¹ Так, ст. 207 ГК встановлено підстави недійсності господарського зобов'язання, разом з тим: 1) недійсною можна визнавати *підставу виникнення* господарського зобов'язання, тобто угоду; 2) перелік підстав недійсності, встановлений ст. 207 ГК, не є вичерпним і доповнює перелік підстав недійсності правочинів (договорів), встановлених ЦК; 3) одним із способів захисту прав суб'єктів господарювання відповідно до ст. 20 ГК є *визнання недійсними господарських угод*, а не зобов'язань.

² Детальніше про прості та складні судження див., зокрема: Кириллов В. И., Старченко А. А. Логика: Учебник для юрид. вузов. — 5-е изд., перераб. и доп. — М.: Юристъ, 2001. — 66—67.

ується для економічності викладення законодавчого матеріалу, і не породжує ототожнення правочину та договору¹.

В сучасних умовах необхідним виявляється регулювання саме договірних зобов'язань, а не лише регламентація юридичних фактів, оскільки законодавець в такий спосіб не тільки впливає на момент виникнення договору, але й регулює права та обов'язки сторін за договором, забезпечення їх виконання, відповідальності за порушення.

Відомо, що реалізація правових дефініцій як коротких визначень понять юридичної науки та практики, що виражають усталені, повторювані риси, суттєві ознаки правової дійсності, найчастіше здійснюється безпосередньо в процесі пізнання та використання загальних правових приписів для потреб практичної діяльності². Оскільки і в ГК, і в ЦК норми, що регулюють господарські угоди/ правочини (в розумінні їх як юридичних фактів), загальні положення про договори (які повинні застосовуватися разом із нормами про конкретні види договорів), зобов'язання та окремі види договірних зобов'язань розташовані в різних розділах, подолання багатозначності терміна «договір» уявляється майже недосяжним, так само як і розробка єдино вірного і до того ж придатного до суто практичних потреб правового регулювання поняття договору, оскільки кожне із понять відображатиме лише певний сутнісний аспект цього правового феномена.

На основі аналізу сутнісних характеристик господарського договору нами раніше було обґрунтовано його доктринальне поняття³, яке для цілей нашого дослідження із врахуванням сучасної нормативної матерії може бути уточнене і доповнене: Господарський договір є заснованим на згоді

¹ Пугинский Б. И. Частный договор в научной картине права // Ученые-юристы МГУ о современном праве / Под ред. М. К. Треушникова. — М.: ОАО «Издательский дом «Городец», 2005. — С. 163.

² Нормы советского права: Проблемы теории / Под ред. М. И. Байтина и В. К. Бабаева. — Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1987. — С. 231, 232.

³ Використаний у цьому визначенні термін «згода» дозволяє відокремити договірні зобов'язання від недоговірних (із заподіяння шкоди, придбання або збереження майна за рахунок іншої особи без достатніх правових підстав тощо) (Беляневич О. А. Господарський договір та особи його укладання. — К.: Наукова думка, 2002. — С. 59).

сторін і зафіксованим у встановленій законом формі зобов'язанням між суб'єктами господарювання, суб'єктами організаційно-господарських повноважень, негосподарючими суб'єктами — юридичними особами, змістом якого є взаємні права і обов'язки сторін у галузі господарської діяльності.

Уявляється, таке визначення в цілому відповідає сутності господарського договірної права як інституту (сукупності норм, що регулюють всі стадії існування зобов'язання договірної характеру).

У деяких цивілістичних дослідженнях вказується на помилковість ототожнення зобов'язання та відносного правовідношення, що начебто призводить до спроб обґрунтування міжгалузевої природи зобов'язання, в тому числі і спроб розробки теорії господарських зобов'язань. При цьому автори зазначають, що коріння такого ототожнення знаходяться у легальному визначенні зобов'язання в цивільному законодавстві¹.

Визначення цивільно-правового зобов'язання, що містилося в ст. 151 ЦК УРСР, належало, користуючись мовою логіки, до реальних, тобто таких, що розкривають суттєві ознаки предмета, а не номінальних, якими пояснюється значення терміна². Реальними є і визначення господарського, майново-господарського, організаційно-господарського зобов'язань, що містяться в статтях 173, 175, 176 ГК. Номінальне визначення цивільно-правового зобов'язання міститься в ст. 509 ЦК України: «зобов'язання є правовідношенням...» і дає, як уявляється, ключ до відповіді на досліджуване питання.

Вище зверталася увага на міжгалузевий характер категорії зобов'язання. Як відомо, підставами класифікації правовідносин є структура права, його функції, типи правового регулювання. Насамперед, правовідносини можна поділити за способом індивідуалізації суб'єкта на загальні

¹ Лавров Д. Г. Денежные обязательства в российском гражданском праве. — СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2001. — С. 8.

² Номінальні та реальні визначення розрізняються за своїми задачами: пояснити значення терміна або розкрити сутнісні ознаки предмета (Кириллов В. И., Старченко А. А. Логика: Учебник для юрид. вузов. — 5-е изд., перераб. и доп. — М.: Юристъ, 2001. — С. 48).

(правові зв'язки, засновані на таких правах та обов'язках, суб'єкти яких не мають поіменної індивідуалізації) та *конкретні* (правові зв'язки, принаймні один із суб'єктів яких визначений способом поіменної індивідуалізації). Результатом дихотомічного поділу поняття «конкретні правовідношення» за способом індивідуалізації суб'єктів є його поділ на одно- та двосторонньо індивідуалізовані (*абсолютні¹ та відносні*) правовідносини². Таким чином, у формально-логічному плані є підстави стверджувати, що всі правовідносини, які не відносяться до абсолютних, є відносними, отже зобов'язання як персоніфікований зв'язок між суб'єктами не може бути абсолютним правовідношенням. Підставами виникнення правовідносин можуть бути різні юридичні факти, передбачені законодавством, зокрема статтями 174 ГК, 11 ЦК (договір, акт управління, односторонні правочини тощо).

Відносне правовідношення являє собою загальний тип правового зв'язку суб'єктів різноманітних суспільних відносин, який конкретизується відповідно до особливостей цих відносин, набуваючи галузевої специфіки. З огляду на це господарське, в тому числі договірне, відносне правовідношення характеризується: 1) визначеним суб'єктним складом (ст. 2 ГК); 2) сферою господарювання (ст. 1 ГК); 3) змістом (певними правами та обов'язками); 4) об'єктом (відповідними діями господарського чи управлінського характеру — ст. 173 ГК). Але, якщо всі зобов'язання є відносними правовідношеннями, то не всі відносні правовідносини є зобов'язаннями. У відносинах господарського керівництва можна виділити, по-перше, зв'язки між їх учасниками, які впливають із стану співпідпорядкованості, із співвідношення їх компетенцій, та, по-друге, зв'язки, що виникають в силу настання певних юридичних

¹ Тут ми не торкаємося складної проблеми сутності відносин, що виникають у зв'язку з участю в економічному обороті результатів інтелектуальної власності, виключні права на які визначаються як *послаблені або квазіабсолютні*. Детальніше про це див.: Дозорцев В. А. Поняття исключительного права // Проблемы современного гражданского права: Сб. статей. — М.: Городец, 2000. — С. 293—303.

² Алексеев С. С. Общая теория права: В 2 т. Т. II. — М.: Юрид. лит., 1982. — С. 103, 105.

фактів, і тільки останні можуть мати структуру зобов'язання. При цьому і серед конкретних господарсько-управлінських правовідносин зобов'язанням слід визнавати лише ті, в яких один суб'єкт зобов'язаний вчинити дію на користь іншого суб'єкта відношення¹.

У господарсько-правових дослідженнях доводиться, що трактування усіх відносних господарських правовідносин як зобов'язань не пов'язане з особливими теоретичними складнощами, набагато ж складніше обгрунтувати практичну доцільність використання конструкції зобов'язання у певних господарських відносинах².

Концепція господарського зобов'язання ґрунтується на визнанні його особливою правовою формою господарських відносин, що має ознаки зобов'язання як правової категорії, тобто є відносним правовідношенням з майновим, як правило, змістом, забезпеченим майновою санкцією³. Доктринальне визначення господарського зобов'язання належить І. А. Танчуку: таким є господарське правовідношення, в якому один суб'єкт (боржник) зобов'язаний вчинити на користь іншого суб'єкта (кредитора) певну дію господарського характеру, а кредитор має право вимагати від боржника виконання його зобов'язку⁴. В децю модифікованому вигляді це визначення знайшло закріплення в ч. 1 ст. 173 ГК, відповідно до якої юридичними ознаками господарського зобов'язання, які відображають його специфіку, є:

- 1) сторони зобов'язання — зобов'язана сторона (в тому числі боржник) та управнена сторона (в тому числі кредитор);
- 2) юридичний об'єкт — певні дії господарського чи управлінського характеру (зокрема, виконання робіт, передача майна, сплата грошей, надання інформації тощо) або утримання від певних дій.

Суб'єктивному праву управномоченої сторони господарського зобов'язання, втіленому у форму права вимоги, корес-

¹ Теоретические проблемы хозяйственного права / Под ред. В. В. Лаптева. — М.: Наука, 1975. — С. 221.

² Там само. — С. 220.

³ Танчук И. А., Ефимочкин В. П., Абова Т. Е. Хозяйственные обязательства. — М.: Юрид. лит., 1970. — С. 28.

⁴ Там само. — С. 30.

понує обов'язок іншої виконати певні дії господарського чи управлінсько-господарського характеру або утриматися від певних дій.

На відміну від найближчих — цивільно-правових зобов'язань, що відображають формально-юридичну рівність кредитора і боржника, у господарських договірних зобов'язаннях кредитор та боржник можуть мати різний статус (суб'єкт господарювання — суб'єкт організаційно-владних повноважень). Для сфери господарської/підприємницької діяльності важливим чинником, що впливатиме на договірні відносини суб'єктів, може бути їх економічна нерівність, згладжування якої (у вигляді запобігання зловживанням своїми правами економічно сильнішою стороною) повинно забезпечуватися господарським законодавством (прикладом, зокрема, є правила ст. 207 ГК про недійсність господарського зобов'язання, правила ЦК та ГК про публічні договори/публічні зобов'язання). Іншими словами, йдеться про обмеження волі сильнішої сторони, причому, оскільки такі норми є нормами-заборами або нормами-зобов'язуваннями, їх дотримання та виконання такою економічно сильнішою стороною може забезпечуватися державним примусом, зокрема в процесі застосування відповідних норм господарськими судами про розгляді господарських спорів.

У цілому про формальну рівність кредитора та боржника можна говорити лише в тому випадку, якщо розглядати їх як юридичних осіб, тобто застосовувати відповідну правову конструкцію, яка слугує правовим засобом закріплення організаційної та майнової відособленості як передумови вступу у зобов'язальні правовідносини¹. Крім того, така формальна рівність, яка сама в собі несе елемент порівняння, оцінювання взаємного становища суб'єктів, уявляється логічно коректною лише тоді, коли спеціальна правосуб'єктність (господарська компетенція) кредитора і боржника сформована однаково на основі принципу — «дозволено все, що не заборонено законом», або «дозволено лише те, що безпосередньо передбачене законом».

¹ Пугинский Б. И. Правовые средства обеспечения эффективности производства. — М.: Юрид. лит., 1980. — С. 25.

Якщо суб'єкти господарського договору мають різний статус, що визначається різними цілями їх діяльності (або безпосереднього виготовлення продукції, виконання робіт, надання послуг, або організації господарської діяльності), то тоді їх взаємне становище як таке не є принципово важливим для реалізації договору, а важливим стає те, який інтерес при цьому задовольняється і яким чином цей інтерес повинен впливати на формування прав та обов'язків сторін договору. Як свідчить аналіз чинного законодавства, в окремих видах договірних відносин уповноважений державний орган, який виступає стороною у договорах, має такі права, існування яких неможливе в рамках загальної конструкції договору відповідного виду, закріпленого в ЦК (в договорах купівлі-продажу об'єктів приватизації, концесійних договорах, угодах про розподіл продукції).

Важливим аспектом розуміння ролі господарського договору (і як угоди, і як зобов'язання) в механізмі правового регулювання є визнання його різновидом правового *акта* — волювої юридично значущої дії суб'єкта — держави, її органів, уповноважених законом громадських організацій та окремих осіб, яка виражається у певній формі та спрямована на реалізацію юридичної норми¹. Під цим кутом зору договір виступає спільним правореалізаційним актом (дією) суб'єктів права, спрямованого на виникнення їх суб'єктивних прав та обов'язків². Очевидно, що договір є індивідуально-визначеним³ або конкретно-індивідуальним актом⁴, який фіксує індивідуальну поведінку певних осіб в конкретній ситуації у зв'язку із реалізацією норм права, визначає їх взаємні зобов'язання.

¹ Григорьев Ф. А. Признаки и классификация актов применения права // Вопросы теории государства и права: Сб. статей / Под ред. М. И. Байтина. — Саратов, 1968. — Вып. 1. — С. 97.

² Таке розуміння договору, як уявляється, дозволить методологічно правильно вирішувати питання правового регулювання не тільки господарських договорів із взаємно узгодженими умовами із врахуванням у необхідних випадках ступеня типізації відповідної договірної форми, але і договорів приєднання, поки що недостатньо досліджених українською правовою наукою.

³ Григорьев Ф. А. Знач. праця. — С. 98.

⁴ Тихомиров Ю. А. Система правовых актов советского государства // Право и правотворчество: вопросы теории. — М.: ИГПИАН СССР, 1982. — С. 50.

На адресу теоретиків права, які зводять сутність договору до акту застосування правових норм, лунає критика через те, що цей підхід не відображає історично усталену практику використання договірної механізми, згідно із якою наповнення змісту договорів відбувається в результаті самостійного напрацювання конкретних вимог до взаємопов'язаної діяльності та надання їм значення взаємних прав та обов'язків¹. Але ця критика може бути пом'якшена, якщо в позитивістському аспекті характеризувати індивідуально-правовий договір не як *акт правозастосування*, а як *форму реалізації права*². Слід акцентувати в договорі як акті реалізації (а не застосування) права саме використання суб'єктами права відповідних норм, але не тільки і не стільки конкретних норм права (диспозитивних), скільки вихідного юридичного начала індивідуальної саморегуляції — загального правового принципу «дозволено все, що не заборонено»³, який конкретизується в нормах-засадах, нормах-принципах тощо.

У зв'язку з цим важливо зазначити наступне. В літературі неодноразово вказувалося на те, що відсутність заборон (обов'язків утримуватися від вчинення дій певного виду⁴) сама по собі ще не означає, що відносно певної дії є

¹ Як зазначає Б. І. Пугінський, теоретики права, проголошуючи договір актом застосування правових норм, начебто визнають роль договору як регулятора суспільних відносин, але насправді не просто виштовхують договір на периферію права, але й взагалі відмовляють йому в значенні самостійного засобу правової організації людської діяльності (Пугинский Б. И. Частный договор в научной картине права // Ученые юристы МГУ о современном праве / Под ред. М. К. Треушникова. — М.: ОАО «Издательский дом «Городец», 2005. — С. 169).

² Пархоменко Н. М. Договір у системі права України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 1998. — С. 8.

³ Глибокий соціальний смисл дозволянь в соціальному регулюванні якраз і полягає в тому, що вони дають можливість, простір для свободної, активної поведінки самому носієві дозволяння (Алексеев С. С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве. — М.: Юрид. лит., 1989. — С. 540).

⁴ Найбільш наочними прикладами є правила статті 13 ЦК про обов'язок особи при здійсненні своїх прав утримуватися від дій, які могли б порушити права інших осіб, недопущення використання цивільних прав з метою неправомірного обмеження конкуренції, зловживання монополюючим становищем на ринку, а також недобросовісної конкуренції.

юридичне дозволяння: у багатьох випадках така обумовленість існує, але не завжди¹. В сучасному українському законодавстві заборони можуть формулюватися як безпосередньо (і наочно) у вигляді імперативних норм, так і аморфно — в оціночних поняттях. Про дійсність реалізації (упредметнення, матеріалізації) права можна говорити лише тоді, коли в наявності правомірний характер відносин, що виникають.

Як справедливо зазначає Б. І. Пугінський, реалізація загальних положень про договори та норм про окремі договори сама по собі не створює договірної регулювання, на відміну від реалізації норм, наприклад фінансового, кримінального права, які практично повністю вичерпуються виконанням норми, у відповідних випадках доповнюючись актами правозастосування. Договірні ж інститути безпосередньо розраховані на вирішення основної маси питань укладення та виконання договорів самими суб'єктами, причому норми за загальним правилом визначають не конкретний зміст договорів, а порядок розробки їх умов самими сторонами².

Критеріями класифікації основних форм реалізації права є такі взаємопов'язані фактори, як: 1) правове становище суб'єктів та ступінь активності їх поведінки в правореалізаційних процесах; 2) особливості правових приписів, що реалізуються. Форми реалізації права в залежності від характеру дій суб'єктів, ступеня їх активності та спрямованості поділяються на:

— *дотримання* норм права (утримання від вчинення дій, що заборонені законом);

¹ Алексеев С. С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве. — М.: Юрид. лит., 1989. — С. 67. Д. А. Керимов висловився з цього приводу ще жорсткіше: формула «Дозволено все, що не заборонено законом», проголошена в період перебудови, є шкідливою та глибоко помилковою, оскільки, по-перше, аж ніяк не все дозволено за межами забороненого законом, а, по-друге, дозволено лише те, що відповідає загальнолюдським цінностям, справедливості, свободі особистості та суспільства (Керимов Д. А. Методология права (предмет, функции, проблемы философии права). — М.: Аванта+, 2000. — С. 496).

² Пугинский Б. И. Частный договор в научной картине права // Ученые-юристы МГУ о современном праве / Под ред. М. К. Треушниковой. — М.: ОАО «Издательский дом «Городец», 2005. — С. 166.

— виконання (вчинення активних дій, спрямованих на реалізацію визначених законом обов'язків);

— використання норм права суб'єктами на свій розсуд (вчинення активних дій, дозволених або незаборонених правом)¹. Аксіомою є те, що використання суб'єктом тих можливостей, які надаються нормами права, є суто добровільним².

Розглядаючи господарський договір як індивідуально-правовий акт крізь призму форм реалізації, необхідно враховувати, що: а) особливості правореалізаційного процесу визначаються методом правового регулювання; б) правореалізація зумовлюється зовнішньою формою виразу правових приписів³. З огляду на це особливості господарського договору як акта правореалізації формуються під впливом методів регулювання господарських відносин та спеціальних норм (господарського права), які регулюють господарську діяльність і які відрізняються від норм суміжних базових галузей. Як зазначалося в літературі, будь-яка норма, сформульована як дозволяння, передбачає відповідний обов'язок (заборону) не порушувати надане право або виконувати те, на що має право правомочна особа. Найвність зобов'язаного суб'єкта передбачають і норми-заборони. Волевиявлення формується заборonoю, зобов'язуванням до дії або дозволянням свободи вибору, що підтримуються певною соціальною силою. З соціологічної точки зору нормативне регулювання не може бути ефективним, якщо воно цілком пов'язується із заборонами та обов'язками⁴.

Особливою (факультативною) формою реалізації норм права є їх *застосування*, яке акумулює в собі риси дотримання, виконання та використання. Попри значну кількість визначень поняття «застосування права» головною особливістю

¹ Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. — М.: Юристъ, 1997. — С. 412; Общая теория государства и права: Академический курс: В 2 т / Под ред. проф. М. Н. Марченко. — Том 2. Теория права. — М.: Зерцало, 1998. — С. 313.

² У сфері договірних відносин зацікавленість суб'єктів в реалізації прав, які їм належать, найбільш широко виявляється саме за межами заборон та обмежень.

³ Нормы советского права: Проблемы теории / Под ред. М. И. Байтина и В. К. Бабаева. — Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1987. — С. 228.

⁴ Явич Л. С. Общая теория права. — Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1976. — С. 123.

правозастосування визнається владний виконавчо-розпорядчий характер самої діяльності, яка полягає у винесенні індивідуально-конкретних правових приписів, адресованих персонально визначеним особам, та відбувається у визначених процесуальних формах¹. Слід зазначити, що на господарські договірні відносини суттєво впливає діяльність господарських судів України як органів спеціалізованої юрисдикції по застосуванню норм матеріального та процесуального права при розгляді спорів, пов'язаних із укладанням, виконанням, зміною та розірванням господарських договорів, та спорів, пов'язаних із здійсненням державою функцій по організації господарської діяльності. Отже, дотримання норм права, виконання та застосування права відображають внутрішню форму, в якій реалізуються елементи механізму правового регулювання. Акт застосування є формою реалізації права, яка перетворює норму права в життя за допомогою владної сили актів застосування права².

Один з аспектів проблеми правореалізації полягає в тому, що за основу виділення форм реалізації права (дотримання, виконання, використання) беруться регулятивні норми, в той час як засновницькі норми (норми-засади, норми-принципи, норми-дефініції) реалізуються достатньо часто опосередковано та потребують особливого доопрацювання (законодавчого, конкретизуючого або пізнавального). Тому точніше визначати *договір як синтетичний акт правореалізації*, в якому такі форми реалізації права, як дотримання, виконання і використання, комбінуються в залежності від виду відносин, які опосередковуються договором³. Чим

¹ Нормы советского права. — С. 236; Общая теория государства и права. — С. 316—317.

♥Витченко А. М. Механизм правового регулирования социалистических общественных отношений, его понятие и структура // Вопросы теории государства и права: Сб. статей / Под ред. М. И. Байтина. — Саратов, 1968. — Вып. 1. — С. 88.

³ Так, укладаючи господарські договори за правилами ГК, суб'єкти господарювання повинні: виконати загальні вимоги, зокрема, ст. 180 ГК, тобто в будь-якому випадку узгодити предмет, ціну, строк дії договору; утриматися від порушення заборон, які випливають із змісту ч. 2 ст. 207 ГК (щодо умов договору приєднання), ч. 1 ст. 29 ГК, що визначаються як зловживання монопольним становищем, тощо; використати передбачені ЦК та ГК можливості щодо визначення змісту договору в межах закону, вжиття способів забезпечення виконання зобов'язань як цивільно-правового, так і господарського-правового характеру.

вищим буде соціальне значення певних господарських договорів, яке досить часто безпосередньо фіксується у текстах спеціальних законодавчих актів¹, тим більшим буде обсяг відповідних зобов'язувань (позитивних приписів) та обмежень (заборон), що впливатиме на домінування у договірному акті таких форм реалізації, як дотримання та виконання. Варіативність поєднання цих форм реалізації права буде різною в залежності, по-перше, від суб'єктного складу договору та статусу цих суб'єктів, обсягу їх правосуб'єктності та способу її формування, по-друге, виду договору²; по-третє, розсуду сторін, які можуть не встановлювати в договорах правила, відмінні від тих, що зафіксовані в диспозитивних нормах законодавчих актів, визнавши ці диспозитивні норми закону за правило поведінки. Останній («пасивний») варіант поведінки означатиме зниження питомої ваги використання як форми реалізації права. Крім того, ця варіативність значною мірою залежить від рівня типізації договірних форм, коли у випадку укладення господарського договору на основі типового договору сторони, головним чином, дотримуються норм права.

Суб'єкти господарювання вступають в договірні відносини не тільки під впливом власного господарського/підприємницького інтересу (одержання прибутку від реалізації результатів власної господарської діяльності та задоволення своїх потреб за допомогою результатів господарської діяльності інших осіб), але й через те, що участь в таких відноси-

¹ Зокрема, «підвищення ефективності використання державного та комунального майна шляхом передачі його в оренду фізичним та юридичним особам» (преамбула Закону «Про оренду державного та комунального майна»); «підвищення ефективності використання державного і комунального майна і забезпечення потреб громадян України у товарах (роботах, послугах)» (преамбула Закону «Про концесії»), «основними пріоритетами приватизації є підвищення ефективності виробництва та мотивації до праці, прискорення структурної перебудови і розвитку економіки України» (ст. 2 Закону «Про приватизацію державного майна»).

² Спеціальними законодавчими актами встановлюються переліки істотних умов договорів окремих видів, які повинні бути узгоджені сторонами. Зокрема, ст. 10 Закону України «Про оренду державного та комунального майна» визначений перелік істотних умов договору оренди, що відрізняється кількісно та якісно від тих, що передбачені в главі 59 ЦК про майновий найм (оренду).

нах для окремих категорій суб'єктів є їх обов'язком, передбаченим законом (органів держави, суб'єктів, що господарюють в сфері природних монополій, тощо). Іншими словами, імперативні норми права під загрозою застосування заходів державного примусу виключають можливість вибору суб'єктом господарювання варіанта поведінки. В усіх інших випадках має місце добровільне вчинення не заборонених законодавством дій (укладення різних господарських договорів на власний розсуд). Через це участь у договірних відносинах осіб, воля яких формується по-різному, позбавляє універсальності таку характеристику цих відносин, як рівність. Крім того, далеко не завжди суб'єкт, діючи у відповідності з вимогами законодавства та виконуючи імперативні приписи закону або додержуючись законодавчих заборон, відчуває будь-які значимі суперечності між необхідністю поведінки, яка приписується законодавцем, та власними інтересами та цілями.

Договір як синтетична форма правореалізації не тільки межує із правозастосуванням, але й може ним конкретизуватися та коригуватися (при розгляді договірної або переддоговірної спору господарським судом, в процесі діяльності адміністративних органів, наприклад Антимонопольного комітету України).

Договір як акт правореалізації є спільною дією двох або більше суб'єктів в тому розумінні, що волі цих суб'єктів мають бути узгоджені. Хоча така узгодженість волі може виявлятися по-різному. Так, договори приєднання, які набули поширення в сучасній господарській практиці, слід оцінювати як односторонні (одноособові) акти правореалізації з огляду на неможливість сторони, що приєднується, впливати на умови договору, запропонованого їй для укладення. Завданням законодавця з огляду на це повинно бути визначення найбільш оптимального поєднання зазначених форм реалізації права (використання дозволянь, дотримання заборон, виконання зобов'язувань), виходячи із того, що в господарських договірних відносинах необхідним є як підтримання балансу різноманітних інтересів (публічні, приватні, приватно-публічні), так і, в певних випадках, пріоритетне забезпечення публічних інтересів та їх захист.

Підсумовуючи викладене, зазначимо, що в єдиному механізмі правового регулювання господарських відносин договір: 1) виконує функцію юридичного факту, з яким пов'язується виникнення у конкретних учасників господарських відносин прав та обов'язків (індивідуалізованих правил поведінки); 2) як зобов'язання виступає ключовим елементом стадії реалізації норм права, суб'єктивних прав та обов'язків. Господарський договір виступає актом реалізації норм, в якому поєднуються використання дозволянь, дотримання заборон, виконання зобов'язувань, і який спрямований на досягнення соціально значущих цілей та задоволення певних інтересів учасників господарських відносин та інтересів суспільства в цілому.

1.3. Господарське договірне право як правовий інститут: загальна характеристика

Важливим інструментом державного впливу на господарські договірні відносини є норми права як елемент механізму правового регулювання цих відносин. Сукупність таких норм вище нами була названа терміном «господарське договірне право».

Термін «договірне право» у вітчизняній та закордонній юридичній літературі вживається тривалий час і в різноманітних значеннях: достатньо згадати деякі з найбільш відомих досліджень, в заголовок яких винесено цей термін¹. Втім визначення договірного права, якщо і подаються в цих роботах, мають скоріше операційний характер і відображають правовий феномен договору в руслі певних правових традицій і остаточної ясності в розуміння цього явища в цілому не вносять. Можна сказати, що зазначені автори і не ставили на меті опрацювання самого терміна, адже підготовлений читач так чи інакше усвідомлює сутність феномена під назвою «договірне право». Так, за В. Ансоном, дого-

¹ Ансон В. Договорное право / Пер. с англ. — М.: Юрид. лит., 1984. — 484 с.; Мозолин В. П., Фарнсворт Е. А. Договорное право в США и СССР: История и общие концепции. — М.: Наука, 1988. — 308 с.; Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: В 4 кн. — М.: Статут, 1999—2003. — 800 с.

вірне право як галузь права визначає обставини, за яких прийняття зобов'язання буде юридично зв'язувати особу, що дала його¹. До змісту договірного права, за А. Е. Фарнсвортом, входять норми, що відносяться до право- та дієздатності сторін, процедури укладення договору, оферти та акцепту, зустрічного задоволення, помилки та введення в оману, примусу та нездатності оцінювати свою поведінку, тлумачення та розуміння тексту договору, виконання та його умов, неможливості досягнення мети договору та неможливості його виконання, припинення договірних прав та переходу обов'язків та способів відповідальності².

У сучасній правовій літературі зроблено певні кроки до визначення договірного права. Так, А. Д. Корецький, який узагальнив викладені Е. А. Фарнсвортом та В. Ансоном у згаданих працях підходи до розуміння поняття «договірне право», що склалися в країнах загального права, пропонує розуміти під договірним правом інститут приватного права — сукупність судових прецедентів та статутних (законодавчих норм), що визначають зміст поняття «договір» та регулюють різні аспекти договірних відносин (порядок укладення, виконання, зміни і припинення договорів, тлумачення, відповідальності за невиконання, засобів судового захисту тощо³. Разом з тим осмислюючи можливе визначення договірного (цивільного) права як явища в сучасній російській системі права, А. Д. Корецький виявляє значно більшу обережність. Говорячи про договірне право як сукупність юридичних норм, що регулюють порядок укладення, виконання і розірвання цивільно-правових договорів, він справедливо зазначає, що таке визначення попри очевидні безспірні моменти залишає без відповіді низку питань, зокрема чи є договірне право галуззю права чи галуззю законодавства, самостійною галуззю або складовою (підгалуззю чи інсти-

¹ Ансон В. Зазнач. праця. — С. 14.

² Мозолин В. П., Фарнсворт Е. А. Зазнач. праця. — С. 62.

³ У цілому це визначення не викликало б особливих заперечень, якщо б автор у методологічному плані не подавав його в контексті популярної для пострадянського простору теми дуалізму права (Корецький Д. А. Договорное право России: Основы теории и практика реализации. — М.: ИКЦ «МарТ», Ростов н/Д: Издательский центр МарТ», 2004. — С. 125).

тутом) цивільного права¹]. Зважаючи на генетичну близькість правових систем України та Російської Федерації, такі питання правомірно поставити і відносно господарського договірної права України.

Дихотомічний поділ поняття «договір» за ознакою нормативності його змісту дає підстави стверджувати, що похідний від нього термін «договірне право» *sensu stricto* буде коректним за умови розуміння його як взаємопов'язаної сукупності норм певної галузевої приналежності, що регулюють відносини, які охоплюються предметом регулювання певної галузі права. Разом з тим об'єднання таких норм в субінститути та інститути певної галузі є варіативним, «обсяг» такого нормативного масиву в різних галузях права буде неоднаковим залежно від поширеності договору як засобу саморегуляції суспільних відносин певного виду і можливості суб'єктів користуватися таким правовим засобом. Подати інтегроване, загальнотеоретичне визначення договірної права, яке було б придатним для всіх галузей права, уявляється так само складно, як і загальнотеоретичне поняття договору, зважаючи на існуючі принципи відмінності між нормативним та індивідуально-правовим договором. У кращому випадку такі визначення можуть бути запропоновані відповідно для нормативно-правового договору або індивідуально-правового договору, які використовуються в певній галузі права², хоча і не кожна галузь права може претендувати на виділення в ній сукупності норм під такою назвою.

Господарське договірне право як складова господарського права є одним з результатів процесу спеціалізації в праві, який пов'язується із диференціацією відносин в економіці та формуванням галузі господарського права. Слід сказати, що досить часто існування господарського (комерційного, торгового) права розглядають в контексті питання дуалі-

¹ *Корецький Д. А.* Договорное право России: Основы теории и практика реализации. — С. 126.

² Наприклад, право міжнародних договорів визначається як галузь міжнародного права, принципи та норми якої визначають порядок укладення, дії та припинення міжнародних договорів (*Лукашук И. И.* Современное право международных договоров: В 2 т. Т. I. Заключение международных договоров. — С. 79).

му приватного права, хоча проведення паралелей між сучасною проблемою співвідношення господарського та цивільного права та дуалізмом приватного права якщо і можливе, то з великою долею умовності. Як відомо, на Заході утворення та виокремлення торгового права розпочинається в середньовіччі. Як зазначав П. П. Цитович, римлянам не була відома відокремленість торгового права, зокрема завдяки особливостям преторської юрисдикції та рухливості *jus gentium*. Розподілу праці як головній передумові розвиненої торгівлі також перешкоджало рабство¹.

Місцем «народження» торгового права вважаються італійські міста, де спочатку розвивається морське торгове право (вірогідно, на основі звичаїв та переказів морської практики Середземноморського узбережжя, які збереглися від античності), вексельне право, пізніше — сухопутне торгове право. Середньовічне торгове право є правом міського стану, особисто-становим². Його відособленості сприяла низка обставин, насамперед невідповідність підтримуваних державою та церквою принципів римського та канонічного права, що поширювалися на торгові відносини, новим економічним умовам та новим відносинам, які почали складатися у середні віки. Важливе значення мав також розвиток корпорацій (гільдій), які створювали для регулювання різноманітних відносин своїх членів особливі норми матеріального та процесуального характеру (останні стосувалися заснування та діяльності особливих торгових судів, найбільш зручних для торгівлі).

¹ Римляни, що первісно займалися землеробством, пізніше своєю могутністю завдячували переважно військовим перемогам, а тому на торгівлю дивилися зневажливо, довіряючи здійснювати її рабам та особам, відпущеним на волю, за допомогою капіталу, який спеціально для цього їм довірявся. Головним чином здійснення торгових операцій знаходилося в руках іноземців. Серед римських громадян не існувало окремого стану купців. Показово, що декілька титулів в *Corpus juris civilis*, спеціально присвячених сухопутній та морській торгівлі, були переважно іноземного, в основному, грецького походження (Федоров А. А. Введение в курс торгового права. — Одесса, 1901. — С. 21—25).

² Цитович П. П. Труды по торговому и вексельному праву: В 2 т. Т. 1.: Учебник торгового права; К вопросу о слиянии торгового права с гражданским. — М.: Статут, 2005. — С. 169—170.

Зовсім іншим шляхом відбувався розвиток торгового права в Російській імперії, на що в своїх дослідженнях звертали увагу практично всі відомі дореволюційні комерціалісти. В Росії не існувало історичних передумов відособлення торгового права, насамперед, через відсутність розподілу суспільства на стани, ідеї якого проникають на територію імперії із великим запізненням лише на межі XVII—XVIII сторіч зусиллями верховної влади (реформи Петра I), але водночас і перешкоджала виникненню звичаєвого торгового права, яке могло б скласти підґрунтя для відособлення спеціального торгового законодавства. Як зазначає В. Белов, російські торгівці віддавали перевагу данині, поклону та службі публічній владі в обмін на її покровительство, а не створенню особливого торгового стану та власного станового права. Публічна ж влада, в свою чергу, розглядала допущення торгівлі як вимушений захід, спрямований на збільшення державних доходів за рахунок обкладання торговців митом та податками¹.

Торговельне законодавство в Російській імперії розглядалося до середини XIX ст. як частина адміністративного (поліцейського) законодавства², і становище почало змінюватися лише із проведенням реформ 1860-х років, коли можливість займатися торгівлею із милості, привілею, який дарувався владою, перетворюється в елемент загальної цивільної правосуб'єктності. Висновок про відсутність історичних передумов відособлення торгового права в Росії був покладений пізніше Редакційною Комісією по розробці проекту Цивільного уложення в основу рішення про включення до цього акта положень торгового права.

Доречною буде і наступна історична довідка. Зародження у вітчизняному правознавстві ідей господарського пра-

¹ Белов В. «...Несомненно, знающий и истинный цивилист» // Цитович П. П. Очерк основных понятий торгового права. — М.: АО «Центр ЮрИнфоР», 2001. — С. 18.

² Так, у Зводі законів Російської імперії до статутів державного благоустрою були включені: Установи (зокрема, біржові) та Статути торгіві (в тому числі Статут судочинства у судах комерційних, Статут про торгіву неспроможність) та Постанови про промисловість фабричну, заводську та ремісну (Свод законов Российской империи повелением Государя Императора Николая Павловича составленный: Уставы Государственного Благоустройства. — Издание 1842 г. Т. 11. Ч. 1, 2, 3).

ва, як зазначається в літературі, відноситься на початок ХІХ—20-ті роки ХХ ст. і пов'язується з іменами К. Д. Ушинського, І. І. Янжула та інших вчених¹. Крім того, в сучасних роботах не часто згадується про те, що ідея господарського права у наближеному до сучасного вигляді з'явилася у Німеччині як реакція на соціально-економічну ситуацію в Європі початку ХХ ст., першу світову війну та революції. На початку 1920-х років при університеті Ієни для досліджень в галузі господарського права було створено Інститут господарського права, який очолив професор Гедеманн. Результатом діяльності інституту стала, зокрема, низка праць з окремих питань господарського права, що з'явилася у 1922—1923 роках (показово, що в деяких з них господарське договірне право розглядалося як складова системи господарського права). М. М. Агарков, який здійснив огляд позицій авторів цих робіт (Гедеманна, Румпфа, Нуссбаума, Гольдшмідта), дійшов висновку про те, що, попри різні погляди авторів, роботи об'єднані спільною рисою, життєвою та потрібною — *прагненням до наукового реалізму та безпосереднього зіткнення із практичними завданнями господарського будівництва*² (курсив наш. — О. Б.).

До речі, розглядаючи особливості романо-германської правової сім'ї та питання дуалізму цивільного та торгового права, Р. Давід вказує на те, що більш суттєвим за законодавчу уніфікацію цивільного та торгового права є перетворення торгового права в «господарське право», в якому переважають настанови політичного та соціального плану і найтіснішим чином переплетені приватне право і публічне право³.

¹ Детальніше про загальноцивілізаційні, національні витоки господарського права України та періодизацію становлення науки господарського права див.: *Знаменский Г. Л. Хозяйственное законодательство Украины: Формирование и перспективы развития.* — К., Наукова думка, 1996. — С. 8—49; *Хозяйственное право Украины: Учебник / Под ред. А. С. Васильева, О. П. Подцерковного.* — Харьков: ООО «Одиссей», 2005. — С. 40—44.

² *Агарков М. Понятие хозяйственного права в германской литературе // Право и жизнь.* — 1924 г. — Кн., 5, 6. — С. 33—37.

³ *Давид Р. Основные правовые системы современности / Пер. с фр. и вступ. ст. В. А. Туманова.* — М.: Прогресс, 1988. — С. 96.

Методологічною основою концепції господарського договірної права в цілому, його місця в системі права України, засад формування та розвитку виступає системність права та правова спеціалізація як прояв цієї системності. Спеціалізація в праві є об'єктивним процесом, що відбиває специфіку та багатогранність суспільних відносин. Внутрішнім процесом спеціалізації, спрямованим на відособлення, відгалуження юридичних норм для ефективнішого регулювання окремих ділянок видових суспільних відносин, виступає диференціація правового регулювання. Причому процес диференціації відбувається як у галузях матеріального права, так і в системі процесуального права¹, в якій поряд із цивільним та кримінальним процесуальним правом виділилося господарське процесуальне право, конституційний процес, адміністративне процесуальне право.

Системність визначається сутнісною властивістю права як органічної системи, тобто такої цілісності, що перебуває у саморозвитку і проходить послідовні етапи ускладнення та диференціації².

Необхідними умовами *системної* організації права виступають внутрішня єдність та відособленість (диференційо-

¹ Як зазначає О. Г. Лук'янова, тенденції диференціації у процесуальному праві охоплюють його як систему в цілому, так і окремі його елементи: галузі, підгалузі й інститути. Диференціація можлива і на рівні правової норми (диспозитивні та альтернативні правові приписи). Сама поява в системі права процесуального права є результатом функціональної диференціації правового регулювання (Лук'янова Е. Г. Тенденции развития процессуального законодательства в свете общей теории права // Государство и право. — 2003. — № 2. — С. 104).

² Принагідно зазначимо, що органічним системам притаманні такі особливості, як: 1) наявність структурних та генетичних зв'язків; 2) наявність зв'язків координації та субординації, зумовлених походженням одних елементів з інших; 3) наявність особливих механізмів, через які структура цілого впливає на характер функціонування та розвитку частин; 4) основні частини цілого зумовлюються його структурою; 5) з ускладненням організації активність все в більшому ступені передається від частин цілому; 6) в процесі розвитку органічної системи відбувається якісне перетворення частин разом з цілим; 7) необхідною умовою усталеності органічних систем є постійне оновлення їх елементів; 8) всередині органічного цілого існують своєрідні блоки (підсистеми) (Блауберг И. В., Юдин Э. Г. Становление и сущность системного подхода. — М.: Наука, 1973. — С. 177—178).

ваність) юридичних норм, яка обумовлюється єдністю генетичних зв'язків норм права і на яку вказує більшість дослідників¹. Традиційно в загальній теорії права виділяються такі структурні елементи системи права, як норми права (первісний елемент), галузь права та групи галузей (наприклад, матеріальне і процесуальне), підгалузь права, інститут права, субінститут. Втім жоден з цих елементів, взятий окремо, не відображає всіх своїх властивостей і функцій, які виявляються ними у єдиній системі права. Структурний аспект правової системи виявляється в тому, що всі правові норми, які входять в позитивне право, утворюють *єдине ціле*, яке поділяється за змістом різних норм на відповідні взаємопов'язані частини. Ця єдність виражається: 1) в органічному поєднанні основних правових ідей, понять, принципів регулювання, юридичної техніки і термінології; 2) у конкретизації найбільш загальних норм в нормах менш загального характеру; 3) в ієрархії юридичних норм залежно від акта, в якому вони містяться; 4) у тому, що дотримання, застосування або порушення одних норм зумовлюють дію інших норм². Вважається, що поділ права на галузі, інститути, інші структурні елементи по предмету та методу регулювання є головною юридичною структурою предметної диференціації права та законодавства³.

¹ Васильев А. М. Система социалистического права. — М.: ВЮЗИ, 1961. — С. 4—5; Черданцев А. Ф. Толкование права и договора: Учеб. пособие для вузов. — М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2003. — С. 32; Теория государства и права / Под ред. К. А. Мокичева. — М.: Юрид. лит., 1971. — С. 475; Общая теория государства и права: Академический курс в 2 т / Под ред. проф. М. Н. Марченко. — Т. 2. Теория права. — М.: Зерцало, 1998. — С. 231; Теория права и государства: Учебник / Под ред. проф. В. В. Лазарева. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: Право и закон, 2001. — С. 199; Теория государства и права: Учебник для юридических вузов и факультетов / Под ред. В. М. Корельского и В. Д. Перевалова. — М.: Изд. группа НОРМА-ИНФРА-М, 1988. — С. 314; Проблемы общей теории права и государства: Учебник для вузов / Под общ. ред. члена-корр. РАН, докт. юрид. наук, проф. В. С. Нерсисянца. — М.: Изд. группа НОРМА-ИНФРА-М, 1999. — С. 328.

² Явич Л. С. Общая теория права. — Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1976. — С. 125—127.

³ Мицкевич А. В. Система права и система законодательства: развитие научных представлений и законотворчества // Проблемы современного гражданского права: Сб. статей. — М.: Городец, 2000. — С. 24, 25.

У правових дослідженнях, в яких застосовано системний метод пізнання, зверталася увага на те, що невід'ємною якістю системи є її *відносність*, яка полягає в тому, що система може розглядатися як елемент іншої, більш широкої системи — системи більш високого порядку. Система права є соціальною системою, складний характер якої визначається не кількістю елементів — галузей права (адже кількісний фактор в соціальних системах не відіграє визначальної ролі, оскільки складність — поняття структурне), а тим, що кожна галузь права виступає як система другого порядку, об'єднуючи правові інститути — системи третього порядку і т.д.¹ У такому аспекті господарське право як галузь (система норм другого порядку), що регулює відносини, що виникають у процесі організації і здійснення господарської діяльності², є елементом системи першого порядку, тобто системи права України³. Господарське договірне право виступає *складовою* господарського права (його *інститутом*), і одночасно як система нижчого рівня в системі права в цілому. Під цим кутом зору ми можемо виділяти наступні рівні зв'язків господарського договірного права як системи норм:

— внутрішній рівень, тобто взаємодію норм, які утворюють господарське договірне право, ефективність якої може коливатися в залежності від ступеня узгодженості загальних норм про господарські договори та норм, що регулюють окремі види господарських договорів;

¹ Сорокин В. Д. Административно-процессуальное право // Сорокин В. Д. Избр. тр. — СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. — С. 163, 167.

² Таке визначення господарського права на сьогодні є усталеним і загальноприйнятим у сучасній правовій літературі (Щербина В. С. Господарське право: Підручник. — 2-е вид., перероб. і доп. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — С. 6; Хозяйственное право: Учебник / В. К. Мамутов, Г. Л. Знаменский, В. В. Хахулин и др.; Под ред. В. К. Мамутова. — К.: Юрінком Інтер, 2002. — С. 9).

³ Системою вищого рівня по відношенню до системи права виступає правова система України. Ми змушені обмежитися виділенням цих систем з огляду на тематику дослідження, але, звичайно, соціальною системою вищого порядку, принаймні, в межах однієї країни є суспільство в цілому, і правова система є хоча важливим, але далеко не єдиним елементом цієї системи.

— галузевий, на якому норми, які утворюють господарське договірне право, взаємодіють з іншими елементами системи господарського права;

— міжгалузевий, на якому виявляються зв'язки між господарським договірним правом та іншими галузями права (зокрема, цивільним та адміністративним, з якими найбільш активно контактує господарське право).

Таким чином, з позицій системного підходу специфіка господарського договірного права як правового інституту (структурованої і упорядкованої сукупності норм) не вичерпується особливостями елементів, що складають його, а полягає, насамперед, в характері зв'язків та відносин між цими елементами¹. Без урахування таких зв'язків визначення сутності та місця договірного права, напрямків удосконалення законодавства та практики його застосування буде обмежуватися аналізом окремих норм чинного законодавства, що методологічно уявляється недостатнім.

Необхідно сказати, що проблематика господарського договірного права значною мірою знаходиться в площині питання про місце господарського права в системі права України².

Останнім часом набула популярності, особливо у зв'язці до проблеми співвідношення ГК та ЦК, тема приватного і публічного права, їх співвідношення та методології. Оскільки питання систематизації законодавства, що регулює господарські договірні відносини, має безпосередне

¹ Крім того, системні дослідження виявляють функціонування та розвиток об'єкта в його внутрішніх та зовнішніх (взаємодії із середовищем) характеристиках, в той час як у досистемних дослідженнях, як правило, йдеться лише про опис складного об'єкта (вивчення та використання його окремих властивостей) (*Блауберг И. В., Юдин Э. Г.* Становление и сущность системного подхода. — М.: Наука, 1973. — С. 168, 169).

² До речі, як зазначав В. П. Казимирчук, висунута А. Я. Вишинським точка зору про те, що питання системи права є методологічно найважливішим і навіть ключовим у пізнанні природи, принципів та особливостей права в цілому, є помилковою. Навпаки, це питання є допоміжним, оскільки правильно йти не від системи права до визначення його природи, принципів *etc.*, а від аналізу суспільних відносин, які є предметом правового регулювання, та специфіки методів їх регулювання, до системи права (*Казимирчук В. П.* Право и методы его изучения. — М.: Юрид. лит., 1965. — С. 43—44).

відношення до теми нашої роботи, вважаємо за необхідне пояснити свою позицію стосовно проблеми дихотомії права. В літературі справедливо зверталася увага на те, що поділ права на приватне і публічне має першорядне значення для визначення типу, методології правового регулювання, але не відповідає практичним потребам відособлення менш великих сукупностей правових норм у системі права, і необхідність пояснення правовою наукою змішаного (приватно-публічного) регулювання суспільних відносин поставила досить давно¹. Дозволяння, заборони та позитивні зобов'язування пронизують всю правову матерію, утворюючи «протоматерію», і поділ права на галузі значною мірою залежить від комбінації цих елементів (способів) регулювання, яка притаманні тій чи іншій галузі права².

Розробка проблематики приватного і публічного права (останньому в українському правознавстві приділяється менше уваги) відбувається на усталеному теоретичному ґрунті традиційного розуміння системи права, напрацьованого у радянському правознавстві. Достатньо згадати наукові дискусії про систему радянського права 1938—1940, 1956—1958 рр. для того, щоб поставити під сумнів методологічну коректність екстраполяції «дуалізму права» на існуючі усталені підходи до систематизації права (за предметом та методом регулювання) без їх ревізії. Можливо, популярність цієї теми є затьожною реакцією на неприйняття радянською правовою доктриною ідеї дуалізму права, принаймні, соціалістичного. Наукові дискусії, які ведуться в цьому напрямку, поки що не принесли відчутних результатів, хоча б через те, що, як виявилось, украй складно визначитися із поняттями приватного і публічного права.

Крайнім проявом «ефекту маятника» стала абсолютизація чистоти поділу права на приватне і публічне як єдиного можливого критерію систематизації чинного законодавства України. На цьому ґрунтується, зокрема, категоричне заперечення представниками цивілістики і концепції госпо-

¹ Парягина О. А. Проблемы структурирования права в аспекте его социализации // Известия вузов: Правоведение. — 2004. — № 6(257). — С. 180.

² Алексеев С. С. Право: азбука—теория—философия: Опыт комплексного исследования. — М.: Статут, 1999. — С. 352—353.

дарського права в цілому, і прийняття Господарського кодексу України, зокрема, начебто через те, що господарсько-правова концепція не узгоджується із цивільним правом, «правовими засадами взагалі», філософією права¹. Наукова коректність постановки проблеми дуалізму права саме як проблеми «протистояння» приватного і публічного права, що є природним станом існування права в цілому, викликає сумніви.

Очевидним перебільшенням уявляється твердження про те, що приватне і публічне право в усіх розвинутих правових системах продовжують існувати як дві самостійні сфери правового регулювання, як два різних типи правового впливу на суспільні відносини, про те, що розвинене право тільки і може існувати за наявності двох сфер — публічного і приватного права². Так звана об'єктивність дихотомії права обмежується континентальною системою права, зважаючи, насамперед, на принципово іншу модель правової системи — систему загального права Англії, в якій розрізняються сфери загального права і права справедливості. За свідченням Е. А. Фарнsworthа, різниця між приватним та публічним правом має більш ніж сумнівну цінність в США як країні загального права³. Так само не стосується проблема дихотомії права і позаєвропейських правових систем (му-

¹ Щоправда, не зрозуміло, по-перше, чим визначається роль цивілістики як єдино можливого всезагального мірила істинності в праві, по-друге, чистота якого саме теоретико-філософського підходу порушується господарниками, адже філософія права від античності до Новітнього часу дала життя значній кількості концепцій, серед яких кантіанська, гегельянська, неокантіанські, неогегельянські, екзистенціальна, «відродженого» природного права, чисте вчення про право Г. Кельзена та ін.

² *Суханов Е. А.* О проблемах становления и развития российского частного права // *Цивилистические записки: Межвузовский сб. науч. трудов.* — Вып. 3. К 80-летию С. С. Алексеева. — М.: Статут; Екатеринбург: Институт частного права, 2004. — С. 31.

³ Е. А. Фарнsworth наводить позицію Верховного Суду США, сформульовану в одній із справ: часто доволі зручно пов'язувати конкретні судові вимоги із правами, що витікають із приватного або публічного права. Але зазвичай реальне значення кожного терміна залежить від конкретної ситуації та специфіки інтересів сторін, які він покликаний індивідуалізувати (*Мозолін В. П., Фарнsworth Е. А.* Зазнач. праця. — С. 61).

сульманських, звичаєво-правових, правових систем Далекого Сходу). Її значення нівелюється і сучасними процесами конвергенції різних правових систем.

Ми звернемося тільки до двох історичних моментів, відстань між якими обчислюється багатьма сторіччями і які не мають між собою нічого спільного, крім слів «приватне» і «публічне», але які, хоч як це парадоксально, будучи взятими поза контекстом їх появи та існування, покладені в основу багатьох сучасних міркувань про дуалізм права.

Перший з них — відомий фрагмент із творів Ульпіана, що знаходиться в першому титулі першої книги «Дигест», причому цей фрагмент є єдиним свідомством міркувань Ульпіана про приватне і публічне право. В сучасних дослідженнях непоодинокими є інтерпретації цього фрагмента як методологічної основи сучасного поділу системи права, що свідчить більше про наукові уподобання авторів, ніж про неупереджене та буквальне тлумачення Дигест на історичному тлі їх існування. Якщо бути точним, то Ульпіан говорив не про поділ, а про *вивчення права* (курсив наш. — О. Б.), яке розпадається на дві частини: публічне та приватне (право)¹.

Сучасному читачу слід пам'ятати, що в Давньому Римі правоздатність в сфері публічного права (політична правоздатність) полягала у частковій або повній можливості окремих суб'єктів брати участь в суспільному житті римської держави як носіїв активного та пасивного виборчого права, нести військову службу в римських легіонах, брати участь в римських релігійних та світських святах і в цілому діяти як особи, яким дозволено впливати на державні справи.

¹ Публічне право відноситься до становища римської держави, приватне відноситься до користі окремих осіб; існує корисне в суспільному відношенні та корисне в приватному відношенні. Публічне право включає в себе святині (sacra), служіння жерців, становище магістратів. Приватне право розділяється на три частини, оскільки воно складається або з природного права (jus naturale) (яке, за Ульпіаном, притаманне не тільки людям, але й тваринному світу — О. Б.), або з права народів (jus gentium), або з приписів цивільних (D. 1. 1. 1.2) (Пам'ятники римського права: Закони XII таблиц. Інституції Гая. Дигести Юстиніана. — М.: Зерцало, 1997. — С. 157).

Обсяг цих повноважень найчастіше залежав від етнічної приналежності, соціального становища, статі та особистих здібностей кожного індивіда.

Правоздатність в сфері приватного права полягала у можливості окремих суб'єктів в приватному житті користуватися римськими установленнями сімейного права, установленнями майнового права та установленнями процесуального права. В основному, як свідчать романісти, обсяг цих прав залежав від становища в сім'ї та обставин, наведених вище стосовно публічного права¹. В Давньому Римі правова система розглядалася в синкретичній єдності, без протиставлень приватного публічному, а різні аспекти юридичних інститутів виділялися в залежності від тієї соціальної ролі, в якій виступали суб'єкти правовідносин, і від того, який суспільний авторитет забезпечував нормативний характер типових зв'язків між людьми².

Крім Ульпіанових слів про приватне і публічне, в пам'ятках давньоримського права ми знаходимо й інші підходи до визначення права. В Інституціях Гая про розподіл права сказано відоме: «Все право, яким ми користуємося, стосується або осіб, або речей (об'єктів), або позовів»³. Висловлювання Гая «Те право, яке кожен народ встановив для себе, є власним правом держави і називається цивільним правом, начебто власним правом самої держави; те право, яке природний розум встановив між усіма людьми, дотримується у всіх однаково і називається правом народів, мов би тим правом, яким користуються всі народи» (D. 1. 1. 9)⁴ свідчить про те, наскільки далеким він був від ототожнення цивільного права із правом приватним в сучасному його розумінні як побудованого на диспозитивних засадах.

¹ Пухан Иво, Поленак-Акимовская Мирьяна. Римское право (базовый учебник) / Под ред. проф. В. А. Томсинова. — М.: Зерцало, 2000. — С. 69.

² Одним з яскравих проявів ставлення давніх римлян до держави свідчать слова Помпонія: «подібно до шанування богів, ми маємо підкорятися батькам та вітчизні» (Памятники римського права: Законы XII таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана. — С. 158).

³ Там само. — С. 17.

⁴ Там само. — С. 158—159.

Наведене свідчить про ту небезпеку, яка супроводжує наукові пошуки у синхронічному плані, в якому часові параметри винесені «за дужки» і не беруться до уваги. Показовим (і актуальним) може бути висловлювання Г. Н. Амфітеатрова, який, критикуючи запропонований С. М. Братусем критерій інтересу як основний для визначення радянського цивільного права, зазначав: «Совпадение здесь полное, как будто нас отделяют от Ульпиана не века и эпохи, а лишь время, потребное т. Братусю для того, чтобы сочувственно отозваться, допустим, на статью товарища Ульпиана, помещенную, скажем, в очередном номере «Советского государства и права»¹.

Другий, не менш відомий, історичний фрагмент — висловлювання В. І. Леніна про те, що «ми нічого «приватного» не визнаємо, для нас усе в галузі господарства є публічно-правовим, а не приватним» (лист до Д. І. Курського «О задачах Наркомюста в условиях новой экономической политики» від 20.02.1922). Мало хто з цивілістів не згадує ці слова в запалі полеміки із господарниками. Зрозуміло, що вивчати першоджерела класиків марксизму – ленінізму наразі не популярно, але того вимагає наукова сумлінність хоча б для того, щоб не спотворювати їх зміст (на кшталт того, що «відомі твердження Леніна-Ульянова, що партія більшовиків нічого приватного не визнає, не сприймає і буде боротися із приватною власністю, а, значить, і приватним правом»). Історична канва висловлювання як раз свідчить про хибність одномірного розуміння та оцінки цих слів.

Як відомо VIII Всеросійським з'їздом Рад 22—29 жовтня 1920 р. було проголошено курс на нову економічну політику, що, насамперед, означало допущення в сферу економіки приватного капіталу, в тому числі іноземного. З огляду на це цивільне право періоду нової економічної політики повинно було вирішувати двоєдину задачу: сприяти розвитку товарно-грошових відносин, розвитку приватної ініціативи, підприємництва, з одного боку, та перешкоджати спробам приватних осіб одержувати матеріальну користь за рахунок погіршення економічного стану

¹ Амфитеатров Г. Н. К вопросу о понятии советского гражданского права // Сов. гос-во и право. — 1940. — № 11. — С. 88.

державних підприємств та організацій¹. На досягнення цієї мети був зорієнтований Цивільний кодекс РРФСР, прийнятий 31 жовтня 1922 р. У процесі розробки проекту цього Кодексу зіткнулися дві концептуальні позиції: з одного боку, максимальне відтворення норм буржуазного цивільного права, що мало полегшувати відносини товарообміну радянської країни із капіталістичними державами, та, з іншого, розширення втручання держави у приватноправові відносини. Саме на останньому наголошував В. І. Ленін у згадуваному листі, але про боротьбу із приватною власністю і приватним правом в умовах непу не писав. Заради об'єктивності вважаємо за доцільне навести мовою оригіналу окремі цитати із зазначеного листа, який був написаний на тлі розробки Цивільного кодексу РРФСР та підготовки до Генуезької конференції, що останнім часом майже не згадуються: «Мы допускаем капитализм только государственной... Отсюда — расширить применение государственного вмешательства в «частноправовые» отношения; расширить право государства отменять «частные» договоры; применять не *corpus juris romanum* к «гражданским правоотношениям», а наше революционное правосознание»; «Торгуй, наживайся, мы тебе это позволим, но *втрое* подтянем твою обязанность быть честным, давать правдивые и аккуратные отчеты, считаться не только с буквой, но и с *духом* нашего, коммунистического законодательства, не допускать *ни тени* отступления от наших законов, — вот какова должна быть основная заповедь НКЮста в отношении *непо*».

Значення цих слів стає зрозумілим в контексті двох інших листів, написаних майже одночасно із цитованим. Так, в «Письме в Политбюро ЦК РКП(б) о гражданском кодексе РСФСР» зазначається: «Главной задачей комиссии (щодо поправок та змін до проекту ЦК РРФСР 1922 р. — О. Б.) признать: полностью обеспечить интересы пролетарского государства с точки зрения возможности контролировать (последующий контроль) все без изъятия частные предприятия и отменять все договоры и частные сделки, противоречащие как букве закона, так и интересам трудящейся

¹ Сырых В. М. История государства и права России. Советский и современный периоды: Учеб. пособие. — М.: Юристъ, 1999. — С. 153.

рабочей и крестьянской массы. Не рабское подражание буржуазному гражданскому праву, а ряд ограничений его в духе наших законов, без стеснения хозяйственной или торговой работы». З листа В. І. Леніна до Д. І. Курського із заваженнями на проект Цивільного кодексу від 28.02.1922: «По поводу гражданского кодекса: ...2) Все, что есть в литературе и опыте западноевропейских стран *в защиту трудящихся* взять непременно»¹.

Таким чином, першочерговим політичним завданням була не боротьба з усім приватним (власністю, правом тощо), а забезпечення соціальної спрямованості законодавства, чим власне і відрізнялося радянське законодавство періоду непу. Пізніше в радянській юридичній літературі висловлювання В. І. Леніна про публічне та приватне право, зокрема, пояснювалося таким чином, що під цим слід розуміти «не начебто те, що приватне право знищується, а наше (радянське — О. Б.) стає «публічним» в буржуазному розумінні, а те, що в умовах соціалістичного суспільства немає підстав для їх протиставлення»².

Примат державного інтересу над приватно-підприємницькими в сфері господарського обороту був сформульований в ч. 1 ст. 1 ЦК РРФСР 1922 р. (цивільні права охороняються законом за винятком випадків, коли вони здійснюються в суперечності з їх соціально-господарським призначенням) та ст. 30 ЦК («Недійсною є угода, вчинена з метою, суперечною закону або в обхід закону, а також угода, спрямована до очевидної шкоди держави»)³. Аналогічні за змістом норми були включені до ЦК УРСР, затвердженого 16 грудня 1922 р.⁴ В наступних кодифікаціях цивільного законодавства цей підхід зберігся, хоча в дещо іншому текстуальному оформленні. Показово, що в еміграційному середовищі правознавців в цілому ЦК РРФСР 1922 р. був оцінений досить високо саме як приватноправова кодифі-

¹ Всі листи див.: *Ленин В. И.* Полн. собр. соч. — Т. 44. — С. 401, 396—400, 411—412.

² *Васильев А. М.* Система социалистического права. — М.: ВЮЗИ, 1961. — С. 10—11.

³ СУ РСФСР. — 1922. — № 71. — Ст. 904.

⁴ ЗУ УРСР. — 1922. — № 55. — Ст. 780.

кація, хоча його положення і стали об'єктом прискіпливої критики¹.

На відсутність підстав для протиставлення приватного і публічного вказували і так звані «буржуазні» правознавці, які займалися проблематикою публічного права. Так, видатний вчений, засновник німецької соціології права Г. Єллінек, викладаючи систему публічного права, зазначав, що розрізнення приватного та публічного права *може бути* зведено до тієї основної ідеї, що в приватному праві окремі індивіди протистоять один одному як принципово не підпорядковані, між тим як публічне право унормовує відносини між різними суб'єктами влади. Проте при більш близькому погляді виявляється, що носієм приватних прав є не абстрактний, ізольований від будь-яких соціальних відносин індивід, а член суспільства, який визнається державою як особистість. *Через це будь-яке приватне право є правом соціальним і спирається на право публічне*, а всі приватні права пов'язані із публічно-правовим домаганням на визнання та захист. Усі соціальні, а тому і державні інтереси також не можуть розумітися абсолютно відчуженими від інтересів індивідуальних, оскільки будь-яка суспільна та державна діяльність в кінцевому підсумку слугує або, принаймні, повинна слугувати благу індивіда².

Близькими по духу до цієї позиції є погляди іншого відомого правознавця, засновника теорії інституціоналізму М. Оріу, який залишив значний слід в історії соціології та юридичної науки: під публічним правом слід розуміти пра-

¹ Як зазначав професор С. В. Завадський, видання ЦК в якості саме уложення приватноправового, тобто відособлення та зведення норм хоча б і усіченого приватного права, є подією надзвичайно знаменною, значення якого ще не оцінено повною мірою. Для приборкання особистої користі та пригноблення знедолених достатньо двох засобів: публічно-правового впливу на приватноправові відносини без їх скасування та виправлення меж, що відокремлюють приватне право від публічного (Завадский С. В. Гражданское право: Общая часть, вещное и обязательственное право // Право Советской России: Сб. статей, составленный профессорами русского юрид. факультета в Праге. Вып. 2. — Прага, 1925. — С. 6, 9—10).

² Еллинек Г. Общее учение о государстве / Вступ. статья докт. юрид. наук, проф. Ю. И. Козлихина. — СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2004. — С. 373—374.

во, що через створення інститутів та корпоративну персоніфікацію політичної організації упорядковує сферу публічних відносин у *цілях свободи та справедливості* (курсив наш. — О. Б.)¹.

Таким чином, на зміну гіперболізації значення дихотомії права має прийти усвідомлення того, що юридична наука, крім усього іншого, повинна допомагати вирішенню практичних проблем правового регулювання суспільних відносин в сучасних умовах, і, замість демаркації кордонів приватного і публічного у позитивному праві, обґрунтовувати конкретні механізми забезпечення балансу та солідарності існуючих в суспільстві індивідуальних, групових та публічних інтересів².

З огляду на викладене існування господарського права як галузі розглядається нами не з позицій «публічне—приватне», а крізь іншу призму — *об'єктивних процесів галузевої та функціональної спеціалізації* в праві, які виступають проявом його системності³. Як відомо, основними *формами спеціалізації права* виступають: 1) *предметна та функціональна диференціація* (розгалуження нормативного змісту правового регулювання); 2) *конкретизація* (деталізація змісту нормативного регулювання); 3) *інтеграція* або *уніфікація* (узагальнення регламентації того спільного, що притаманне певним групам суспільних відносин)⁴.

Виокремлення правових норм, що регулюють господарські відносини, які виникають у процесі організації та

¹ Як говорить сам автор, це визначення наближується до визначення римських юристів *jus publicum est quod ad statum rei romanae spectat*. Якщо слова «*rei romanae*» замінити на «*rei publicae*», виявиться буквально наступне: «публічним правом є те, що має своїм предметом публічний порядок речей» (*Ориу М. Основы публичного права / Пер. с фр. под ред. Е. Пашуканиса. — М.: Изд-во Коммунистической академии, 1929. — С. 23*).

² Як зауважує С. С. Алексеев, не слід ототожнювати приватне і публічне право як «чисті» категорії», з одного боку, а з другого — галузі об'єктивного права, навіть такі близькі до вказаних категорій, як цивільне та адміністративне (*Алексеев С. С. Самое святое, что есть у Бога на земле: Иммануил Кант и проблемы права в современную эпоху. — М.: НОРМА. 1998. — С. 190*).

³ *Сенякин И. Н. Специальные нормы советского права / Под ред. проф. М. И. Байтина. — Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1987. — С. 13—14.*

⁴ *Алексеев С. С. Общая теория права: В 2 т. Т. II. — С. 37.*

здійснення господарської діяльності, від норм цивільного законодавства, що мають предметом регулювання особисті немайнові та майнові відносини, є результатом *галузевої (предметної) спеціалізації*. У зв'язку з цим можна зауважити, що в країнах, де історично склався так званий дуалізм приватного права (зокрема, в Німеччині, Франції), питання про співвідношення цивільного і торгового законодавства не є проблемним: норми торгового права розглядаються у сукупності із цивільним правом, і норми останнього мають приходити на допомогу тоді, коли відсутнє спеціальне регулювання, встановлене торговим правом¹.

Важливість галузевої спеціалізації полягає в тому, що: 1) в такий спосіб удосконалюється система права; 2) правовим регулюванням охоплюється широке коло суспільних відносин; 3) виключається (в ідеалі) або обмежується дублювання правових норм².

Взаємопов'язаність правових норм, що розподілені по галузях права, виявляється у *функціональній* спеціалізації, яка призводить до утворення загальних та спеціальних норм, існування тісних зв'язків між правовими приписами в цілому³. Функціональна спеціалізація в сфері господарського договірного права виявляється у «розподілі навантаження» як між нормами однієї галузевої приналежності (загальними нормами, що регулюють порядок укладення, зміни, розірвання господарських договорів, їх зміст, виконання тощо, та спеціальними нормами, що регулюють окремі види господарських договорів із врахуванням їх специфіки), так і з нормами цивільного права (загальними положеннями про договори, зобов'язання).

Спеціалізація в праві відображає особливості предмета правового регулювання. Вважається, що первісна структу-

¹ Бергман В., Комаров А. С. Введение в основные понятия немецкого торгового права и права хозяйственных организаций // Германское право. Ч. II. Торговое уложение и другие законы: Пер. с нем.; Сер. «Современное зарубежное и международное частное право». — М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996. — С. 5.

² Сенякин И. Н. Специальные нормы советского права. — С. 14.

³ Функціональна спеціалізація правових норма водночас виявляється і за іншим критерієм в залежності від функцій права (регулятивної, охоронної, виховної).

ра права поділяється на галузі по предмету та методу правового регулювання. Основою змістовної структури права і законодавства є різноманітність видів суспільних відносин, яка є об'єктивним критерієм поділу права на частини (галузі, підгалузі, інститути), тобто предметом правового регулювання. Як відомо, предмет правового регулювання як критерій поділу права на галузі був введений в юридичну науку наприкінці 30-х років минулого століття, а такі юридичні ознаки, як метод регулювання, принципи права, загальні положення, функції тощо наукою були визнані додатковими критеріями поділу права на галузі пізніше. Усталеним є підхід до визначення предмета правового регулювання як суспільних відносин, які об'єктивно можуть бути опосередковані за допомогою специфічних юридичних засобів, в певних соціально-економічних умовах потребують регламентації та мають вольовий характер¹.

Разом з тим на сьогодні як в загальнотеоретичному плані, так і на рівні галузевих досліджень проблема предмета правового регулювання окремих галузей залишається актуальною. Зокрема, немає однозначної відповіді на такі питання, як, по-перше, чи відповідає поділ суспільних відносин на окремі таксономічні одиниці поділу права на окремі структурні одиниці (галузі права), та, по-друге, що є предметом регулювання нормами права — діяльність, суспільні відносини, соціальні зв'язки чи щось інше.

Ми приєднуємося до висловленої в літературі думки про те, що суспільні відносини являють собою стабільні, стійкі, такі, що повторюються, моменти спільної діяльності людей в найрізноманітніших проявах. Предметом же правового регулювання є закріплена в нормах права існуюча, стабільна структура людської діяльності, її окремі види. Результатом людської діяльності є формування різного роду суспільних відносин, в основі яких знаходяться різні потреби, інтереси та цілі учасників людської діяльності, неоднорідність складу учасників, специфічність предмета та засобів діяльності, інші характерні особливості і прояви соціальних зв'язків між членами суспільства².

¹ Алексеев С. С. Общая теория права: В 2 т. Т. I. — С. 292.

² Сильченко Н. В. Проблемы предмета правового регулирования // Государство и право. — 2004. — № 12. — С. 62.

Особливість норм господарського права як комплексної галузі права¹, в тому числі норм господарського договірно-го права, визначається професійною господарською діяльністю, в процесі здійснення якої виникають і майнові (товарно-грошові) відносини, і організаційні, пов'язані як із самоорганізацією, координацією та субординацією (зовнішньою організацією, в тому числі державною).

Розглядаючи господарську діяльність як предмет регулювання господарського права, слід звернути увагу на те, що вона є граничним поняттям, в рамках якого окремі її сфери (види) потребують поглибленого регулювання та слугують або принаймні здатні слугувати системоутворюючим критерієм для окремих комплексних галузей та/або підгалузей права (інвестиційного², транспортного³, інформаційного⁴,

¹ Стосовно комплексного характеру господарського права В. В. Лаптев зазначав, що господарське право історично виникло на стику цивільного та адміністративного, отже в цьому і тільки цьому сенсі можна говорити про його комплексність. Виникнувши у такий спосіб, господарське право не зводиться до конгломерату різнорідних відносин, а являє собою нову якість (*Лаптев В. В.* Предмет и система хозяйственного права. — М.: Юрид. лит., 1969. — С. 66). Ми приєднуємося до позиції В. К. Мамутова, який, звертаючи увагу на різні значення поняття комплексності, говорить про комплексність стосовно правового регулювання господарської діяльності як синонім системності (комплексність як забезпечення функціонального поєднання частин різних систем для досягнення окремої мети) (*Мамутов В. К.* Юридические концепции регулирования хозяйственных отношений // Экономика и право: Сб. науч. тр. — К.: Юринком Интер, 2003. — С. 40).

² Предметом інвестиційного права є суспільні економічні відносини, що складаються між суб'єктами інвестування щодо вкладення та реалізації інвестицій // *Винник О. М.* Інвестиційне право: Навч. посібник. — К.: Атіка, 2000. — С. 17.

³ Предметом транспортного права є суспільні відносини, які виникають у зв'язку з організацією і діяльністю транспортних підприємств, відносини між транспортними підприємствами і їх споживачами, які користуються транспортними засобами, а також між самими транспортними підприємствами як одного, так і різних видів транспорту (*Булгакова І. В., Клепикова О. В.* Транспортне право України: Академічний курс: Підруч. для студ. юр. вищ. навч. закл. — К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2005. — С. 19).

⁴ Предметом інформаційного права є не тільки інформація, але й процеси, пов'язані з її одержанням (створенням, зняттям), обробкою, зберіганням, передачею, поширенням (*Бачило І. Л.* Информационное право. Роль и место в системе права Российской Федерации // Государство и право. — 2001. — № 2. — С. 11).

ядерного права¹, права екологічної безпеки² тощо). Уявляється, що в сучасних економічних умовах з огляду на ускладнення та розгалуження суспільного розподілу праці *розвиток права здійснюється у напрямку регулювання не тільки і не стільки однорідних «ділянок» спільної діяльності членів суспільства, скільки окремих фрагментів цих ділянок*, внаслідок чого формуються нові підгалузі існуючих галузей права або нові галузі права.

Однорідність принципів, покладених в структуру права, які мають урівноважувати безмежний індивідуалізм та обмеження панування держави, зумовлює необхідність існування «нетрадиційних», комплексних галузей права (господарського, екологічного тощо)³. У загальній теорії права проблематика комплексних галузей права залишається недостатньо розробленою та дискусійною, власне, і існування таких галузей визнається не усіма правознавцями. Так, О. С. Іоффе визнає існування *лише* таких галузей права, як державне, адміністративне, кримінальне, цивільне та процесуальне (цивільно-процесуальне та кримінально-процесуальне)⁴.

Деякі автори виділяють у праві так звані комплекси та масиви правових норм, в яких головним є не виділення юридично диференційованих галузей права, а, навпаки, інтеграція спеціальних для тієї чи іншої сфери діяльності сус-

¹ В ядерному праві як комплексній галузі права одними з фрагментів ядерних правовідносин є врегульовані нормами права відносини, пов'язані з виробництвом та використанням ядерної енергії (Балюк Г. І Проблеми формування та становлення ядерного права України: Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. — К., 2001. — С. 4).

² В. І. Андрейцев визначає право екологічної безпеки як *комплексну галузь екологічного права*, яка регулює, зокрема, відносини щодо здійснення екологічно небезпечної діяльності з метою запобігання погіршенню екологічної обстановки, виникнення небезпеки для природних систем, населення, інтересів держави і юридичних осіб (Андрейцев В. І. Право екологічної безпеки: Навч. та наук.-практ. посібник. — К.: Знання-Прес, 2002. — С. 22).

³ Оніщенко Н. М. Оніщенко Н. М. Правова система: проблеми теорії: Монографія. — К.: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2002. — С. 85.

⁴ Иоффе О. С. О хозяйственном праве (теория и практика) // Гражданское законодательство: Статьи. Комментарии. Практика. — Алматы: ЮРИСТ, 2004. — Вып. 20. — С. 43.

пільства різнорідних норм права, тобто норм, різних за первісною юридичною диференціацією права та законодавства. За цим слідує основний висновок про те, що утворення спеціальних за предметним змістом та призначенням правових норм має доповнювати основну, галузеву диференціацію, але не повинно суперечити їй, отже норми комплексних актів можуть мати характер виправданих винятків із загального правила, але не ігнорувати або відмінити їх¹.

Така позиція викликає зауваження: якщо спеціальні правові норми мають власне регулятивне значення і пов'язані із загальними нормами лише опосередковано (на відміну від спеціалізованих норм як абсолютно залежних від загальних норм), то як повинно застосовуватися відоме правило *lex specialis derogat generalis*. І якщо природа та характер відносних зв'язків спеціальних норм із загальними (основними) виявляється в закономірностях функціонування спеціальних норм у «межах» правового поля загальних (основних) норм², то як, власне, визначити це правове поле загальних норм. Очевидно, що такі зв'язки та межі повинні існувати та підтримуватися в рамках однієї галузі із генеральним правовим режимом. Якщо ж утворюються спеціальні правові режими в певній сфері суспільних відносин, то визначити такі межі, як уявляється, значно складніше.

У науковій літературі вказується на об'єктивну закономірність поєднання норм різних галузей права при комплексному регулюванні, оскільки таке поєднання може сприяти найповнішому виявленню ефективності норм кожної галузі, які застосовуються в комплексі. Порушення ж співвідношення норм може тягти за собою «придушення» одних норм іншими, послаблення ефективності усього комплексу правових засобів в різних галузях права³.

Показово, що практично всі дослідники договірної проблематики незалежно від їх наукових поглядів визнавали

¹ Мицкевич А. В. Система права и система законодательства: развитие научных представлений и законотворчества // Проблемы современного гражданского права: Сб. статей. — М.: Городец, 2000. — С. 26.

² Фаршатов И. А. Специализированные и специальные нормы права // Государство и право. — 2003. — № 6. — С. 27.

³ Халфина Р. О. О закономерностях права // Право и правотворчество: вопросы теории. — М.: ИГПАН СССР, 1982. — С. 36.

існування значних особливостей правового регулювання господарської діяльності як сфери, що відрізняється від майнових та особистих немайнових відносин за участю громадян¹.

Конфлікт щодо розмежування ЦК та ГК полягає саме у «приналежності» відповідній галузі майнових відносин як предмета регулювання. Відповідно до ст. 1 ЦК цивільним законодавством регулюються особисті немайнові та майнові відносини (цивільні відносини), предметом же регулювання Господарського кодексу за змістом, зокрема, статей 1, 3 ГК є відносини, що виникають у процесі організації та здійснення господарської діяльності, в тому числі майнові відносини. Очевидно, що предмет регулювання цивільного права (майнові та немайнові відносини) не є однорідним, так само як немає повної однорідності і в предметі господарського права, і в предметі більшості галузей права².

Майновий зміст господарських відносин визначається тим, що в процесі здійснення господарської діяльності ви-

¹ На жаль, сьогодні майже забутою виявилася дискусія про систематизацію (кодифікацію) господарського законодавства в 1970-х роках, іноді лише згадується про те, що радянським керівництвом ідея створення Господарського кодексу СРСР не була втілена в життя. Разом з тим, як зазначає цивіліст Ю. К. Толстой, проведена на початку 1960-х років кодифікація цивільного законодавства, попри безсумнівно позитивне значення, мала і тіньові сторони: вона майже нічого не дала для відчутного підвищення ефективності правового регулювання господарської діяльності. В цивільному законодавстві, як зауважує Ю. К. Толстой, у найкращому випадку можна врегулювати відносини по горизонталі, оскільки вертикальні відносини не є і не можуть бути предметом цивільно-правового регулювання, але, оскільки в реальному житті ці відносини взаємопов'язані, розумним було б регулювати їх комплексно, що, власне, і робить законодавець (достатньо звернутися до положень про поставки, транспортних статутів, правил про договори підряду на капітальне будівництво тощо). Успішна ж кодифікація їх в рамках однієї з традиційних галузей законодавства не може бути здійснена (Толстой Ю. К. Проблемы совершенствования хозяйственного законодательства // Правовое регулирование хозяйственных отношений / Под ред. В. В. Лаптева. — М.: ИГПАН СССР, 1978. — С. 33, 37).

² У цілому ступінь єдності або однорідності суспільних відносин, що складають предмет регулювання галузі права, може бути різним (Теоретические проблемы хозяйственного права / Под ред. В. В. Лаптева. — М.: Наука, 1975. — С. 28).

користуються матеріальні, фінансові ресурси та інше майно для досягнення економічних цілей¹. Господарські майнові відносини в договірному контексті можуть бути визначені як такі, що складаються у сфері суспільного виробництва між суб'єктами господарювання в процесі обміну результатами своєї професійної діяльності (продукцією, роботами, послугами), тобто як фрагмент господарської діяльності.

За змістом статей 3, 55 та 175 ГК кваліфікуючими ознаками майново-господарських відносин, які органічно включають в себе організаційний компонент, є:

1) суб'єктний склад, до якого включаються господарські організації, індивідуальні підприємці², органи державної влади, органи місцевого самоврядування, наділені господарською компетенцією. Окремо слід виділити негосподарюючих суб'єктів – юридичних осіб, які беруть участь у майново-господарських відносинах за метою створення та підтримання своїх матеріально-технічних умов функціонування (господарчого забезпечення своєї діяльності);

2) господарський характер діяльності цих суб'єктів — суспільне виробництво, спрямоване на виготовлення продукції, виконання робіт чи надання послуг та їх оплатну реалізацію як товару.

За змістом статей 1, 2, 81 ЦК майнові відносини, що є предметом регулювання цивільного законодавства, характеризуються:

1) колом учасників — фізичні особи, юридичні особи приватного права та юридичні особи публічного права (державна Україна, Автономна Республіка Крим, територіальні громади, іноземні держави та інші);

¹ *Лантев В. В.* Экономика и право (Теория и практика регулирования хозяйственных отношений). — М.: Экономика, 1981. — С. 7.

² Відповідно до ст. 55 ГК в редакції, що діяла до внесення відповідних змін Законом України від 04.02.2005, суб'єктами господарювання визнавалися філії, представництва, інші відокремлені підрозділи господарських організацій, утворені ними для здійснення підприємницької діяльності. Проте навіть така редакція не давала підстав стверджувати, що такі відособлені підрозділи де-юре самостійно вступають в договірні відносини: зокрема, відповідно до ст. 265 ГК сторонами договору поставки такі відокремлені підрозділи бути не можуть.

2) взаємним становищем учасників (рівністю, вільним волевиявленням, майновою самостійністю).

За змістом ст. 82 ЦК положення ЦК поширюються на юридичних осіб публічного права, якщо інше не встановлено законом, через що публічні суб'єкти не є неодмінними учасниками майнових відносин і включаються до елементного складу цивілістичного поняття «майнові відносини» ситуативно.

Порівняння цивілістичного та господарського-правового поняття майнових відносин свідчить про неоднакове змістовне навантаження терміна «майнові відносини» за ГК та ЦК. Крім того, відповідні легальні дефініції в кодексах відсутні, а можуть бути виведені логічним шляхом з перелічених в кодексах ознак¹. Отже, можна стверджувати, що:

1) за першим критерієм (суб'єктним) ці поняття пересікаються (частково збігаються), але не є тотожними. З огляду на це галузева спеціалізація норм про господарські договори повинна відбуватися принаймні в тому сегменті майнових відносин, що знаходяться за межами такого пересічення;

2) характер (сфера) діяльності та взаємне становище учасників відносин як критерії, що використовуються для порівняння, є контрарними, що тягне висновок про певну несумісність понять «майнові відносини» за ЦК та ГК. Іншими словами, порівняння в цій частині могло би бути коректним, зокрема за такими ознаками, як «господарська — негосподарська діяльність», «рівність суб'єктів — субординація суб'єктів» тощо.

Таким чином, оскільки поняття господарських майнових відносин є вужчим, ніж цивільно-правових майнових відносин, предметом регулювання ГК не є ті майнові відносини, що складаються між негосподарючими суб'єктами та між суб'єктами господарювання і негосподарючими

¹ У цивілістичній літературі поширеним є погляд на майнові відносини у сфері товарообігу (економічного обігу) як такі, що відображають і забезпечують рух матеріальних благ у суспільстві, зокрема перехід матеріальних благ від одних осіб до інших, їх використання, споживання (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. Кузнєцової. — 2-е вид., доп. і перероб. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — Кн. 1. — С. 15).

суб'єктами — громадянами¹ (для зручності договори між такими суб'єктами назвемо споживацькими).

Слід звернути увагу і на особливості методу правового регулювання господарського права, оскільки він безпосередньо впливає на формування юридичного режиму окремих груп договорів. Метод правого регулювання, тобто прийоми юридичного впливу та їх сполучення, традиційно вважаються поряд із предметом регулювання однією із заasad систематизації права. Специфіка галузевого методу виражається у правовому статусі суб'єкта, у підставах формування правовідносин, способах визначення їх змісту, юридичних санкціях². Централізація або децентралізація як первісні методи, найпростіші прийоми визначають лише головне у правовому статусі суб'єкта, і в окремих галузях виступають в різних варіаціях, але навіть, будучи представленими в найбільш чистому вигляді (як в цивільному або адміністративному праві), ці первісні прийоми не вичерпують зміст галузевого методу. *Конкретні особливості методу правового регулювання* можуть виражатися у цілому наборі засобів, притаманних кожній галузі права³. У зв'язку з цим слід підтримати позицію В. В. Джуна про те, що визначальною рисою механізму господарського права є органічне поєднання методів субординації та координації в залежності від особливостей *фрагмента предмета регулювання*⁴.

Особливості методів правового регулювання господарських договірних відносин певного виду визначаються тим, наскільки ці відносини обтяжені публічним (соціальним) компонентом. Для окремих господарських договорів із врахуванням їх мети, суб'єктного складу та змісту встановлюється певний правовий режим, в основі якого — обраний

¹ Науково-практичний коментар Господарського кодексу України / Кол. авт.: Г. Л. Знаменський, В. В. Хахулін, В. С. Щербина та ін.; За заг. ред. В. К. Макутова. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — С. 14—15.

² Алексеев С. С. Общая теория права: В 2 т. Т. I. — М.: Юрид. лит., 1981. — С. 296.

³ Проблемы общей теории права и государства: Учебник для вузов / Под общ. ред. члена-корр. РАН, докт. юрид. наук, проф. В. С. Нерсесянца. — М.: Изд. группа НОРМА-ИНФРА-М, 1999. — С. 329.

⁴ Джуна В. В. Нормативний комплекс про неспроможність як підгалузь господарського права // Вісник господарського судочинства. — 2003. — № 1. — С. 140.

метод правового регулювання. І хоча в кожному випадку можна виявити елементи диспозитивності і імперативності, визначальним буде те, яким є співвідношення цих елементів в рамках галузевого методу правового регулювання, яке місце кожного з них по відношенню до інших елементів, яка специфіка форм їх вираження¹.

Так, правовий режим господарських договорів між не підпорядкованими один одному суб'єктами господарювання «по горизонталі», в яких реалізуються, насамперед, приватні інтереси контрагентів, згідно із загальнодозвільним типом правового регулювання формується в основному за рахунок норм—дозволянь (господарсько-правових, цивільно-правових), що впливають із норм-принципів (свободи підприємницької діяльності тощо), і доповнюються як нормами—заборами (зокрема, конкурентного законодавства), так і нормами-приписами, які зобов'язують суб'єктів до визначеного варіанта поведінки (позитивними зобов'язуваннями).

Правовий режим тих господарських договорів, в яких безпосередньо присутній публічний інтерес, зокрема державних контрактів, договорів про передачу державного майна у власність або у користування приватним особам (купівля-продаж в процесі приватизації, оренда, концесія), об'єктивно має відрізнитися від наведеного вище ступенем імперативності, тобто співвідношення дозволянь, заборон та приписів має бути іншим. І в цьому випадку за відсутності спеціальних норм як в самому ГК, так і у відповідних законодавчих актах, застосування загальних положень про цивільно-правові зобов'язання (договірні) може виявитися неефективним, а іноді — і таким, що суперечить меті договору.

Визначаючи сутність господарського договірної права як елемента системи господарського права, ми виходимо з наступного. Під інститутом права, як правило, розуміється сукупність правових норм, яка регулює типові суспільні відношення (різновид суспільних відносин, однорідні суспільні відносини), певні групи однорідних відносин.

¹ Алексеев С. С. Предмет советского гражданского права и метод гражданского-правового регулирования // Антология уральской цивилистики. 1925—1989: Сб. статей. — М.: Статут, 2001. — С. 11.

Правові інститути деякими авторами поділяються на галузеві і міжгалузеві (комплексні, змішані), прості та складні, регулятивні, охоронювальні та закріплювальні або засновницькі¹. Заслугує на увагу також визначення інституту права як такої сукупності норм та механізмів їх реалізації, яка забезпечує достатню повноту та узгодженість регулювання найбільш усталених та функціонально однорідних відносин у системі права². До речі, показовим є те, що в теорії права існування комплексних правових інститутів, які включають норми різної галузевої приналежності, не тільки визнавалося, але й розглядалося як прояв єдності та узгодженості утворюючих систему права норм, що зумовлюється єдністю завдань та цілей правового регулювання³.

Загальнотеоретичне визначення правового інституту використовується і галузевими правовими науками. Визначення цивільно-правового інституту як певної сукупності цивільно-правових норм, що регулюють певну споріднену зовнішньо і внутрішньо категорію цивільно-правових відносин, наведене в одному з новітніх підручників з цивільного права, можна вважати традиційним. Як приклади наводяться інститути купівлі-продажу, найму, схову тощо. Крім того, важливим *інститутом* цивільного права визначається і зобов'язальне право, що охоплює сукупність цивільно-правових норм, які регулюють майнові відносини, що складаються у зв'язку з передачею майна, наданням послуг, виконанням робіт, заподіянням шкоди або безпідставним придбанням майна. Висловлено і думку про доцільність поділу цивільного права на *розділи*, в кожному з яких є загальна та спеціальна частини (як, наприклад, у зобов'язальному праві)⁴.

¹ Общая теория государства и права: Академический курс в 2 т. / Под ред. проф. М. Н. Марченко. — Т. 2. Теория права. — М.: Зерцало, 1998. — С. 233; Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. — М.: Юристъ, 1997. — С. 352.

² Бачило И. Л. Информационное право: Роль и место в системе права Российской Федерации // Государство и право. — 2001. — № 2. — С. 9.

³ Васильев А. М. Система социалистического права. — М.: ВЮЗИ, 1961. — С. 6—7.

⁴ 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. Кузнєцової. — Кн. 1. — С. 29, 30, 625.

Слід сказати, що і в загальній теорії права, і в галузевих дослідженнях піднімалися і деякі спірні питання інституту права. Так, на думку О. Ф. Черданцева, традиційне розуміння інституту права як сукупності правових норм, що регулює однорідні суспільні відносини, є вірним для інститутів особливої частини певної галузі права, але не може бути поширеним на всі інститути її загальної частини. Інститут загальної частини не завжди регулює відносини в цілому, і найчастіше не стосується найбільш суттєвого елемента суспільного відношення — його змісту¹. Для ілюстрації можна було б навести загальні положення про договори, включені в кодифіковані акти (ЦК та ГК), які мають бути співвіднесені з тими сукупностями норм, які кваліфікуються як правові інститути (купівлі-продажу, дарування, найму, схову тощо), адже з формально-логічних позицій очевидно: обсяг поняття «інститут окремого виду договірних зобов'язань» завжди буде меншим за обсяг поняття «інститут цивільно-правового/господарського договору».

І в цивілістиці, і в науці господарського права поки що немає сформованої позиції щодо місця загальних положень про договори в системі норм Цивільного та Господарського кодексів. Раніше значною мірою це пояснювалося відсутністю в Цивільному кодексі УРСР загальних положень про договори, через що виділення як самостійних інститутів норм, присвячених певному, окремому виду договірних зобов'язань було виправданим.

Щоправда, незважаючи на це О. О. Красавчиков свого часу сформулював визначення *інституту цивільно-правового договору* як сукупності юридичних норм цивільного права, що визначає порядок укладення і реалізації договору, умови його дійсності, а також заходи відповідальності та інші санкції, що застосовуються у випадку його невиконання або неналежного виконання. Як зауважував сам автор, цей інститут можна називати договірним правом і за відсутності в законі відповідного терміна та розглядати його як частину зобов'язального права, а норми, які входять до складу договірних прав, в залежності від рівня здійсню-

¹ Черданцев А. Ф. Толкование права и договора: Учеб. пособие для вузов. — М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2003. — С. 37.

ваного ними правового регулювання (родового або видового) поділяти на дві категорії: загальні та спеціальні¹.

Поділ права на галузі, підгалузі, інститути, субінститути, що, слід визнати, до певної міри зберігає ознаки механістичного поділу об'єкта на окремі складові, є найбільш наочним в традиційних (класичних) галузях права, але при дослідженні проблем комплексних галузей права виявляється небезспірним. Так, М. І. Овчинников зауважував, що за існуючої трьохступеневої класифікації юридичних понять «норма права – юридичний інститут – галузь права» розглядати господарський договір, що об'єднує в собі ряд самостійних юридичних інститутів, як юридичний інститут було б логічно невірно. Більше того, визначити місце господарського договору в системі договірного права неможливо навіть за наявності відповідних класифікаційних понять, оскільки такі поняття розраховані на норми права, а господарський договір відноситься до збірних понять².

На сьогодні, враховуючи сучасний нормативний матеріал, з'явилися додаткові підстави для визначення договірного права як інституту.

По-перше, в результаті сучасної кодифікації цивільного та господарського законодавства з'явилися загальні норми про договори, про відсутність яких говорив М. І. Овчинников: загальні положення про договори викладені в окремих главах ЦК, що свідчить про певне виокремлення законодавцем конструкції цивільно-правового договору (дво- або багатостороннього правочину) як з інституту правочину (глава 16 ЦК), так і з загальних положень про зобов'язання (глави 47—53 ЦК). Іншими словами, в цивільному законодавстві договір відмежований від односторонніх правочинів та недоговірних зобов'язань (на відміну від Цивільного кодексу УРСР, в якому норм загального характеру, присвячених саме договору, не було), і можна констатувати наявність правил про збірне поняття цивільно-правово-

¹ Красавчиков О. А. Гражданско-правовой договор: понятие, содержание и функции // Антология уральской цивилистики. 1925—1989: Сб. статей. — М.: Статут, 2001. — С. 168.

² Овчинников Н. И. Понятие и классификация хозяйственных договоров: Учеб. пособие. — Владивосток, 1970. — С. 35.

го договору, певну абстракцію, адже в реальному майновому обороті застосовуються конкретні договірні конструкції (купівлі-продажу, найму тощо), відповідно і зміст книги п'ятої ЦК «Зобов'язальне право» складають саме норми про окремі види договірних зобов'язань. Безсумнівно, що загальні положення про цивільно-правовий договір виконують важливу роль у правовому регулюванні договірних відносин і тоді, коли відсутні спеціальні правила ЦК про окремі види договорів, і тоді, коли укладається договір непоіменований або змішаний.

По-друге, в процесі кодифікації господарського законодавства, яка не мала аналогів в СРСР, також відбулося виокремлення загальних положень про господарські договори: 1) в текст глави 20 ГК було включено правила про порядок укладання господарських договорів, які до внесення змін Законом України від 17 травня 2001 р. до Арбітражного процесуального кодексу України містилися в ст. 10 цього Кодексу, та правила щодо зміни та розірвання господарських договорів, які частково дублюють положення ст. 11 Господарського процесуального кодексу України; 2) шляхом узагальнення достатньо великого законодавчого масиву про окремі види господарських договорів виділено найбільш суттєві вимоги щодо порядку їх укладення, змісту господарських договорів, виконання, відповідальності за невиконання або неналежне виконання.

Узагальнюючою категорією, якою оперує ГК, є господарське зобов'язання, основними видами якого є майново-господарські зобов'язання та організаційно-господарські зобов'язання. Можна стверджувати, що в господарському праві, так само як і в цивільному, в цілому сформоване *зобов'язальне право як підгалузь*, але із своєрідністю її складових, що зумовлено предметом регулювання господарського права. В ГК немає сформованого у вигляді певної сукупності норм інституту угоди (правочину), через що можна стверджувати, що норми глав 16, 17 ЦК про правочини мають загальний характер і для господарського права (за винятком організаційно-господарських відносин, які складаються між підпорядкованими суб'єктами).

Господарське договірне право є складовою господарського зобов'язального права як підгалузі, причому в перспек-

тиві питома вага норм про договори може мати тенденцію до збільшення виходячи із загальної посилки ст. 176 ГК про те, що організаційно-господарські зобов'язання суб'єктів можуть виникати з договору та набувати форми договору. Це обумовлює необхідність розробки теорії організаційних договорів, які знаходяться поза межами цивільного права. Причому особливістю структури господарського договірно-го права як інституту є те, що окремі його елементи розосереджені в різних законодавчих актах (ГК, ЦК, спеціальних законодавчих актах). Господарське договірне право за своєю структурою є складним інститутом, елементами якого виступають загальні положення про господарські договори та окремі договірні інститути, врегульовані ГК та спеціальним законодавством.

Загальні положення про господарські договори мають застосовуватися у тих випадках, коли ГК або будь-яким спеціальним законом не встановлено інших правил для певного виду договору¹. Основне призначення загальних положень про господарські договори полягає у створенні загальних підвалин їх правового режиму та доповненні спеціального правового регулювання окремих видів договорів (у випадку відсутності деталізованих приписів).

Слід акцентувати необхідність розумного розмежування загальних положень про договори таким чином, щоб в ГК знайшли закріплення тільки специфічні, відмінні від суто цивілістичних, об'єктивно виправдані правила про господарські договори. Зокрема, необхідно внести зміни до нор-

¹ Наприклад, при укладенні договорів купівлі-продажу об'єктів приватизації відповідно до ст. 15 Закону України «Про приватизацію державного майна» передбачено конкурентні і неконкурентні способи приватизації майна, що зумовлює особливий порядок укладення відповідних договорів, який не вміщується в алгоритм дій, передбачений ст. 181 ГК, і тим більше не підпадає під традиційну схему «оферта—акцепт», встановлену ЦК. Іншою ілюстрацією витіснення загальної норми спеціальною може бути правове регулювання договору поставки за ГК. За правилами ст. 180 ГК при укладенні господарського договору сторони зобов'язані в будь-якому випадку погодити предмет, ціну та строк дії договору, інакше відповідно до ч. 8 ст. 181 ГК договір повинен вважатися неукладеним, але згідно з ч. 1 ст. 267 ГК, якщо в договорі поставки строк його дії не визначений, він вважається укладеним на один рік.

ми ч. 1 ст. 175 ГК про те, що майнові зобов'язання, що виникають між учасниками господарських відносин, є цивільно-правовими зобов'язаннями і регулюються ЦК України з урахуванням особливостей, передбачених ГК. По-перше, не всі види майнових зобов'язань можуть кваліфікуватися як цивільно-правові з огляду на їх суб'єктний склад та зміст, а, по-друге, господарсько-майнові зобов'язання як особливий вид зобов'язань підлягають спеціальній регламентації (як на рівні ГК, так і інших законодавчих актів), і тільки за її відсутності можна говорити про застосування загальних положень ЦК. З огляду на це пропонується виключити із ч. 1 ст. 175 ГК слова «цивільно-правові зобов'язання» і викласти її в такій редакції: «*Майново-господарськими є зобов'язання... (далі по тексту)*».

У цілому ж вирішення цих та інших проблем розмежування цивільно-правового та господарсько-правового регулювання можливе на основі наукової типології господарських договорів, про що детальніше буде сказано в третьому розділі цієї роботи.

Проведений аналіз дає можливість зробити наступні висновки. *Господарське договірне право як сукупність господарсько-правових норм, що регулюють усі стадії існування договірної зобов'язання, а також включаючи переддоговірну стадію (стадію укладення господарського договору), є складним інститутом господарського права, в якому виділяються загальні положення про договори та спеціальні норми про окремі види господарських договорів.*

Господарське договірне право як елемент системи права в цілому є комплексним інститутом (цілісною нормативною підсистемою комплексного характеру), існування якого зумовлюється спеціалізацією правового регулювання господарських відносин (предметною та функціональною диференціацією, конкретизацією, інтеграцією).

Підхід до господарського договірної права як комплексного інституту в системі права дає можливість виявляти ступінь узгодженості не тільки її окремих елементів як між собою, але й кожного з цих елементів — із цілями правового регулювання відносин, що виникають в сфері господарювання, з огляду на що має вирішуватися і проблема узгодженості (гармонізації) законодавчих актів в цілому.

Генеральна мета, на досягнення якої спрямоване функціонування системи права України як цілісного утворення, виводиться із змісту ст. 1 Конституції України — розбудова України як суверенної, незалежної, демократичної, соціальної, правової держави. І галузева, і функціональна спеціалізація господарсько-правових норм, яка оформилася в процесі кодифікації у Господарський кодекс України, зумовлюється необхідністю забезпечення зростання ділової активності суб'єктів господарювання, розвитку підприємництва і на цій основі підвищення ефективності суспільного виробництва, його соціальної спрямованості відповідно до вимог Конституції України, утвердження суспільного господарського порядку в економічній системі України, сприяння гармонізації її з іншими економічними системами (преамбула ГК). Ця мета має досягатися за допомоги різноманітних правових засобів, в тому числі господарського договору.

Загалом цілі, які досягаються в процесі правового регулювання, поділяються на внутрішні та зовнішні. Внутрішні цілі завжди виражаються в правомірності, тобто законності правових відносин, що виникають. Зовнішні цілі пов'язані із досягненням в процесі правового регулювання конкретного економічного, політичного та іншого ефекту¹. Разом з тим майже непоміченим залишається той факт, що, хоча норми окремих галузей права можуть мати різні цілі правового регулювання, вони залишаються підпорядкованими при цьому певній генеральній цілі-ідеалу². На наш погляд, найближче до вирішення проблеми цілей, що досягаються в процесі правового регулювання, підійшов В. А. Удінцев, який, розглядаючи проблему дуалізму приватного права, співвідносив три поняття — цивільне, торгове і приватне

¹ Нормы советского права: Проблемы теории / Под ред. М. И. Байтина и В. К. Бабаева. — Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1987. — С. 224.

² На цю обставину вказує Лон Ф. Фуллер: проблеми, які виникають внаслідок схильності правових норм та інститутів сприяти досягненню різноманітних цілей, зустрічаються скрізь та спричиняють те, що можна назвати перманентною дилемою правозастосування. Навіть у самому понятті справедливості насправді криється конфлікт, суперечність між протилежними концепціями цілі, якої вона прагне (Фуллер Лон Л. Анатомія права. — К.: Сфера, 1999. — С. 50).

право. При цьому В. А. Удінцев постійно підкреслював, що будь-яке право (публічне, приватне, цивільне, торгове) переслідує єдину основну мету: справедливе врегулювання суспільних відносин. Відповідно, єдність цілі зумовлює єдність засад правового регулювання (аксіом та принципів), які *однакові і для публічного, і для приватного права*. З огляду на це, монізм приватного права — це єдність цілі, якій мають слугувати і цивільне, і торгове право. Але єдність цілі не виключає можливість використання різних засобів для її досягнення. Тому дуалізм приватного права — це дуалізм правових засобів.

Коріння проблеми дуалізму приватного права полягає не у виданні торгових кодексів (ці кодекси є не першопричиною явища, а відображенням об'єктивних конкретно-історичних умов, які його породжують), а у співвідношенні приватних та публічних засад у правовому регулюванні суспільних відносин. В. А. Удінцев доходить висновку про те, що торгове право зближується із правом цивільним, передаючи йому притаманні усьому обороту загальні принципи та угоди, і залишається з окремими винятками та спеціальними інститутами професійної господарської діяльності. Висновок В. А. Удінцева про те, що *підтримка торгово-промислового обороту та захист суспільного інтересу та інтересу третіх осіб є кінцевим результатом розвитку ідеї спеціального торгового права*, і сьогодні звучить актуально¹.

Саме так слід підходити до визначення цілей правового регулювання цивільних та господарських відносин. Причому з позицій логіки такі цілі, особливо тоді, коли вони сформульовані у вигляді норм як суджень, знаходяться у відносинах сумісності (еквівалентності, часткової сумісності або підпорядкованості).

Мета господарського договірної права, як і мета господарського зобов'язального права як підгалузі, безпосередньо в законодавстві не закріплена, але може бути виведена із спільної для всіх підгалузей та інститутів господарського права мети, закріпленої в преамбулі ГК. В кожній з

¹ Удінцев В. А. История обособления торгового права // Удінцев В. А. Избр. тр. по торговому и гражданскому праву. — М.: АО «Центр ЮрИнфоР», 2003. — С. 111.

підгалузей така мета має бути конкретизована з урахуванням особливостей фрагмента тих договірних відносин, які регулюються відповідною сукупністю норм¹. Отже, поряд із загальними цілями господарського права можна визначити і цілі його підгалузей та нормативних підсистем.

Для господарського договірного права такими цілями є: створення сприятливого правового режиму господарських договірних відносин;

забезпечення захисту прав та законних інтересів добросовісної сторони в договірних відносинах;

забезпечення реалізації різноманітних публічних інтересів у господарських договірних відносинах (зокрема, публічних потреб в товарах, роботах, послугах, підвищення ефективності використання державного і комунального майна та забезпечення потреб громадян України в товарах, роботах, послугах та ін.);

забезпечення захисту слабкішого контрагента від зловживання правом економічно сильнішими суб'єктами господарювання, органами державної влади та органами місцевого самоврядування, наділеними господарською компетенцією.

1.4. Структура господарського договірного права України

Процеси спеціалізації права зумовлюють не лише існування господарського договірного права як певної системи норм, але й ієрархічність його нормативної структурованості (побудови). Аналіз структури господарського договірного права як комплексного інституту потребує звернення і до норм цивільного законодавства, адже результатом правової диференціації та інтеграції, який втілюється у

¹ Так, В. В. Джунем виділено цілі інституту неспроможності: задоволення вимог кредиторів (як приватних, так і органів стягнення обов'язкових платежів) як визначальна об'єктивна мета; стабілізація цивільного майнового обороту та руху платежів до державного бюджету; відновлення платоспроможності суб'єктів як субсидіарна мета (Джунь В. В. Нормативний комплекс про неспроможність як підгалузь господарського права // Вісник господарського судочинства. — 2003. — № 1. — С. 142).

відповідні законодавчі приписи, є те, що норми ГК про господарські договори, взаємодіючи із загальними положеннями ЦК про правочини, договори та зобов'язання, утворюють єдиний регулятор договірних відносин у сфері господарювання¹.

У господарському договірному праві як комплексному інституті в системі права можна виділити пов'язані між собою функціональними зв'язками різногалузеві групи норм, дія яких поширюється на господарські договори, а саме:

норми ГК загального характеру, які регулюють господарські зобов'язання та господарські договори за відсутності інших спеціальних законодавчих приписів;

спеціальні норми господарського законодавства, які регулюють договірні відносини певного виду із врахуванням їх особливостей;

спеціалізовані норми ГК, які не є самостійною нормативною основою для виникнення правовідносин, а утворюють єдиний регулятор лише у сукупності із регулятивними та охоронними нормами (норми-дефініції, декларативні норми або норми-принципи, оперативні норми)².

Комплексний характер господарського договірного права визначає й те, що загальні норми ЦК про правочини, зобов'язання та про договори поширюють свою дію на господарські договори за відсутності спеціальних приписів ГК та інших законодавчих актів.

Внутрішня єдність норм національної системи права зумовлює наявність структурних, генетичних та функціональних зв'язків господарського договірного права як із цивільним правом та господарсько-правовими галузевими інститутами, так із компонентами правової системи в цілому³.

¹ Інакше слід було б обмежитися процесами конкретизації в праві і говорити про структуру господарського договірного права як про ієрархію норм ГК та спеціальних законодавчих актів, які регулюють господарські договори.

² *Фаршатов И. А.* Специализированные и специальные нормы права // Государство и право. — 2003. — № 6. — С. 22—28; *Черданцев А. Ф.* Толкование права и договора: Учеб. пособие для вузов. — М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2003. — С. 41—47.

³ Через це ідея протиставлення господарського та цивільного права уявляється такою, що фактично заперечує єдність норм права як системи.

За функціональною роллю в механізмі правового регулювання норми господарського договірнього права можна поділити на *вихідні* правові норми та *безпосередньо регулятивні* (або норми-правила поведінки).

Вихідні правові норми, які спрямовують правове регулювання господарських договорів (норми-засади, норми-принципи, норми-настанови), складають основу структури господарського договірнього права. Причому слід підкреслити, що вихідні норми завжди є нормами імперативними. На формування їх змісту впливають норми-засади Конституції України, що визначають основи правопорядку в економічній системі України. В сукупності правових норм, що регулюють господарські договірні відносини, як складовій системи права України відображені положення Конституції України про економічну багатоманітність як одну із засад суспільного життя в Україні, захист усіх прав суб'єктів права власності та господарювання, право на підприємницьку діяльність, не заборонену законом, та ін. (статті 13, 15, 42 Конституції).

Домінування загальнодозвільного типу правового регулювання породжує ускладнення завдань, які повинні вирішуватися законодавцем при формулюванні відповідних норм, адже в умовах панування принципу свободи підприємницької діяльності, плюралізму форм власності та організаційно-правових форм суб'єктів господарювання право в цілому так чи інакше повинно досягати мети свого існування — створення «замиреного» середовища у суспільстві. Специфіка норм-засад полягає у багатоступінчастому втіленні їх у життя. По-перше, в більшості випадків для досягнення регулятивного ефекту вони потребують переведення на рівень безпосередніх нормативних приписів, що досягається правотворчістю та за необхідності правороз'ясненням (тлумаченням). По-друге, вони втілюються в практику реальних правових відносин через акти дотримання, виконання, використання та застосування права.

Важливо, що із прийняттям ГК розосереджені в різних статтях Конституції України норми-засади зведені законодавцем в ст. 5 ГК «Конституційні основи правопорядку в сфері господарювання», завдяки чому створений цілісний правовий «фон» регулювання господарських відносин. До концептуальних, вихідних норм-засад господарського договірнього права відноситься положення ч. 1 ст. 5 ГК про те,

що правопорядок у сфері господарювання можливий лише на основі оптимального поєднання ринкової саморегуляції економічних відносин суб'єктів господарювання (в тому числі договірної саморегуляції. — О. Б.) та державного регулювання макроекономічних процесів. Очевидно, що ці норми-засади повинні впливати на формування не тільки інших вихідних норм, насамперед норм-принципів, але й норм-правил (регулятивних та охоронювальних). Слід також звернути увагу на те, що окремі норми-засади виступають основою загальнорегулятивних правових відносин, які не мають чіткої індивідуалізації (наприклад, конкуренційні відносини).

На окрему увагу заслуговує питання норм-принципів господарського договірної права. На відміну від норм-засад норми-принципи відрізняються більшим ступенем деталізації та формалізації, впливають на юридичну практику як опосередковано (при застосуванні їх як керівних ідей правосвідомості), так і безпосередньо як законодавчо закріплені конкретні юридичні приписи, що зближує їх з нормами-правилами поведінки (регуляторами)¹.

У цілому принципи права не тільки слугують орієнтиром у формуванні змісту позитивного права і задають напрям правореалізації та правозастосування, але й самі піддаються трансформації в результаті усвідомлення законодавцем нагальних та стратегічних потреб суспільства².

¹ Нормы советского права: Проблемы теории / Под ред. М. И. Байтина и В. К. Бабаева. — Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1987. — С. 229—230. У літературі була висловлена й інша думка стосовно того, що принципи права безпосередньо не регулюють суспільні відносини, а лише містять в собі основи правового регулювання (*Витченко А. М. Механизм правового регулирования социалистических общественных отношений, его понятие и структура // Вопросы теории государства и права: Сб. статей под ред. М. И. Байтина. Вып. 1. — Саратов, 1968. — С. 81*).

² Юриспруденція, говорить М. Вебер, встановлює, що є значимим. Правові принципи і певні методи їх тлумачення від самого початку визнаються як обов'язкові. Чи повинно існувати право і чи повинні бути саме такі, а не інші правила — на ці питання юриспруденція відповіді не дає. Вона може лише вказати, що, коли очікують певного результату (курсів наш. — О. Б.), то ось такий правовий принцип відповідно до норм нашого правового мислення буде найкращим засобом його досягнення (*Вебер М. Про внутрішнє покликання до науки // Вебер М. Соціологія: Загальноісторичні аналізи. Політика. — К.: Основи, 1998. — С. 323*).

Значною мірою під впливом принципів господарського права формуються і необхідні мотиви поведінки суб'єктів. При високому рівні спеціалізації, що властива розвиненій правовій системі, принципи права, як і загальні дозволи та заборони, є носіями інтеграційного в цій системі, причому такі специфічні нормативні явища не тільки не мають своєї структури, але не завжди закріплюються в нормі-приписі¹.

Аксіоматичним і з філософської, і з правової точок зору є те, що принципи (від лат. *principium* – основа, засада, першопричина, походження) як керівні ідеї характеризуються абстрактною загальністю, причому такою, що безпосередньо пов'язана із сутністю явищ та процесів, є усталеною та слугує вихідним пунктом пояснень або керівництвом до дій. Принципи права в цілому і окремих галузях права зокрема відносяться до числа юридичних закономірностей. При цьому правові принципи розуміються як категорії правосвідомості, а принципи права — як сукупність правових принципів, що закріплені в системі чинних норм права².

Можна стверджувати, що еволюція права спрямовується від ідей до правових принципів, які, фіксуючись в правових нормах, набувають статусу принципів права і через реалізацію цих норм втілюються у суспільну практику. З точки зору походження не всі принципи, зафіксовані в нормах чинного законодавства, можуть визнаватися правовими (у спеціально-юридичному значенні), що передбачає застосування адекватних методів їх дослідження. Зокрема, принцип правової рівності повністю визначається формально-правовими категоріями (як, зокрема, в ст. 21 Конституції України: «Усі люди є вільні і рівні у своїй гідності та правах»), але цією конституційною нормою не описується і не може бути описана рівність в правах суб'єктів права, що діють у певних організаційно-правових формах та займаються тим чи іншим видом діяльності.

У сучасний період проблематика принципів господарського права як керівних засад, що визначають характер

¹ Алексеев С. С. Общая теория права: В 2 т. Т. II. — М.: Юрид. лит., 1982. — С. 51.

² Сырых В. М. Логические основания общей теории права: В 2 т. Т. 1: Элементный состав. — М.: Юридический Дом «Юстицинформ», 2000. — С. 63.

правового регулювання відповідних відносин, на рівні окремих наукових досліджень не знайшла висвітлення, хоча така необхідність є очевидною, оскільки в сучасних умовах принципи права набувають самостійного регулятивного значення і слугують основою правозастосування, в тому числі і для заповнення лакун у законодавстві¹. В навчальній літературі принципи господарського права розглядаються в контексті конституційних основ правопорядку в сфері господарювання та загальних принципів господарювання, закріплених в статтях 5 та 6 ГК².

У господарському договірному праві як інституті господарського права віддзеркалюються всі основні засади нормативної регламентації господарської діяльності, методи та форми державного впливу на суб'єктів господарювання. Оскільки питання принципів господарського права виходить за межі цього дослідження, ми будемо виходити з того, що принципами господарського права є, насамперед, конституційні норми як вихідні начала, які конкретизуються в господарському праві: принцип верховенства права (ст. 8 Конституції), забезпечення захисту всіх суб'єктів господарювання та соціальної спрямованості економіки (ст. 13 Конституції), економічної багатоманітності (ст. 15 Конституції), правового порядку в Україні (стаття 19 Конституції), захист конкуренції у підприємницькій діяльності, недопущення зловживання монопольним становищем на ринку, неправомірного обмеження конкуренції та недобросовісної конкуренції, захист прав споживачів (ст. 42 Конституції).

У ГК принципи, на яких ґрунтується правова регламентація господарських договірних відносин, окремо не визна-

¹ У радянський період принципами господарського права визначалися єдність політичного та господарського керівництва, соціалістична власність як основа господарювання, демократичний централізм, плановість, господарський розрахунок, законність в господарській діяльності (Лантев В. В. Предмет и система хозяйственного права. — М.: Юрид. лит., 1969. — С. 72). Очевидно, що в умовах побудови принципово іншої економічної системи деякі з цих принципів втратили своє значення, інші — порівняно із радянським періодом — докорінно змінилися. Можна констатувати, що проблематика принципів господарського права ще очікує на ґрунтовне дослідження.

² Хозяйственное право: Учебник / В. К. Макутов, Г. Л. Знаменский, В. В. Хахулин и др.; Под ред. В. К. Макутова. — К.: Юринком Интер, 2002. — С. 27.

чені. Тому *є*систему принципів господарського договірного права, на яких повинні ґрунтуватися інші норми про господарські договори, складають: зазначені вище *конституційні принципи* в сфері господарювання, *міжгалузеві та галузеві загальні принципи*¹.

На наш погляд, для виділення *системи самостійних (інституційних)* принципів господарського договірного права немає достатніх підстав. Оскільки ми говоримо про комплексний характер цього інституту, то, скоріше, слід виявити особливості дії принципів цивільно-правових договорів у господарських договірних відносинах. Дія принципів цивільного права, які із врахуванням спеціалізації права можуть визначатися як міжгалузеві, у сфері господарських договірних відносин переломлюються крізь призму загальних засад господарського права, і, в першу чергу, це стосується принципу свободи договору. В такому сенсі інституційним принципом господарського права виступає *принцип обмеження свободи договору у передбачених законом випадках*.

Оскільки ми раніше зверталися до проблеми договірної свободи та її обмежень у господарському праві², зупинимося лише на окремих аспектах договірної свободи.

Філософи та правознавці доклали чимало зусиль з тим, аби визначитися із концепцією особистої та політичної свободи³,

¹ У літературі зверталася увага на те, що логічна правова абстракція «принципи права» конкретизується через основні (загальні) принципи і розгортається у функціональний понятійний ряд «міжгалузеві принципи—галузеві принципи—інституційні принципи» (Васильєв А. М. Правовые категории: Методологические разработки системы категорий теории права. — М.: Юрид. лит., 1976. — С. 226).

² *Беляневич О. А.* Про договірну свободу у господарських відносинах // Держава і право. Щорічник наукових праць молодих вчених. — К., 1999. — Вип. 2. — С. 205—211; *Беляневич О. А.* Господарський договір та способи його укладання. — К.: Наукова думка, 2002. — 280 с.

³ Примітна обставина: в англ. мові терміну «свобода» відповідають «liberty» та «freedom». Як зазначає Б. Рассел стосовно «liberty», свобода особистості повинна поважатися, якщо дії індивіда не спричиняють — прямо, вочевидь та безспірно шкоди іншим особам. *Уся сфера власницьких спонукань та пов'язаного з ними застосування сили в інтересах свободи не менше, ніж в інтересах правосуддя, потребує контролю з боку нейтральної суспільної влади. В межах країни такою суспільною владою, природно, є держава* (курсив наш. — О. Б.). Натомість, «freedom» розуміється як свобода наших думок, з якої виростає цілий світ мистецтва, філософії та розуміння краси (*Рассел Бертран.* Философский словарь разума, материи и морали / Пер. с англ. — К.: Port-Royal, 1996. — С. 251, 252).

проте, як справедливо зауважує Л. фон Мізес, концепція свободи має сенс лише тією мірою, якою вона відноситься до стосунків між людьми, а термін «свобода» набуває значення лише в рамках суспільної системи. Як термін праксеології свобода належить до сфери, в межах якої діючий індивід в змозі обирати між альтернативними способами поведінки¹. З позицій праксеології договірний акт суб'єктів як інструмент досягнення визначених ними цілей є, по суті, завжди актом самообмеження, оскільки кожен з цих суб'єктів добровільно бере на себе виконання певних суб'єктивних обов'язків в обмін на задоволення своїх потреб у певних благах. Причому особа одночасно не може отримувати вигоди, що здобуваються через співробітництво на основі розподілу праці у суспільстві, та від зловживання поведінкою, яке неминуче веде до розпаду суспільства. Особа повинна обирати між дотриманням певних правил, що роблять можливим життя у суспільстві, та «життям у небезпеці» у стані нескінченних воєнних дій між незалежними індивідами².

Діючий суб'єкт реагує на обставини не тільки відповідно до знання реальної дійсності в певний момент його існування, але й залучаючи (актуалізуючи) соціальний досвід, який накопичений історично, минулими поколіннями та засвоєний суб'єктом у процесі соціалізації. Суб'єктивна свобода в такому випадку означає ніщо інше, як здатність обирати ті чи інші програми дії, мірила відносин та ролі, напрацьовані суспільством, та використовувати їх у відповідності з індивідуальними здібностями та схильностями³. Однаковою мірою це стосується і суб'єкта господарювання.

Філософська за походженням категорія свободи, будучи закріпленою в нормах права, не може бути витлумачена

¹ У філософській літературі свого часу було наведено вражаючий факт: кількість ступенів свободи в масштабі людського мозку з трудом може бути описана цифрою довжиною в 9,5 млн км. Саме така кількість ступенів свободи і є тією нескінченною клавіатурою, на якій розігруються сотні мільйонів різних мелодій — індивідуальних операцій та активів поведінки (Анохин П. К. *Философские аспекты теории функциональной системы*. — *Вопр. философии*, 1971. — № 3. — С. 57).

² *Мизес Людвиг фон*. *Человеческая деятельность: трактат по экономической теории*. — С. 264, 265.

³ *Плахов В. Д.* *Социальные нормы: философские основания общей теории*. — М.: Мысль, 1985. — С. 100.

однозначно та вичерпно, через що законодавець змушений вдаватися до правової формалізації *тільки окремих складових* цього поняття — або через перелік правомочностей, або через встановлення відповідних імперативних приписів, які визначають у такому випадку «фізичну протяжність» цієї свободи. З огляду на це правовий принцип громадянського суспільства «громадянам (підданам) дозволено все, що не заборонено законом», який нерозривно пов'язаний із правилом «незнання офіційно оприлюдненого закону не звільняє від відповідальності за його порушення», визначає низку аспектів співвідношення свободи та права.

Формалізація принципу свободи договору, тобто нормативне закріплення та розкриття його змісту в ЦК, породжує тенденцію до його абсолютизації та перетворення його на правову аксіому, тобто самоочевидну істину, яка не потребує доведення і відображає вже встановлене і достовірне знання. В літературі доводилося, що правові аксіоми як своєрідні соціальні регулятори, специфічні різновиди принципів напрацьовуються протягом тривалого розвитку юридичної теорії та практики і відіграють важливу регулятивну, прикладну та пізнавальну роль¹. Разом з тим, як зазначає Р. Лукич, аксіоми як самоочевидні положення не виводяться із досвіду, до них доходять в результаті інтелектуальних операцій, але вони не є і апіорними, оскільки не обов'язково передують досвіду. До того ж досить часто проголошуються аксіоматичними такі положення, які не є самоочевидними для всіх і які слід доводити². Можна припустити, що правова аксіома в багатьох випадках виконує роль «попередника» правового принципу, але й не всі правові аксіоми обов'язково перетворюються на норми-принципи (позитивістсько-юридичні феномени), зважаючи на посту-

¹ Прикладом правових аксіом називають, зокрема, наступні: «не можна бути суддею у своїй справі», «нехай буде вислуханою інша сторона», «закон не має зворотної сили» та ін. (Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. — М.: Юристъ, 1997. — С. 308, 310). Ми могли б продовжити цей ряд, насамперед, аксіомою *pacta sunt servanda* (договори повинні виконуватися). Очевидно, що значна частина правових аксіом прийшла до нас із законодавства минулих сторіч, насамперед Давнього Риму.

² Лукич Р. *Методология права*. — М.: Прогресс, 1981. — С. 77.

повий розвиток суспільства і ускладнення суспільних відносин у різних сферах діяльності членів суспільства. Одними з універсальних правових аксіом залишаються справедливість, розумність та добросовісність, різниця полягає лише в тому, наскільки ці засади, закладені в матерію галузевих норм, безпосередньо регулюють поведінку суб'єктів у певних правовідносинах.

Ми переконані у тому, що принцип свободи договору в сучасних умовах не може претендувати на аксіоматичність та абсолютний характер¹. Цей принцип, закладений в цивілістичну нормативно-правову матерію, діє не самі по собі, а через відповідну юридичну норму та/або через акти правореалізації та правозастосування. Якщо системно витлумачити положення ЦК про свободу договору (статей 6, 627), то свобода договору виявляється урізаною цілою низкою імперативних норм (зокрема, статей 203, 215, 628, 633, 634 ЦК). Ці норми «розпорошені» по тексту ЦК, проте всі вони, як уявляється, значною мірою засновані на положеннях ст. 13 ЦК «Межі здійснення цивільних прав», яку можна було б назвати стрижневою, концептуальною, адже використання цивільних прав з метою неправомірного обмеження конкуренції, зловживання монопольним становищем, недобросовісна конкуренція, недодержання моральних засад суспільства тягнуть за собою можливість відмови у судовому захисті цивільних прав та інтересів особи (ч. 3 ст. 16 ЦК).

Проголошена в новому ЦК свобода договору значною мірою є даниною цивілістичній традиції, започаткованій західноєвропейським законодавцем на початку ХІХ ст., і в сучасних соціально-економічних умовах України в цілому відображує лібералізацію її правової системи. Проте досвід Заходу свідчить, що ліберальне законодавство про договори наразі поступається місцем суворо структурованому, орієнтованому на соціальну державу договірному праву, і в реальності свобода договору стає скоріше винятком, а його

¹ Не беззаперечною є й аксіома про рівність усіх суб'єктів права, оскільки такою можна вважати лише формальну (юридичну) — матеріально-правову або процесуальну — рівність. Так само некоректно говорити про рівність усіх форм власності, а лише про рівні можливості захисту різних форм власності.

змістовна «визначеність» — правилом¹. Не випадково в деяких дослідженнях правознавців висловлюється думка щодо заміни або доповнення принципу свободи принципом справедливості договору² або принципом сумірності (пропорційності)³.

Слід сказати, що принцип пропорційності фактично був визнаний Судом ЄС загальноєвропейським принципом права і закріплений у Договорі про заснування Європейського співтовариства (§ 3 ст. 5, раніше — ст. 3b): «Будь-які дії Співтовариства не повинні йти далі того, що є необхідним для досягнення мети цього Договору». Відповідно до принципу пропорційності органи влади не можуть покладати на громадян такі зобов'язання, що перевищують встановлені межі необхідності, яка витікає із публічного інтересу, для досягнення цілі будь-якого заходу. Якщо встановлені заходи явно не пропорційні цілям, такі заходи мають бути анульовані. Це передбачає наявність розумного співвідношен-

¹ *Зеккер Франц Юрген. Общие основы частного права (Проблемы гражданского и предпринимательского права Германии / Пер. с нем. — М.: БЕК, 2001. — С. 3. Співзвучне цьому і відоме твердження В. Ансона: «Свобода договору є розумним суспільним ідеалом лише тією мірою, якою можна передбачати рівність сил при укладенні угод контрагентами умови, що не заподіюється шкода економічним інтересам суспільства в цілому. В більш складних суспільних і промислових умовах колективного суспільства вона перестала мати свою ідеалістичну привабливість. У наш час зрозуміло, що рівності в прямому смислі часто не існує і що індивідуальні інтереси повинні підпорядковуватися інтересам суспільства. Тому відбулися докорінні зміни як в суспільній оцінці договору, так і в політиці законодавця по відношенню до нього, і право сьогодні багато в чому перешкоджає свободі сторін укладати договір на їх власний розсуд» (Ансон В. Договорное право / Пер. с англ. — М.: Юрид. лит., 1984. — С. 15). Як зазначає Г. Дж. Берман, на Заході спостерігається поворот до колективізму в праві, до державної та суспільної власності, до регулювання договірної свободи в інтересах суспільства, до розширення відповідальності за шкоду, заподіяну підприємницькою діяльністю (Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования / Пер. с англ. — М.: Изд-во МГУ, 1994. — С. 51).*

² *Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2 т. Т. 2 / Пер. с нем. — М.: Международные отношения, 1998. — С. 16—19.*

³ *Дедов Д. И. Общеправовой принцип соразмерности и ограничение свободы предпринимательства // Вестник Московского университета, 2002. — № 6. — С. 22—36. — (Сер. 11, Право).*

ня між цілями та засобами їх досягнення. Водночас під цим розуміється, що обрані розумні засоби, які повинні забезпечити досягнення цілі, і що шкода для тих, чиї інтереси порушуються, не повинна бути не пропорційній результату отриманому в публічних інтересах¹.

У літературі висловлено пропозицію автономно закріпити в ГК принцип свободи договору з обов'язковим розкриттям його обсягу². Очевидно, слід було б уточнити, в чому полягає така автономність — від принципу свободи договору, зафіксованого в ст. 627 ЦК, чи від інших принципів господарських договорів. Попри зовнішню привабливість, така позиція викликає низку заперечень. По-перше, законодавець повинен у спеціальному законі, яким є Господарський кодекс, очевидно, зафіксувати не тільки і не стільки правові засоби *закріплення* свободи договору (у вигляді норм-принципів та диспозитивних норм), скільки її *обмеження* (імперативні норми). Зважаючи на нормативний матеріал, наявний в ГК, можна сказати, що такі обмеження в кодексі присутні, а в деяких випадках — надміру і безпідставно (зокрема, це стосується вимог ст. 198 ГК про валюту грошових зобов'язань). По-друге, вказівка ст. 175 ГК на застосування до майнових зобов'язань, що виникають між учасниками господарських відносин, норм ЦК вже орієнтує на те, що принцип свободи договору, який відображено в ст. 627 ЦК, повинен тлумачитися в цілому однаково і для господарських договірних відносин. Закріплення в ГК принципу свободи договору буде дублюванням положень загального закону, що з точки зору законодавчої техніки навряд чи виправдане.

Вважаємо, що в ГК, який повинен встановлювати саме особливості у правовому регулюванні господарських договорів, повинні бути зафіксовані та упорядковані до оптимального стану саме обмеження цього принципу для тих господарських договорів, які мають соціальну спрямованість (обтяжені публічним компонентом) і для яких за-

¹ Хартли Т. К. Основы права Европейского сообщества / Пер. с англ. — М.: Закон и право, ЮНИТИ, 1998. — С. 161.

² Мілаш В. Принцип свободи підприємницького комерційного договору // Право України. — 2005. — № 2. — С. 39.

конодавством встановлений особливий правовий режим (зокрема, такі обмеження повинні бути закладені в законодавчих актах, які регулюють планові господарські договори — державні контракти).

Отже, для потреб правореалізації та правозастосування важливо визначити, як співвідноситься цивілістичний принцип свободи договору та засади регулювання договірних відносин, встановлені ГЖ, оскільки останні, як уявляється, не конфліктують із принципом договірної свободи, а доповнюють, конкретизують його відповідно до особливостей сфери господарювання¹. При розгляді господарського спору, що виник з договірних/переддоговірних відносин, суд має застосувати принципи свободи договору в усіх тих випадках, коли сторони змодельювали свої відносини на власний розсуд, не порушивши при цьому нормативні заборони або позитивні зобов'язування, в тому числі у випадках, коли закон «мовчить», адже застосування принципів права має значення не тільки для інтерпретації норм закону, але в значно більшому ступені — для згладжування «правової пустоти»².

Загалом обмежувачі договірної свободи в сфері господарювання знаходяться в різних площинах:

1) нормативно-правовій, де вони об'єктивовані у нормах законодавства і існують у вигляді імперативних приписів (заборон або позитивних зобов'язувань). Їх правомірність можна спростувати лише у встановленому законодавством порядку, зокрема шляхом звернення до господарського суду із позовом про визнання недійсним акта державного органу

¹ На необхідність обмеження принципу свободи договору звертається увага і в цивілістичній літературі. Так, розглядаючи питання виключних прав, В. А. Дозорцев зазначає, що у взаємовідносинах автора із підприємцем перший є слабкішою стороною і захистити його інтереси може тільки держава. З цією метою припустимим є обмеження державою «свободи» договору, коли автор формально добровільно, а фактично під економічним тиском йде на обмеження своїх прав. У цьому випадку закон має виключити умови договору, які можуть ущемляти інтереси автора (Дозорцев В. А. Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации: Сб. статей / Исслед. центр частного права. — М.: Статут, 2003. — С. 25).

² Бертель Ж.-Л. Общая теория права / Под общ. ред. В. И. Даниленко / Пер. с фр. — М.: Издательский дом NOTA BENE, 2000. — С. 180—181.

або шляхом звернення до Конституційного Суду України з приводу конституційності законів та інших правових актів Верховної Ради України, актів Президента України, актів Кабінету Міністрів України, правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим;

2) позаюридичній, в якій вони існують у неформалізованому вигляді як певні загальні ідеї («правила чесної поведінки», «принципи гуманності та моралі» тощо), яких мають дотримуватися усі учасники господарських правовідносин. Ці обмежувачі або безпосередньо існують у свідомості учасника договірних відносин або інтерпретуються судом при здійсненні правосуддя, наповнюючись конкретним змістом з урахуванням обставин конкретного спору.

У зв'язку з цим слід сказати, що будь-який закон, визначаючи можливість суб'єкта діяти на власний розсуд, виступає і «обмежувачем» його поведінки, межа якого проходить по лінії «імператив» — «диспозитив». Причому не можна стверджувати, що імперативи знаходяться «на варті» лише інтересів держави або інтересів суспільства, адже вони мають за мету також захист приватного інтересу окремої особи (юридичної або фізичної).

Недоліком сучасної кодифікації господарського законодавства є те, що обмеження договірної свободи у договірних відносинах за участю держави, тобто обтяжених публічним компонентом, не знайшли належного закріплення в ГК, за винятком деяких відсилочних норм (зокрема, статей 146, 408 ГК), у той час як саме в таких договорах вона звужується найбільш наочно.

Як свідчить аналіз чинного законодавства, в договірних відносинах за участю держави (насамперед, купівлі-продажу об'єктів приватизації, оренди державного майна, концесії, поставки продукції для державних потреб) принцип свободи договору діє нерівномірно, а саме:

він виключається для державних органів, що виконують відповідні функції у договірних відносинах (продавця державного майна, орендодавця, концесієдавця, державного замовника) в межах компетенції, визначеної законодавчо;

він виключається для суб'єктів господарювання, які зобов'язані в силу закону укладати відповідні договори із врахуванням застережень, встановлених законом (зокрема,

укладання державного контракту є обов'язковим для визначених Законом «Про поставки продукції для державних потреб» виконавців державного замовлення за умови, що виконання державного замовлення не спричиняє їм збитків).

Для суб'єктів господарювання, що не зобов'язані укладати договори певного виду (зокрема, державні контракти), але добровільно вступають у такі договірні відносини, свобода договору в основному починається і закінчується на стадії укладення договору з огляду на спеціальний правовий режим таких договорів, оскільки в цьому випадку впливати на зміст такого договору, зміну його умов або розірвання суб'єкт господарювання може лише обмежено.

Не обтяжені публічним компонентом договірні відносини формально рівних суб'єктів господарювання, які встановлюються на їх власний розсуд, теоретично ґрунтуються на принципах, визначених ЦК. Враховуючи сучасні економічні реалії, можна стверджувати, що в абсолютному вигляді принцип свободи договору діяв би тільки тоді, коли сторони договору були б рівними не тільки з формально-правової точки зору, але й економічно, і до того ж — за відсутності спеціального порівняно із ЦК регулювання¹.

Основний масив господарського договірного права складають норми-правила поведінки, тобто безпосередні регулятори суспільних відносин. Такі норми виступають передумовою виникнення конкретного регулятивного правовідношення, в якому сторони персоніфіковані, а їх права та обов'язки конкретизовані. З точки зору спеціалізації права регулятивні норми господарського договірного права як складного інституту поділяються на загальні і спеціальні. Під спеціальною нормою розуміється державний припис — результат правової спеціалізації, що встановлюється з метою конкретизації та деталізації, врахування своєрідності та особливостей певного виду (підвиду) сус-

¹ Наявність «ринкової влади» у однієї із сторін а priori зумовлює вірогідність зловживання нею (нав'язування умов договору, невігідних контрагенту, часткової або повної відмови від придбання або реалізації товару за відсутності альтернативних джерел реалізації чи придбання тощо).

пільних відносин, рід яких регулюється загальною нормою права¹.

Спеціалізація норм господарського договірнього права виявляється в двох аспектах: *міжгалузевому* (в контексті існування загальних норм ЦК та спеціальних господарсько-правових) і *внутрішньогалузевому* (спеціалізація господарсько-правових норм в рамках галузі господарського права). Власне проблема співвідношення загального та спеціального закону є ключовою для розмежування предметів регулювання Господарського та Цивільного кодексу, хоча в господарському договірному праві вона виявляється найбільш рельєфно, зважаючи на обсяг наявного в ЦК нормативного матеріалу про договірні зобов'язання. Вище вже зверталася увага, що в контексті спеціалізації права ми розглядаємо її з точки зору того, що норми цивільного права як «носії» інтегративного в регулюванні майнового обороту співвідносяться із нормами господарського права як загальні та спеціальні. І хоча в загальнотеоретичному плані співвідношення норм комплексних галузей (спеціальних норм) із загальними моногалузевими нормами залишається недостатньо дослідженим, власне як і проблематика комплексних галузей в цілому, проблема співвідношення загальної та спеціальної норми господарського договірнього права в цій роботі спеціально обговорюватися не буде. Правило *lex specialis derogate generali* сприймається нами як таке, що не потребує доведення.

Разом з тим питання про співвідношення загальних та спеціальних норм може і повинно бути поставлено також в

¹ М. І. Сенякін подає такі характеристики спеціальних норм: 1) їх виникнення є результатом соціально-економічної обумовленості спеціалізації правового регулювання суспільних відносин; 2) вони мають похідний характер від загальних приписів та функціонують у зв'язку із загальними нормами; 3) регулюють конкретні видові відносини; 4) є нормативною основою поділу галузі на загальну та спеціальну частини; 5) мають регулятивний характер; 6) їх виділення відображає протилежний уніфікації процес; 7) їх практичне застосування пов'язане із розглядом конкретної справи; 8) мають особливості структурних елементів (зокрема, гіпотеза таких норм найчастіше визначена, казуїстична, альтернативно-складна) (Сенякин И. Н. Специальные нормы советского права. — С. 41—46, 54).

рамках виділення в певній галузі права загальної та особливої частини. В літературі в цілому позитивно вирішується питання про те, чи можна норми особливої частини вважати спеціальними, хоча при цьому і зазначається, що норми особливої частини не можна звести тільки до спеціальних¹. Загальні норми притаманні загальній частині галузі права та поширюють свою дію на всі або більшість галузевих інститутів. Спеціальні норми відносяться до окремих галузевих інститутів та регулюють вид родових суспільних відносин із врахуванням їх особливостей.

Зважаючи на це, в господарському договірному праві як інституті господарського права може бути виділена загальна частина та особлива частина. До *загальної частини* мають включатися загальні норми ГК, що встановлюють уніфіковані правила про господарські договори незалежно від їх виду. Такі норми, які можуть бути названі *основними* або *генеральними*, доповнюються у передбачених ГК випадках загальними нормами цивільного права про зобов'язання та договори. Для формування цілісної концепції загальної частини господарського договірного права, яка на цей час не тільки повністю не сформована і не упорядкована, але й залишається однією з найменш розроблених тем в теорії господарського права, необхідним є переосмислення, обґрунтування та подальший розвиток, насамперед, теорії організаційного господарського договору та теорії господарських договорів за участю держави (договорів у сфері державного господарювання), важливим видом яких залишаються планові господарські договори².

¹ Як ілюстрації наводяться норми глави 30 ЦК Російської Федерації, де вміщено загальні положення про договори купівлі-продажу, які стосуються особливостей роздрібною купівлі-продажу, поставки товарів для державних потреб, контрактації та інших, які за своїм характером є спеціалізованими або спеціальними. Заслуговує на увагу припущення, що в кодифікованих актах загальні норми виділяються не лише із загальної частини, але й особливої — так звані «вторинні загальні норми окремих «інститутів» (Фаршатов И. А. Специализированные и специальные нормы права // Государство и право. — 2003. — № 6. — С. 26, 27). В українському законодавстві прикладом таких норм можуть бути положення ЦК про найм (оренду), які виступають в ролі вторинних загальних норм по відношенню до норм ГК про оренду, які деталізуються в спеціальних нормах, зокрема Закону «Про оренду державного та комунального майна».

² Детальніше ці питання будуть розглянуті в третьому розділі цієї роботи.

Виділення у господарському договірному праві особливості частини пов'язується із такою формою спеціалізації права, як конкретизація. Якщо диференціація слугує відображенням «розподілу праці» між окремими галузями права, а уніфікація (інтеграція) — техніко-юридичній «економічності» правового регулювання, то конкретизація спрямовується на поглиблення правового регулювання господарських договорів на окремих ділянках господарських відносин. Сутність правової конкретизації полягає в тому, що, регламентуючи певне суспільне відношення за допомогою загальної норми, законодавець намагається передбачити можливі модифікації конкретних відносин. Саме через високу абстракцію загальної норми, що містить в собі множину варіантів поведінки, виникає необхідність виділення із загального припису одного або декількох варіантів поведінки¹. Поглиблення нормативної конкретизації як один із напрямків спеціалізації права зумовлює поділ спеціальних приписів на основні, деталізовані та варіантні², які можуть утворювати асоціації норм, що слугують, в свою чергу, основою формування усталених правових спільностей — правових інститутів та їх об'єднань.

Особливу частину господарського договірного права складають спеціальні деталізовані норми ГК про окремі види договорів, наприклад норми статей 264—271 ГК про поставку, та спеціальні варіантні норми, наприклад, Закону України «Про поставки продукції для державних потреб».

У сфері регулювання господарських договірних відносин процес конкретизації правового регулювання виявляється:

1) у прийнятті спеціальних законів, що регулюють певні види господарської діяльності, в тому числі ті договори, які опосередковують такі види діяльності;

2) прийнятті нормативно-правових актів Кабінетом Міністрів України, уповноваженими ним органами виконавчої влади, які деталізують окремі положення цих законів (зокрема, шляхом затвердження типових та примірних договорів).

¹ Сенякин И. Н. Специальные нормы советского права. — С. 20, 21.

² Алексеев С. С. Общая теория права: В 2 т. Т. II. — М.: Юрид. лит., 1982. — С. 76.

Слід звернути увагу на те, що попри позитивні моменти правова конкретизація може набувати гіпертрофованого вигляду, переростаючи в казуїстичне регулювання, і нести в собі значні небезпеки для суспільства. Негативним явищем в сучасному господарському законодавстві стала казуїстичність регулювання відносин, пов'язаних із передачею державного та комунального майна у власність або у користування іншим особам, насамперед приватизацією. Процес приватизації державного та комунального майна має особливе суспільне значення, а тому в договорах купівлі-продажу державного майна в процесі приватизації має бути забезпечений не тільки і не стільки приватний інтерес покупця, але, насамперед, групові інтереси (трудового колективу підприємства, що приватизується) та інтереси суспільства в цілому¹.

Частиною 5 ст. 146 ГК встановлено, що загальні умови та порядок здійснення приватизації державного майна визначаються *законом*. Такими *спеціальними* законами наразі залишається Державна програма приватизації на 2000—2002 роки, затверджена Законом України від 18 травня 2000 р.², яка визначає цілі, умови та пріоритети приватизації і виключно на виконання якої здійснюється приватизація державного майна; Закон України від 19 лютого 1997 р. «Про приватизацію державного майна» (із наступними змінами та доповненнями)³; Закон України від 15 травня 1996 р. «Про приватизацію майна невеликих державних підприємств (малу приватизацію)»⁴; Закон України від 7 липня 1999 р. «Про перелік об'єктів права державної власності, що не підлягають приватизації»⁵. Слід підкреслити, що норми, які регулюють договірні відносини в сфері приватизації, є спеці-

¹ Не випадково, за змістом ст. 5 Державної програми приватизації на 2000—2002 роки, приватизація об'єктів групи Г (цілісних майнових комплексів підприємств або пакетів акцій ВАТ, що на момент прийняття рішення про приватизацію займають монополію (домінуюче) становище на загальнодержавному ринку відповідних товарів і послуг або мають стратегічне значення для економіки та безпеки держави (стратегічних підприємств), пов'язується із національною безпекою України.

² ВВР. — 2000. — № 33—34. — Ст. 272.

³ ВВР. — 1997. — № 17. — Ст. 122.

⁴ ВВР. — 1996. — № 34. — Ст. 160.

⁵ ВВР. — 1999. — № 37. — Ст. 332.

альними по відношенню і до норм ГК про договори, і до положень ЦК про договори купівлі-продажу. Іншими словами вони є продуктом не лише галузевої спеціалізації, але й конкретизації норм про господарські договори.

Крім того, низкою законів визначено особливості приватизації майна державних підприємств в окремих галузях народного господарства, що узгоджується із положеннями ч. 6 ст. 146 ГК. Такими законами є Закон України від 10 липня 1996 р. «Про особливості приватизації майна в агропромисловому комплексі»¹, Закон від 14 вересня 2000 р. «Про особливості приватизації об'єктів незавершеного будівництва»², Закон України від 18 травня 2000 р. «Про особливості приватизації підприємств, що належать до сфери управління Міністерства оборони України»³. Таким чином, законодавцем було обмежено «глибину» конкретизації норм про приватизацію державного майна.

Разом з тим, на наш погляд, всупереч загальним положенням Закону «Про приватизацію державного майна», а пізніше і нормам ГК, було прийнято низку «казуїстичних» законів, зокрема Закон України від 13 липня 2000 р. «Про особливості приватизації відкритого акціонерного товариства «Укртелеком»⁴, Закон від 2 лютого 2000 р. «Про особливості приватизації пакета акцій, що належить державі у статутному фонді відкритого акціонерного товариства «Маріупольський металургійний комбінат імені Ілліча»⁵, Закон від 9 квітня 2004 р. «Про особливості приватизації підприємств Державної акціонерної компанії «Укррудпром»⁶. У випадках, коли така казуїстичність доповнюється відповідними діями органів приватизації по визначенню умов проведення приватизаційних конкурсів, створюються сприятливі умови приватизації стратегічних об'єктів на користь окремих осіб та бізнес-груп на пільгових засадах, про що свідчить численні конфлікти, які стали предметом

¹ ВВР. — 1996. — № 41. — Ст. 188.

² ВВР. — 2000. — № 45. — Ст. 375.

³ ВВР. — 2000. — № 35. — Ст. 79.

⁴ ВВР. — 2000. — № 41. — Ст. 341.

⁵ ВВР. — 2000. — № 51—52. — Ст. 450.

⁶ ВВР. — 2004. — № 29. — Ст. 376.

розгляду в судах загальної юрисдикції, в тому числі господарських¹.

Як спробу виправити ситуацію, яка склалася в ході приватизації, можна було б оцінити прийняття Закону України від 12 січня 2005 р. «Про формування конкурентних засад у процесі приватизації акцій (часток, паїв), що належать державі у майні юридичних осіб»², хоча значною мірою цей Закон уявляється «юридичною надмірністю», адже застосування переважно конкурентних способів у разі продажу акцій відкритих акціонерних товариств, створених на базі середніх та великих підприємств, було і залишається одним з принципів приватизації відповідно до ст. 2 Закону «Про приватизацію державного майна».

Крім поділу регулятивних норм господарського договірною права на загальні і спеціальні, теоретичний інтерес становить виділення в залежності від структури самої норми норм-приписів та логічних норм. У теорії права було обґрунтовано положення про те, що нормативність систем права, що мають високий ступінь спеціалізації, розкривається в двох взаємопов'язаних поняттях — нормі-приписі та логічній нормі, які у поєднанні із загальними засадами та основними принципами входять в широке поняття норми права.

Норми-приписи та логічні норми (за іншим визначенням — логіко-юридичні норми³) як реально існуючі первісні структури права відображають два ракурси єдиного поняття «норма права» на різних рівнях теоретичної абстракції. При цьому предметом класифікації правових норм за функціями права є норми-приписи. Логічні ж норми як такі, що відображають первинні зв'язки в правовій матерії, як правило, взагалі не поділяються на будь-які види (хіба що за сферою дії та юридичною силою)⁴.

О. Е. Лейст піддає критиці традиційний погляд на гіпотезу, диспозицію, санкцію як на елементи правової норми як такої, що суперечить правилам логіки. Норма права,

¹ Найбільш наочним прикладом є конфлікт щодо приватизації ВАТ «Криворізький гірничо-металургійний комбінат «Криворіжсталь».

² ВВР. — 2005. — № 9. — Ст. 179.

³ Нормы советского права: Проблемы теории. — С. 101.

⁴ Алексеев С. С. Общая теория права: В 2 т. Т. II. — М.: Юрид. лит., 1982. — С. 43, 65—66.

зазначає він, тотожна диспозиції, а гіпотеза та санкція є *атрибутами норми*. Структура правової норми ґрунтується на системності правових норм. Правові норми нерозривно пов'язані між собою, в певних аспектах виступають як правила, що містять умови застосування інших норм, в інших аспектах — як санкції, що застосовуються у випадку правопорушення¹. Спеціалізація права призводить до функціонування норм-приписів здебільшого як логічних норм. Логічна норма являє собою загальне правило, що виводиться логічним шляхом і втілює органічні зв'язки між нормативними приписами і всі властивості, що розкривають їх державно-владну, регулятивну природу².

Спеціалізація юридичних норм, що регулюють господарські договірні відносини, призводить до того, що нормативний припис виступає в «усіченому» вигляді і зовні начебто позбавлений повного набору ознак норми, тому дія однієї юридичної норми із необхідністю пов'язана з дією інших норм, і тільки в такий системний спосіб здійснюється правове регулювання відповідних (господарських) відносин. Завдяки спеціалізації в праві цілий комплекс норм часто охороняється від порушення загальною санкцією, нерозривно пов'язаною із нормами, що складають комплекс. Разом з тим загальний для ряду норм права характер мають деякі положення про умови їх застосування (визначення суб'єктів права, їх правових статусів тощо).

Ці загальні для низки норм положення виявляються при логіко-систематичному тлумаченні текстів нормативно-правових актів. Поряд із конкретними заборонами та моделями правовідносин в праві склались нормативні узагальнення, які передбачають загальні умови реалізації правових норм та входять до їх змісту³. Це пояснюється, зокрема, тим, що при систематизації (кодифікації чи інкорпорації) будь-якої галузі права (за винятком деяких галузей, зокрема кримінального права) не можна уникнути «перехрещення» із нормами суміжних галузей. Таке пересічення повинно бути зведено до мінімуму, якщо воно не обумовлене необхі-

¹ Лейст О. Э. Сущность права: Проблемы теории и философии права. — М.: ИКД «Зерцало — М», 2002. — С. 68—69.

² Алексеев С. С. Общая теория права: В 2 т. Т. II. — С. 42.

³ Лейст О. Э. Сущность права: Проблемы теории и философии права. — М.: ИКД «Зерцало — М», 2002. — С. 66—67.

дністю стикування суміжних галузей законодавства і, відповідно, забезпечення цілісності системи законодавства¹. Слід зауважити, що на відміну від об'єктивного поділу права на галузі (хоча така об'єктивність існує тільки в ідеалі, зважаючи на різні, іноді полярні, точки зору критеріїв такого поділу), галузь законодавства цілеспрямовано формується законодавцем, тому до будь-якого кодексу (моногоалузевого чи комплексного) слід підходити з оціночних позицій².

Отже, в господарському договірному праві як продукті спеціалізації права також виділяються: 1) норми-приписи як елементарні нормативні веління, які виражені в тексті ГК або ЦК, тобто моногоалузевих норм (одним з численних прикладів можуть бути правила ст. 178 ГК про публічні зобов'язання суб'єктів господарювання); 2) логічні норми як загальні правила, що виводяться логічним шляхом, втілюють органічні зв'язки між різними нормами-приписами і повною мірою виявляють їх регулятивну природу³. Прикладом такого виду норми може бути правило щодо зміни та розірвання господарських договорів: за відсутності норм ГК, що встановлюють підстави зміни або розірвання господарських договорів, кумулятивно застосовуються норма ч. 1 ст. 175 ГК та норми статей 651, 652 ЦК.

Вважаємо, що основний вплив на формування юридичного режиму⁴ в сфері господарських договірних відносин справля-

¹ Толстой Ю. К. Проблемы совершенствования хозяйственного законодательства // Правовое регулирование хозяйственных отношений / Под ред. В. В. Лаптева. — М.: ИГПАН СССР, 1978. — С. 48.

² Ю. К. Толстой, який ідею ГК не відкидав, вважаючи, що головним є визначення обсягу тих відносин, які повинні регулюватися ГК, говорить про те, що до оцінки підготовки ГК не можна підходити з тією ж міркою, що й до виділення галузі права (Толстой Ю. К. Проблемы совершенствования хозяйственного законодательства // Правовое регулирование хозяйственных отношений / Под ред. В. В. Лаптева. — М.: ИГПАН СССР, 1978. — С. 46).

³ Алексеев С. С. Общая теория права: В 2 т. Т. II. — М.: Юрид. лит., 1982. — С. 42.

⁴ Під юридичним режимом розуміється цілісна система регулятивного впливу, яка характеризується специфічними прийомами регулювання — особливим порядком виникнення і формування прав та обов'язків, їх здійснення, специфікою санкцій, способів їх реалізації, а також дією єдиних для даної сукупності норм принципів. Галузеві режими можуть бути генеральними, видовими та спеціальними (Алексеев С. С. Общая теория права: В 2 т. Т. I. — М.: Юрид. лит., 1981. — С. 245).

ють спеціальні норми-приписи, а логічні норми як втілення спеціалізації права слугують його доповненням там і тоді, де і коли немає потреби у вичерпному спеціальному регулюванні окремих елементів господарських відносин. Норми-приписи цивільного права визначають генеральний правовий режим у відносинах учасників, заснованих на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності.

Міжгалузєва і внутрішньогалузєва спеціалізація норм про господарські договори зумовлює необхідність узгодження норм про господарські договори, що знаходяться поза рамками ГК, із загальними нормами ГК, тим більше, що в законодавстві спостерігається тенденція до збільшення спеціальних норм про окремі види господарських договорів на фоні їх мінімізації в ГК.

Узгодженість (гармонізація) норм про господарські договори має забезпечуватися як на рівні норм-приписів, так і на рівні логічних норм.

Норми-приписи господарського договірної права повинні відповідати нормам Конституції України. Вони повинні узгоджуватися між собою, причому не тільки з точки зору несуперечності одна одній, але й з точки зору однозначності розуміння їх змісту. Основні норми-приписи господарського договірної права повинні узгоджуватися з нормами-приписами інших інститутів та підгалузєй господарського права (державного регулювання господарської діяльності, про захист економічної конкуренції, загальних положень про господарські зобов'язання, господарсько-правової відповідальності тощо). Спеціальні норми повинні бути узгоджені із основними (генеральними) галузєвими нормами, в тому числі вихідними нормами-принципами. Крім того, норми-приписи повинні узгоджуватися із процесуальними нормами, насамперед Господарського процесуального кодексу, якими регламентується порядок здійснення господарськими судами судочинства у підвідомчих їм господарських спорах¹.

¹ Оскільки система цивільного (матеріального) права продовжується і в цивільному/арбітражному процесуальному праві, спроба застосувати матеріальну норму без урахування її процесуальної реалізації, призводить до серйозних помилок, так само як і застосування матеріальної норми поза її зв'язком із іншими матеріальними нормами (Фогельсон Ю. Б. Избранные вопросы общей теории обязательств: Курс лекций. — М.: Юристъ, 2001. — С. 74). Вважаємо справедливим це твердження і щодо системи господарського права України.

На рівні логічних норм проблема узгодженості полягає у рівні відповідності зв'язку між нормами-приписами, які містяться в різних законодавчих актах, тому юридичному режиму в сфері господарської діяльності, завдяки якому досягаються відповідні цілі правового регулювання. Якщо норми-приписи цивільного права визначають генеральний правовий режим у відносинах учасників, заснованих на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності, то основний вплив на формування юридичного режиму в сфері господарювання (видового режиму) справляють спеціальні норми-приписи, а логічні норми як втілення спеціалізації права слугують його доповненням там, де немає потреби у вичерпному спеціальному регулюванні окремих елементів господарських відносин.

У радянській літературі висловлювалися пропозиції про необхідність розробки логічної схеми нормативних правових приписів у послідовності «норма права — правовий інститут — галузь права — система права», що дало б можливість усунути існуючі у нормативному матеріалі дублювання та ввести в законодавство відсутні структурні елементи юридичних норм, що зробило б ці норми працюючими¹. Ця пропозиція і сьогодні залишається вкрай актуальною, причому найбільш проблемним напрямком є договірні відносини за участю держави, в яких обов'язки державних органів нерідко не підкріплюються санкціями.

Вважаємо, що наразі перед законодавцем не повинно стояти завдання детального регулювання окремих видів договорів. Достатньо «рамкових» обмежень та заборон, які містяться в ЦК, в ГК та в спеціальних законах. Натомість з метою поглиблення як галузевої, так і функціональної спеціалізації в ГК мають бути розвинені загальні положення про принципи виконання господарських договорів, засоби забезпечення виконання господарських договірних зобов'язань, загальні засади відповідальності за їх невиконання та неналежне виконання, причому основна увага повинна бути приділена тим договорам, що мають соціально публічну спрямованість і практично не регулюються цивільним законодавством. Іншими словами, необхідною виявляється

¹ Нормы советского права: Проблемы теории. — С. 102.

ся розробка загальних положень про господарські договори в рамках загальної частини господарського договірного права, в основі якої повинна знаходитися типологія господарських договорів, здійснена за критерієм інтересу, пріоритетного для даного типу договорів.

Проблема узгодженості норм господарського договірного права має й інший аспект. Розвинений суспільний розподіл праці в сфері економіки породжує численні зв'язки (відносини) між товаровиробниками, товаровиробниками та споживачами, між товаровиробниками та управлінськими структурами — суб'єктами організаційно-господарських повноважень (органами державної влади та місцевого самоврядування, особами-засновниками) тощо. Такі зв'язки піддаються правовому регулюванню різного ступеня інтенсивності. Окреме господарське договірне зобов'язання виступає правовою формою окремого відношення (зв'язку), що виникає в сфері господарювання. Як зазначалося в літературі, з кібернетичної і системної точок зору зобов'язання та господарське відношення виступають як взаємопов'язані системи, в яких одна (зобов'язання) управляє іншою (господарським відношенням), причому такий взаємний зв'язок повинен існувати на всіх рівнях системи господарських відносин та системи господарських зобов'язань і кожна система повинна бути гомеостатичною (усталеною, врівноваженою).

Якщо в процесі суспільного відтворення складається система взаємопов'язаних господарських відносин (інтересів) у кожній стадії по горизонталі та вертикалі, то цій системі повинна відповідати система взаємопов'язаних правових форм як регуляторів цих відносин. Відносини, що виникають в процесі виробництва матеріальних благ, супроводжуються відносинами з реалізації продукції, її транспортування, споживання тощо, які також із необхідністю піддаються відповідному взаємопов'язаному регулюванню, в тому числі і правовому¹. Можна сказати, що в цілому гомеостаз економічної системи залежатиме від того, наскільки адекватними цій системі будуть раціонально визначені законодавцем елементи управляючої правової системи.

¹ Теоретические проблемы хозяйственного права / Под ред. В. В. Лаптева. — М.: Наука, 1975. — С. 236.

Договори різного виду, будучи самостійними правовідношеннями, своїми умовами пов'язані один з одним, внаслідок чого виникають «ланцюжки» договорів, кожна з ланок яких впливає на інші. Такого роду ланцюжки договірних відносин виникають у сфері перевезення вантажів підприємствами транспорту, в сфері електроенергетики, поставок продукції для державних потреб, приватизації, функціонування державного резерву, лізингової діяльності тощо. Системний підхід до правового регулювання господарської діяльності вимагає, щоб при визначенні законодавчої моделі певного господарського договору були враховані його функціональні зв'язки з іншими господарськими договорами, а правове регулювання за необхідності поширювалося не тільки на відносини конкретних суб'єктів—учасників (підписантів), але й на інших суб'єктів, задіяних в договірних ланцюжках. На наявність складної структури договірних зв'язків у будівництві зверталася увага і в цивілістичній літературі. Зокрема, Н. С. Кузнецова, досліджуючи підрядні договори в інвестиційній діяльності в будівництві, зазначала наступне. При здійсненні інвестиційної діяльності в будівництві застосовуються різні договірні типи (підряду, поставки, перевезення), причому в рамках усталених типів застосовуються різні їх види (договори в сфері проведення вишукування та проектування, здійснення шефмонтажу обладнання тощо). Всі ці договори опосередковують відносини, технологічно пов'язані між собою, а тому потребують комплексного підходу і в їх регулюванні, і в їх дослідженні¹.

Одними з найбільш яскравих прикладів існування господарських договірних ланцюжків слугують також договори, що опосередковують відносини у сфері транспорту та енергетики. Так, нормальне функціонування перевізного процесу (переміщення вантажів різними видами транспорту) забезпечується виконанням низки інших господарських договорів. Статтею 22 Статуту залізниць України, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 6 квітня 1998 р. № 457², передбачається, що виконання залізницею

¹ Кузнецова Н. С. Подрядные договоры в инвестиционной деятельности в строительстве. — К.: Наукова думка, 1993. — С. 48, 56—61.

² Офіційний вісник України (далі — ОВУ). — 1998. — № 14. — Ст. 548.

додаткових операцій, пов'язаних з перевезенням вантажів (завантаження, розвантаження, зважування, експедирування тощо), здійснюється на підставі окремих договорів (зокрема, про експлуатацію залізничної під'їзної колії і договорів про подачу та забирання вагонів, транспортної експедиції тощо). Відповідно до ст. 55 Закону України від 5 квітня 2001 р. «Про автомобільний транспорт»¹ до допоміжних операцій, тобто послуг господарського характеру, що супроводжують власне перевезення вантажу автомобільним транспортом, належать: завантаження та розвантаження автомобільних транспортних засобів; перевантаження вантажів на інший вид транспорту чи транспортний засіб; сортування, пакування, обмірювання та маркування вантажу; накопичення, формування або дроблення партій вантажу; зберігання вантажу; транспортно-експедиційні послуги. Кожна з цих операцій здійснюється на підставі відповідної договірної конструкції (договір на завантаження, договір зберігання, договір про надання транспортно-експедиційних послуг). Кожен з цих договорів не є «самодостатнім» і існує тільки у зв'язку із «ключовим» договором — договором перевезення вантажу.

Іншим чинником, який впливає на процес транспортування вантажу, є активна участь у відносинах перевезення, крім перевізника та вантажовідправника як сторін цього договору, вантажоодержувача, який формально стороною договору не є.

Проблема складної структури відносин між перевізником, відправником та вантажоодержувачем, в тому числі природа прав та обов'язків вантажоодержувача, неодноразово розглядалася в юридичній літературі, але остаточно не вирішена. Так, Б. Б. Черепакін, досліджуючи проблему відповідальності вантажоодержувача за вимогами з договору залізничного перевезення на законодавчому матеріалі та літературі з транспортного права Росії та Німеччини кінця XIX — першої третини XX ст., зазначав, що перевезення вантажів залізницею створює багатостороннє відношення, на одній стороні якого — залізниця, а на іншій — відправник та одержувач вантажу, який не брав участі в укладенні

¹ ВВР. — 2001. — № 22. — Ст. 105.

договору. І хоча, на думку вченого, юридична природа та межі відповідальності вантажоодержувача не можуть бути пояснені шляхом виключного використання звичайних цивілістичних конструкцій, правове положення вантажоодержувача Б. Б. Черепакін намагався пояснити все ж таки через цивілістичні категорії, а саме через умовне переведення на вантажоодержувача боргу вантажовідправника¹.

В сучасній літературі сформульовано близьку «за духом» до цієї позиції концепцію *складених* зобов'язань, тобто таких, що виникають із сукупності підстав і за числом учасників є багатосторонніми (три та більше особи). Юридичний склад підстав виникнення складених зобов'язань утворює укладений договір у сукупності із однією чи декількома угодами осіб, які стають внаслідок здійснення таких угод учасниками зобов'язань². Цим пояснюють, зокрема, і природу зобов'язання по перевезенню вантажу як такого, що ґрунтується на двох пов'язаних між собою підставах: договорі перевезення та угоді по прийняттю вантажоодержувачем доставленого на його адресу вантажу. Ці дві підстави пов'язані між собою, і ця пов'язаність спрямовується на необхідність дотримуватися умов перевезення при виконанні другої частини зобов'язання у взаємовідносинах перевізника та вантажоодержувача. Очевидно, що і за такого погляду до уваги не береться або просто залишається «непоміченими» зв'язок та взаємообумовленість цілої низки господарських договорів.

У одержувача вантажу відповідно до Статуту залізниць України³ виникають не тільки певні права (вимагати видачі вантажу), але й обов'язки (статті 30, 35, 46, 47, 48 Статуту залізниць), існування яких значно підриває цивілістичний погляд на договір перевезення вантажу як на договір на ко-

¹ Це переведення боргу в умовній формі входить в самий зміст договору залізничного перевезення та набуває безумовної дії з моменту викупу-отримання вантажу та накладної одержувачем, тобто із настанням умовної події (Черепакін Б. Б. Ответственность грузополучателя по требованиям из договора железнодорожной перевозки // Труды по гражданскому праву. — М.: Статут, 2001. — 479 с. (Классика российской цивилистики). — С. 122—123).

² Пугинский Б. И. Составные обязательства в гражданском праве // Вестник Москов. ун-та, 2003. — № 6. — С. 31—33. — (Сер.11, Право).

³ ОВУ. — 1998. — № 14. — Ст. 548.

ристь третьої особи¹. Як правило, одержувач перебуває у договірних відносинах із відправником вантажу (купівлі-продажу, контрактації, поставки тощо). Маючи певну спільність інтересів щодо вчасного перевезення вантажу, вантажовідправник та вантажоодержувач певною мірою протистоять один одному як сторони іншого, укладеного раніше, договору.

Роль вантажоодержувача як вигодонабувача виникає не стільки з договору перевезення, скільки із іншого договору — наприклад, договору про передачу майна (купівлі-продажу, поставки, переробки давальницької сировини), — з особою, яка виступає в договорі перевезення відправником. Крім того, саме іншим договором визначено порядок доставки предмета договору, що зумовлює значною мірою і умови договору перевезення. Тому можна стверджувати, що договір перевезення вантажу здебільшого існує не сам по собі, але у зв'язку з іншим договором, який передує перевезенню². Через це договір перевезення вантажу як юридично самостійне відношення виступає як похідний від іншого господарського договору. Це зумовлюється сутністю економічних відносин у транспортній сфері як продовження процесу виробництва: транспорт не може існувати поза виробництвом, виконуючи функцію переміщення результатів останнього — продукції виробничо-технічного призначення та товарів народного споживання³.

На особливості складних договірних відносин у сфері електроенергетики, яка має стратегічне значення для стабільного функціонування економіки держави, звернув ува-

¹ Третя особа, на користь якої укладено договір, наділена правом вимагати виконання договору (ст. 636 ЦК), але не зобов'язана до певних дій.

² Виняток становлять внутрішні виробничі перевезення технологічним транспортом спеціалізованих транспортних організацій або переміщення напівфабрикатів між територіально віддаленими структурними підрозділами.

³ Булгакова І. В., Клепікова О. В. Транспортне право України: Академічний курс: Підручник для студ. юрид. вищ. навч. закл. — К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2005. — С. 136—139; Наук.-практ. коментар Господарського кодексу України / Кол. авт.: Г. Л. Знаменський, В. В. Хахулін, В. С. Щербина та ін.; За заг. ред. В. К. Мамутова. — С. 463.

гу Конституційний Суд України в рішенні у справі за конституційним поданням 45 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про електроенергетику» (справа про електроенергетику) від 12 лютого 2002 р. № 3-рп/2002¹. Оцінюючи припис статті 15-1 Закону України «Про електроенергетику» щодо внесення споживачами плати за продану їм електроенергію виключно на розподільчий рахунок постачальника в уповноваженому банку на відповідність ч. 4 ст. 13 та ч. 1 ст. 41 Конституції України, Конституційний Суд України виходив з того, що «особливістю функціонування об'єднаної енергетичної системи є безперервність процесу виробництва, накопичення, розподілу і споживання електричної енергії, що вимагає збалансованих, синхронних дій, централізованого диспетчерського управління та єдиного системного обліку електроенергії на всіх стадіях виробничого процесу».

Запроваджений порядок грошових взаєморозрахунків на енергоринку з використанням розподільчих рахунків в установах уповноваженого банку та відповідальність за його недодержання не порушує механізмів функціонування електроенергетики та правову модель господарських відносин. Здійснення банківських операцій у такий спосіб скеровує фінансову схему та правила розрахунків за електроенергію на адресне призначення коштів. На особливий характер санкцій за порушення порядку проведення розрахунків на оптовому ринку електричної енергії вказав і Верховний Суд України, зазначивши, що майнові відносини, які виникають при проведенні розрахунків за електроенергію між учасниками оптовому ринку електричної енергії, є по суті складовою частиною особливих виробничих відносин².

З огляду на викладене, одним із наріжних каменів концепції господарського договірного права має бути положен-

¹ ОВУ. — 2002. — № 22. — Ст. 1069.

² Постанова Судової палати у господарських справах Верховного Суду України від 10 вересня 2002 р. у справі за позовом ВАТ «Прикарпаттяобленерго» до ВАТ «Державний ощадний банк України // Постанови Верховного Суду України та Вищого господарського суду України у господарських справах. — Вип. 1 (4). — 2004. — С. 138—142.

ня про те, що в його нормах, які регулюють господарські договори різних видів, повинен враховуватися об'єктивно існуючий внутрішній зв'язок (фактичний та юридичний) між цими договорами, зумовлений структурою економічних зв'язків у суспільстві. Це дає можливість, зокрема, забезпечити права та законні інтересів тих осіб, які не беруть участі в укладенні конкретного договору, але виконання якого може безпосередньо впливати на їх господарські інтереси¹.

В юридичній літературі норми господарського права та їх види, як правило, в логічному аспекті спеціально не досліджуються і характеризуються в основному під кутом зору особливостей системи господарського законодавства². В рамках цього дослідження ми звертаємося до логічної характеристики господарського договірного права як інституту (нормативної системи) з позицій деонтичної логіки.

Деонтична характеристика є необхідним елементом будь-якої правової норми. Як відомо, з позицій логіки норма (моральна, правова) є певним судженням, тобто формою мислення, в якій стверджується або заперечується зв'язок між предметом та його ознакою, відношення між предметами або факт існування предмета³. Як форма судження норма містить в собі, крім основної, ще й додаткову інформацію, яка отримала назву модальності. Деонтична модальність у вигляді припису виражається в судженні та спонукає адре-

¹ Таке забезпечення можливе як через встановлення певних прав цих третіх осіб, так і, найголовніше, через вирішення проблеми обмеженої відповідальності окремих суб'єктів господарювання (підприємств транспорту) та узгодження системи санкцій, які застосовуються за порушення договорів певного виду. В техніко-юридичному плані відповідні норми навряд чи можуть бути повністю виписані в ГК (принаймні, на рівні загальних положень про договори).

² Застосування логіки в правовій науці та практиці в цілому в різний час досліджували С. Й. Вільнянський, В. М. Кирилов, О. О. Старченко, М. С. Строгович, С. С. Алексеев, І. В. Хоменко та інші вчені-юристи та логіки, але результати таких досліджень, як правило, в галузевих дисциплінах згадуються доволі нечасто.

³ За визначенням О. Ф. Черданцева, норми, права являють собою модальні висловлювання деонтичного типу (Черданцев А. Ф. Толкование права и договора: Учеб. пособие для вузов. — М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2003. — С. 9).

сата до конкретних дій. Якщо поглянути в такому аспекті на норми права, нескладно помітити, що права та обов'язки як фундаментальні характеристики правовідносин, в тому числі договірних, виражаються саме через деонтичні оператори «зобов'язування», «заборони», «дозволяння»¹.

Деонтичними операторами вольової поведінки в нормах виступають терміни «має право» («може»), «зобов'язаний» («повинен»), «забороняється» («не має права», «не може бути»). Причому деонтичний оператор дозволяння є слабкою характеристикою і може бути виражений через сильні характеристики (зобов'язування та заборону) таким чином: «Дозволяння виконати дію d означає, що виконання d не обов'язкове та не заборонене».

Мінімальними деонтичними вимогами, яким повинне відповідати господарське договірне право², як і будь-яка інша нормативна система, є:

1) *деонтична узгодженість*, тобто недопущення існування деонтично несумісних норм, якими учасникам правовідносин одночасно приписується виконання несумісних, взаємовиключних дій: заборона виконання d та $не-d$, або обов'язок та одночасна заборона виконання d , або дозволяння та одночасна заборона виконання d . Як приклад можна навести дозволяння сторонам зобов'язання визначити грошовий еквівалент зобов'язання в іноземній валюті (ч. 2 ст. 524 ЦК) та заборону вираження грошового зобов'язання в іноземній валюті за винятком випадків, коли суб'єкти господарювання мають право проводити розрахунки між собою в іноземній валюті відповідно до законодавства (ч. 2 ст. 198 ГК);

2) *деонтична збалансованість*, яка означає, що в правовій системі для будь-якої норми, які наділяє особу правом, повинна передбачатися кореспондуюча норма, що зобов'язує. В протилежному випадку система буде односто-

¹ Кириллов В. И., Старченко А. А. *Логика: Учебник для юрид. вузов.* — 5-е изд., перераб. и доп. — М.: Юристъ, 2001. — С. 94—100; Михалкин Н. В. *Логика и аргументация в судебной практике: Учебник для вузов.* — СПб.: Питер, 2004. — С. 60—63.

² Зрозуміло, що в тексті законодавчих актів закріпити санкції за недотримання цих вимог неможливо, адже вони є елементами логічних законів, а не юридичних.

ронньою та неефективною. В договірному праві деонтична збалансованість, зокрема, означає встановлення певних прав для одного із контрагентів із одночасним «мовчанням» про кореспондуючий обов'язок іншого, або непропорційність встановлених законом прав та обов'язків. Іноді такий дисбаланс забороняється законом. Так, у договорах приєднання забороняється виключення відповідальності виробника продукції, виконавця робіт (послуг) під загрозою недійсності відповідної умови (ч. 2 ст. 207 ГК);

3) *деонтична повнота*, яка означає, що господарським договірним правом як певною системою норм регулюються всі існуючі в даній предметній сфері відносини. Ця вимога є найбільш складною для реалізації в практиці правового регулювання, зважаючи на швидкий розвиток суспільних відносин і, відповідно, появу нових, не відомих раніше видів договорів.

Існування системи права, при побудові якої було б повністю дотримано ці деонтичні вимоги, через низку ускладнюючих об'єктивних та суб'єктивних факторів, уявляється скоріше ідеалом, до якого слід прагнути, ніж реальністю. Окреслимо лише деякі з причин деонтичної недосконалості господарського договірного права та шляхи її подолання.

Однією з таких причин є тривалий процес реформування системи права України відповідно до умов ринкової економіки, але за відсутності концептуальних засад її функціонування (в розумінні вибору економічної моделі розвитку України). Кодифікація законодавства про господарські договори, в процесі якої вперше було здійснено спробу узагальнити і викласти в ГК України на найбільш абстрактному рівні загальні положення про господарські договори, необхідною мірою не забезпечила деонтичність цієї нормативної підсистеми через низку об'єктивних та суб'єктивних причин, чим пояснюються, але не виправдовуються ті проблеми, що виникли у практиці застосування ГК. Як відомо, кодифікація передбачає запровадження в новий акт і тих норм чинного законодавства, що не втратили свого значення, і нових норм, що якісно змінюють регулювання певної сфери суспільних відносин. Очевидно, що найбільш складним питанням при цьому виявилось передбачення необхідного ступеня новелізації законодавства, адже певна

частина норм ГЖ та інших спеціальних законодавчих актів про господарські договори не є адекватною умовам сучасного господарського обороту.

Не останньою причиною деонтичних проблем господарського договірної права, як уявляється, є також тенденція розбудовувати в цілому правову систему України на основі дихотомії «приватне—публічне», на що вже зверталася увага. За відсутності загальновизнаних понять того й іншого та неможливості забезпечення чистоти цієї дихотомії в актах законодавства, відбуваються не передбачувані за наслідками трансформації не тільки в системі законодавства, але й судовій системі. Так, закріплення в КАС України понять «публічно-правові відносини» (ст. 1 КАС) та «публічно-правовий спір» (ст. 3 КАС) як критерію розмежування спеціалізованих судових юрисдикцій буде ускладнювати, зокрема, розгляд спорів, що виникають при укладанні, виконанні, зміні та розірванні господарських договорів за участю держави (договорів приватизації, договорів на поставку продукції для державних потреб та ін.)¹.

Забезпечення деонтичної збалансованості та узгодженості господарського договірної права певною мірою ускладнюється тим, що здійснення правового регулювання господарських договірних відносин на засадах правової інтеграції (уніфікації) та спеціалізації потребує збалансованості та узгодженості як всередині цього інституту, так в його зовнішніх зв'язках з іншими елементами правової системи.

Разом з тим, оскільки спеціалізація правового регулювання зумовлює існування норм, що за визначенням є відмінними, іншими від загальних (уніфікованих, інтегрованих) норм, говорити про деонтичну суперечність норм ГЖ про господарські договори загальним положенням ЦЖ про договори можна лише у випадку, коли спеціальні норми не є логічним продовженням вихідних засад правового регулювання господарських відносин, визначених у ГЖ, та універсальних вимог розумності, добросовісності та справедливості. Неузгодженість може виявлятися і між положеннями ГЖ та спеціальними нормативними актами, що регулюють окремі види господарських договірних відносин.

¹ Це питання детальніше буде нами розглянуто в третьому розділі.

Крім того, може мати місце невідповідність спеціальної норми про господарські договори нормам Конституції, але така невідповідність згідно з Конституцією України повинна бути встановлена Конституційним Судом України.

Забезпечення належного деонтичного рівня господарського договірного права, як і системи права в цілому, в першу чергу є завданням законодавця. Теоретичні пошуки шляхів досягнення деонтичної узгодженості мають вестися в контексті правової диференціації та інтеграції (уніфікації). При цьому основне і чи не найскладніше завдання полягає у визначенні тих фрагментів договірних відносин у сфері господарювання, які можуть і повинні регулюватися цивільним законодавством на засадах правової інтеграції (уніфікації). Деонтична неповнота господарського договірного права породжує проблему *лаку* у праві, під якими ми розуміємо дефекти в логічних нормах господарського договірного права, коли відсутні необхідні ланки в регулюванні певних типів господарських договорів, та їх заповнення судовою практикою¹.

Наскільки проблема *лаку* актуальна саме для господарського договірного права і чи можна взагалі говорити про його *лакуарність* в умовах загальнодозвільного типу правового регулювання договірних відносин в умовах ринкової економіки? Детальніше це питання буде розглянуто нижче. Поки що обмежимося твердженням про те, що до вихідних норм як до граничних концептів, які в концентрованому вигляді встановлюють загальні принципи та керівні засади правового регулювання у сфері господарських договірних відносин, проблема *лаку* взагалі відношення не має. Від *лаку* у праві слід відрізнити правову помилку, тобто *невірну* оцінку об'єктивних умов та як наслідок, неадекватну *законодавчу волю*, яку слід було б втілити у нормативно-правовому акті².

¹ Уявляється, що використання в правовому контексті терміну «лакуна» (лат. *Lacuna* — заглиблення, порожнина) на відміну від терміна «прогалина» етимологічно точніше відображає сутність досліджуваного явища. Крім того, в юриспруденції термін «лакуна» має давню історію, оскільки він зустрічається ще в *Codex Theodosianus* (438 р.) (*Дыдынский Ф.* Латинско-русский словарь к источникам римского права. — Варшава, 1896. — С. 248).

² Наприклад, видання правотворчим органом непотрібної норми або помилкове по суті регулювання певної ситуації (*Скаун О. Ф.* Теория государства и права. — С. 434).

Прикладом помилковості може бути норма ст. 185 ГК про те, що до укладення господарських договорів у конкурентний спосіб застосовуються загальні правила укладення договорів на основі вільного волевиявлення, тобто за буквальним значенням цього твердження повинні застосовуватися правила статей 181 та 184 ГК¹.

Уявляється, що про відсутність норми, яка б регулювала окремих фрагмент договірних відносин суб'єктів господарювання, як про дефект законодавства можна вести мову в тих випадках, коли законодавцем передбачено видання відповідної норми, але через різні причини вона так і не приймається. Зокрема, ст. 650 ЦК передбачено, що особливості укладення договорів на біржах, аукціонах, конкурсах встановлюються відповідними актами цивільного законодавства. Схоже правило, але стосовно укладення господарських договорів на біржах, оптових ярмарках та публічних торгах, міститься в ст. 185 ГК.

Аналіз чинного законодавства дає підстави стверджувати, що на сьогодні відсутні нормативно-правові акти, які б визначали *загальну модель* укладення договорів, у тому числі господарських у конкурентний спосіб, оскільки такий порядок визначається казуально, *ad hoc* (приватизаційним законодавством, законодавством про концесії, законодавством про закупівлю товарів, робіт, послуг за державні кошти). На рівні закону процедура укладення угод на біржах не регламентована, натомість вона виписана в біржових правилах, які є продуктом локальної нормотворчості. Іншим прикладом помилки може бути включення норм про оренду майна та лізинг (статті 283—292 ГК) у главу 30 ГК «Особливості правового регулювання господарсько-торго-

¹ Раніше нами детально досліджувалися особливості укладення господарських договорів при конкуренції продавців (на біржах угоди) та без конкуренції продавців (на аукціонах, за конкурсом). При цьому було з'ясовано принципові відмінності торгів як способу укладання договорів певного виду від традиційного способу укладення договору шляхом обміну офертою та акцептом. Положення ж ст. 185 ГК щодо застосування до укладання господарських договорів на біржах загальних правил укладення договорів на основі вільного волевиявлення (частини 1, 2 ст. 184 ГК), є помилковими (Беляневич О. А. Господарський договір та способи його укладання. — С. 126—197).

вельної діяльності», оскільки це означає системне застосування загальних положень про господарсько-торговельну діяльність до договорів з іншою юридичною метою (користування майном виробничо-технічного призначення в господарських цілях).

Оскільки соціальні відносини не тільки надзвичайно мінливі, але й не завжди передбачувані, деонтичні вимоги у господарському договірному праві не можуть бути забезпечені лише за допомогою правових норм. У сучасних умовах значною мірою це зумовлюється і дією загальнодозвільного принципу «дозволено все, що не заборонено», який на рівні галузевих норм виявляється, зокрема, у визнанні дій, що не передбачені актами цивільного та господарського законодавства, але таких, що їм не суперечать, підставами виникнення цивільних/господарських прав та обов'язків (статті 11 ЦК, 74 ГК). В синергетичному аспекті господарське договірне право як нормативна система за визначенням не є і не може бути замкненою, оскільки будь-яка замкнена система не здатна до розвитку.

Для підтримання належного стану упорядкованості цієї системи договірних відносин необхідним виявляється її обмін із зовнішнім середовищем, в тому числі іншими елементами правової системи. З огляду на це в правовій системі повинні ефективно діяти такі механізми, в тому числі саморегулятивні, які не тільки доповнюють правову регламентацію, але й здатні коригувати деонтичні вади господарського договірного права. Так, у межах загальних принципів права, чинного законодавства, інших соціальних норм деонтична збалансованість може і повинна підтримуватися самими контрагентами шляхом узгодження взаємних прав та обов'язків. Особливе місце серед таких механізмів посідає судова практика як суттєвий параметр порядку у господарських договірних відносинах¹.

В якості постановки питання ми можемо припустити, що, оскільки господарський договір являє собою певну систему мікрорівня, він також повинен відповідати зазначеним вище деонтичним вимогам. Договір повинен бути внут-

¹ Питання про лакуни у праві та роль судової практики в їх заповненні детальніше буде розглянуто в підрозділі 2.4.

рішньо несуперечливим, збалансованим та повним. І якщо в нормативній системі, зважаючи на її складність та розгалуженість, практично неможливо досягти ідеального деонтичного стану з причин, які були названі, в договорі така повнота в принципі досяжна і залежить лише від контрагентів, у тому числі від якості проведеної ними роботи по складанню тексту договору. Наслідками деонтичної недосконалої договору, зокрема, є наступні: при неясності змісту договору виникає необхідність його тлумачення, способи якого на сьогодні визначені цивільним законодавством; при незбалансованості умов договору (порушенні співвідношення прав та обов'язків сторін) в обмежених випадках можна говорити про недійсність окремих умов договору (зокрема, коли такі умови договору стосуються потенційно широкого кола осіб, через що потребують захисту публічні інтереси); деонтична неповнота може мати наслідком те, що в літературі та практиці отримало назву «неукладеність договору», тобто відсутність згоди по істотних умовах договору. Проте, на відміну від нормативної системи, відповідність якої деонтичним вимогам може і повинна забезпечуватися, насамперед, законодавцем, а за необхідності — судовою практикою та сторонами договору, виправляти деонтичні вади договору можуть і повинні, насамперед, його сторони.

Розділ II

ДЖЕРЕЛА ГОСПОДАРСЬКОГО ДОГОВІРНОГО ПРАВА

2.1. Джерела господарського договірнього права: сутність та види

Розуміння джерел права залишається предметом дискусії в теорії права та галузевих юридичних науках, що зумовлюється, з одного боку, проблематикою праворозуміння та визначенням поняття права, а з іншого — метафоричністю самого поняття джерела права¹. У найширшому розумінні під

¹ Як відомо, метафора (гр. *metaphora* — перенесення) є мовним оборотом, що містить в собі образне зближення слів на базі їх переносного значення. В основі понять-метафор знаходиться порівняння об'єкта з будь-яким іншим предметом, явищем або процесом, які більш відомі або вважаються більш відомими тому, хто порівнює. Метафора «джерело права» належить Тіту Лівію, який визначив Закони XII таблиць «джерелом» (*fons* — лат. струмок, джерело) усього публічного та приватного права. Як і для будь-якого римлянина, для Тіта Лівія із словом «*fons*» пов'язуються певні уявлення. Згідно із релігійними віруваннями римлян джерело було тим місцем, де поєднувалися два світи: наземний, де мешкали люди, і підземний, де жили боги. Тому в характеристиці Тітом Лівієм Законів XII таблиць як джерела права простежується безспірна паралель: закони для нього пов'язували земний світ із світом богів. А. О. Рубанов пояснює, що з позицій сьогодення ця метафора відображує ту думку, що закон не є самодостатнім, що існує й деякий інший фактор, який не тільки визначає, але й в певному значенні санкціонує закон (Рубанов А. А. Понятие источника права как проявление метафоричности юридического сознания // Судебная практика как источник права. — М.: Ин-т гос-ва и права РАН,

джерелами права розуміються: сили, що зумовлюють та створюють право; форми правоутворення (закон); матеріали пізнання права¹. Суто позитивістський погляд концентрується на державно-владних джерелах (формах) права, сукупність яких організовується в систему нормативно-правових актів (законодавства). У радянському правознавстві розуміння джерел права ґрунтувалося на визначенні самого права як «лише того, що міститься в нормативних актах»², хоча іноді висловлювалися й інші погляди³, які, втім, в цілому не змінювали загальний позитивістський фон. Починаючи з 30-х років минулого сторіччя розуміння джерел права поступово звужувалося до форм права (актів законодавства). Не в останню чергу такий підхід був наперед ви-

1997. — С. 46). На сакральний характер римського права в царський період Риму і те, що розвиток світської римської юриспруденція розпочинається вже пізніше, за два сторіччя до н.е. звертається увага в літературних джерелах (*Синайский В. И. История источников римского права.* — Варшава, 1911. — С. 7—8). При цьому, як писав М. П. Боголепов, *fas* (воля богів) визнавалася римлянами одним із джерел права поряд із *jus* (волею людей) у всі часи їх історії. Дією *fas* охоплювалися всі частини найдавнішого римського права (державне, цивільне) та, в цілому, надзвичайно широке коло відносин, наприклад щодо обліку часу (ведення календаря), який справляв важливий вплив на цивільне право та судочинство (*Боголепов Н. П. Учебник истории римского права / Под ред. и с предисл. В. А. Томсинова.* — М.: Зерцало, 2004. — С. 40—42).

¹ *Синайский В. И. История источников римского права.* — Варшава, 1911. — С. 1—2.

² *Недбайло П. Е. Применение советских правовых норм.* — М.: Госиздат юрид. лит., 1960. — С. 311.

³ Так, С. І. Вільнянський під джерелом права розумів джерело його утворення, формування. Напевне, прагнучи розглянути проблему джерел права ширше, аніж це було можливим без входження в конфлікт із сучасною автору радянською правовою доктриною, С. І. Вільнянський пропонував розрізнити *джерело правоутворення* («воля робітничого класу, яка зливається із волею усього радянського народу, організованого в державу») і *форми правоутворення*, за допомогою яких певні правила поведінки набувають характеру правоположень, що мають силу державного примусу (закони, звичаї, адміністративні розпорядження, судова практика) (*Вильнянский С. И. Лекции по советскому гражданскому праву. Ч. 1.* — Харьков: Изд-во Харьков. гос. ун-та им. А. М. Горького, 1958. — С. 43—45).

значений Всесоюзною нарадою з питань науки радянського права і держави 16 липня 1938 р.¹

С. Л. Зівс вказував, що джерело права є зовнішньою формою встановлення правової норми державою (або за дорученням держави, або з санкції, схвалення державою), а до числа положень, що є аксіоматичними у марксистсько-ленінській загальній теорії права, відноситься твердження про те, що в соціалістичній державі створення правових норм є, власне, прерогативою держави, тому право виникає лише як результат дій держави². За визначенням С. С. Алексєєва об'єктивований в документальному вигляді акт правотворчості є юридичним джерелом відповідних юридичних норм та одночасно формою їх юридично-офіційного буття, існування. Причому при характеристиці юридичних джерел під актом розумілася не юридична дія як така, а дія як зовнішній вираз державної волі в її документальному вигляді, тобто акт-*документ*³.

Реформування правової системи України відповідно до потреб соціально орієнтованої ринкової економіки, процеси запозичення — іноді некритичного — європейського правового досвіду зумовили не тільки визнання на теоретичному рівні факту урізноманітнення джерел (форм) права⁴, але й нові для українського правознавства підходи до розуміння джерел права (наприклад, людського розуму, в якому

¹ А. Я. Вишинський в своїй доповіді на цій нараді зупинився на необхідності розробки питання про *форму* радянського права, її особливості та специфічні риси як форми соціалістичної (зокрема, в частині розмежування понять «закон», «указ», «постанова», «розпорядження», «наказ», «інструкція»), а *джерелом* соціалістичного права було названо волю радянського народу, зведену в закон (*Вышинский А. Я. Основные задачи науки советского социалистического права // Вышинский А. Я. Вопросы теории государства и права. — М.: Госиздат. юрид. лит., 1949. — С. 85—86.*

² *Зивс С. Л. Источники права. — М.: Наука, 1981. — С. 10.*

³ *Алексеев С. С. Общая теория права: В 2 т. Т. I. — М.: Юрид. лит., 1981. — С. 314—315.*

⁴ *Рабинович П. Законодавство сучасної України: до характеристики тенденцій розвитку // Вісник Академії правових наук України. — 1996. — № 7. — С. 14—23; Петрова Л. В. Джерела права (критичний методологічний дослід) // Вісник Академії правових наук України. — 1997. — № 1(8). — С. 65—76.*

пізнаються вічні загальнолюдські цінності свободи та справедливості, що мають реалізуватися¹).

У визначенні джерел господарського договірного права ми будемо виходити з того, що, як і саме право, джерело права не можна розглядати лише односторонньо, а слід характеризувати одночасно в різних аспектах, на чому наголошують сучасні дослідники². З таких позицій актуально звучать і слова П. І. Стучки про те, що провести чітку грань між джерелами в розумінні народження права та в розумінні «черпання з джерела» вже готового права ніколи не вдасться, та й не потрібно. Необхідно досліджувати близьку спорідненість цих джерел, перехід їх з одного в інший та безперервну взаємодію³. Отже, терміном «джерела господарського договірного права» ми будемо позначати одночасно як змістовні, так і формальні джерела права, і розглядати їх як сукупність соціальних регуляторів, в які включаються як соціальні норми, так і судова практика.

Соціальні норми визначаються як зумовлене суспільним буттям, загальнообов'язкове, цілеспрямоване суспільне установлення (правило) загального характеру, спрямоване на ре-

¹ Петрова Л. В. Знач. праця. — С. 68.

² Такими аспектами є: етимологічний (те, із чого що-небудь черпається, документ, письмова пам'ятка, на основі якого будується наукове дослідження), природний (джерелами права є географічний, кліматичний, біологічний, інші фактори, що справляють безпосередній вплив на процес правоутворення та право), соціальний (джерелами є фактори соціального, політичного, ідеологічного, культурологічного та інші подібні), економічний (Марченко М. Н. *Источники права: Учеб. пособие.* — М.: ТК Велби, Изд-во «Проспект», 2005. — С. 50). Юридичні правила, пише Ж.-Л. Бержель, аж ніяк не позбавлені причин, і їх походження пов'язується із прихованими від зовнішнього погляду обставинами. Це і різноманітні принципи (моральні, релігійні, філософські, політичні, соціальні, ідеологічні, ті, що беруть початок у філософії права), які слугують ідеологічною основою позитивних правил, і факти соціальної дійсності, і вимоги ситуації, що складається у часі та просторі. Одним словом, це «творчі сили права», які утворюють його сутнісні (змістовні) джерела, що забезпечують норми права матеріальною основою (Бержель Ж.-Л. *Общая теория права / Под общ. ред. В. И. Даниленко; Пер. с фр.* — М.: Издательский дом NOTA BENE. 2000. — С. 97).

³ Стучка П. И. *Введение в теорию гражданского права.* — М.: Изд-во Коммунистической академии, 1927. — С. 166.

гулювання суспільно значущої поведінки суб'єкта. Їх походження пов'язується з різними соціальними факторами: практичною діяльністю людини (норми звичаїв), відособленням особистості від суспільства (норми моралі) тощо. Часовий діапазон соціальних норм є неоднаковим, але можна стверджувати, що дія деяких соціальних норм зберігається в різних суспільних формаціях без втрати смислу, вкладеного в них раніше, що є наслідком відображення в таких нормах загальнолюдських, загальногуманних вимог та принципів¹. У широкому значенні соціальна норма включає три аспекти: правило (припис), яке виступає як «належне», об'єктивну поведінку («наявне») та суб'єктивне уявлення про наявне і належне як елемент суспільної та індивідуальної свідомості².

Метою функціонування соціальних норм є забезпечення системності суспільних відносин, їх упорядкованості та організованості, об'єктом — поведінка та діяльність індивідів, тих чи інших соціальних об'єднань, предметом — організація суспільних відносин, адресатом — людська свідомість та воля в їх численних проявах³. Соціальні норми, крім суто регулятивної, виконують інтегративну функцію, оскільки містять в собі конкретні способи орієнтації для дій в певних ситуаціях, специфічних для певних осіб, їх колективів та ролей, що ними виконуються у суспільстві.

¹ *Бачишвили И. М.* О понятии социальной нормы // *Право и правотворчество: вопросы теории.* — М.: ИГПАН СССР, 1982. — С. 66, 67, 69. У зв'язку з цим ми могли б витлумачити відоме визначення права як примусової вимоги реалізації певного мінімуму добра (*Соловьев В. С.* *Право и нравственность.* — Минск.: Харвест, М.: АСТ, 2001. — С. 35) таким чином, що в праві як складовій системи соціальних регуляторів головні релігійно-моральні заборони, сформульовані як вимога утриматися від певних дій («не убий», «не вкради»), трансформовані в юридичні норми-заборони, забезпечені можливістю застосування державного примусу. Проте право не примушує і не може примусити індивіда за допомогою позитивних зобов'язувань до реалізації моральних імперативів активного характеру (наприклад, біблійної заповіді возлюбити ближнього як самого себе або дотримання кантівського «морального закону всередині нас»).

² *Кудрявцев В. Н.* Правовое поведение: норма и патология // *Кудрявцев В. Н.* *Избранные труды по социальным наукам: В 3 т. Т. 1* *Общая теория права. Уголовное право.* — М.: Наука, 2002. — С. 21.

³ *Плахов В. Д.* Социальные нормы: философские основания общей теории. — С. 99.

У праксеологічному аспекті *джерела права можуть розглядатися як уособлення і водночас результат суспільного (колективного) досвіду, який формується в процесі соціальної взаємодії*. Цей суспільний досвід характеризується поліструктурністю: на рівні однієї країни (умовно назвемо його мікрорівнем) він втілюється в закони та інші нормативно-правові акти, внутрішні звичаї ділового обороту, судову практику, суспільну правосвідомість, моральні уявлення (розумності, справедливості тощо), які сприймаються більшістю членів суспільства і є визначальними при оцінці юридично значущих обставин. На національному макрорівні (у відносинах між окремими країнами) та мегарівні (відносинами між групами країн) організованість суспільного досвіду, в тому числі в економічній сфері, втілюється в міжнародні дво- та багатосторонні договори та конвенції, право Європейського Союзу як регіональної правової системи, міжнародні торгові звичаї, прецедентну практику Європейського суду з прав людини. Зазначені складові організованого суспільного досвіду на всіх рівнях (мікро-, макро- та мегарівні) перебувають між собою у системних зв'язках, коригуються, доповнюються та збагачуються у взаємодії.

Джерела права в цілому виконують роль параметрів порядку (гр. *parametron* — той (те), що відмірює), які справляють організаційний вплив на людську діяльність (систему дій), і значною мірою динаміка цієї діяльності та стабільність правопорядку в країні пов'язується із тим, наскільки визначеним є місце кожного з джерел права в їх загальній системі.

У реальному потоці соціальної взаємодії виділяються такі підсистеми дій як соціальна, культурна, особистісна, а також поведінський організм. Дослідження договірних відносин, безумовно, проводяться в соціальній підсистемі, але слід пам'ятати, що всі зазначені підсистеми не просто співіснують, а перебувають у *взаємопроникненні*. Через це структурні компоненти кожної системи можуть теоретично розглядатися такими, що одночасно належать різним підсистемам (зокрема, невірно було б стверджувати, що норми поведінки, які здобуваються із соціального досвіду, можуть розглядатися лише як складова особистості індивіда або лише як частина

соціальної системи)¹. Правові приписи діють через психічну діяльність людини. Є підстави припустити, що в людській свідомості норми права як різновид соціальної інформації «напластовуються» на іншу інформацію — нормативну, але не правову (моральні принципи, групові, колективні уявлення про справедливість, розумність тощо) конкретного носія (індивіда як суб'єкта права та учасника певних правовідносин), створюючи підґрунтя для певної поведінки, в тому числі і протизаконної. Через це, наприклад, моральні норми не можуть розглядатися у відриві від норм права, звичаєвих норм, судової практики та навпаки².

Використовуючи як поділ джерел права ознаку державно-владного характеру та належність до певного виду соціального регулювання, всі джерела господарського договірного права можуть бути поділені на такі групи.

До першої групи відносяться *формально-юридичні (інституційні)* джерела, які збігається із формою права як способом внутрішньої організації та зовнішнього виразу правил поведінки, що містяться в нормах права³. За визначенням, головною сферою буття формально-юридичних джерел як результату нормотворчої діяльності органів держави є нормативно-правовий рівень соціального регулювання.

Другу групу складають інші соціальні (*позаяридичні*) джерела, що існують як певні факти соціальної дійсності. До них відносяться норми моралі та звичаї. Особливою характеристикою соціальних джерел є визнання їх державою регуляторами суспільних відносин або безпосередньо (як

¹ Найбільш відомим прикладом взаємопроникнення Т. Парсонс називає інтерналізацію (засвоєння) соціальних об'єктів та культурних норм в особистості індивіда, систематизацію та збереження в пам'яті індивіда змісту досвіду, набутого шляхом навчання (*Парсонс Т. Система современных обществ / Пер. с англ. Л. А. Седова и А. Д. Ковалева; Под ред. М. С. Ковалевой. — М.: Аспект Пресс, 1998. — С. 17*).

² Разом з тим хотілося навести думку Н. Неновські про те, що домінування серед юристів позитивістського мислення послаблює інтерес до всього, що веде за межі норми до неправових факторів (соціальних, психологічних, етичних) для пояснення права (*Неновски Н. Право и ценности / Пер. с болг.; Вступ. ст. и пер. В. М. Сафронова; Под ред. В. Д. Зорькина. — М.: Прогресс, 1987. — С. 137—138*).

³ *Марченко М. Н. Источники права: Учеб. пособие. — М.: ТК Велби, Изд-во «Прспект», 2005. — С. 40.*

звичаїв, в тому числі звичаїв ділового обороту, за умови не-суперечності їх договору або актам цивільного законодавства — ст. 7 ЦК), або опосередковано (наприклад, оцінка судом дій сторін як таких, що порушують загальні засади цивільного законодавства — справедливість, розумність, добросовісність, а також моральні засади суспільства, впливатиме на кваліфікацію договору як дійсного або недійсно-го)¹. Сюди слід включити і формулярне право.

Особливе місце в системі джерел господарського договірного права посідає *судова практика* як результат судового регулювання. Це джерело права формується «на стику» нормативно-правових джерел (форм права), а в ряді випадків — позаюрідичних регуляторів, та договірної само-регуляції.

Такий поділ джерел господарського договірного права, на наш погляд, в цілому відображає і багатогранність соціального регулювання суспільних відносин, у тому числі існування зовнішнього управління (владно-державного) та самоорганізації суспільства, яке у вигляді моральних норм і звичаїв є історично первісним.

Договір як засіб соціального спілкування (соціальна дія) піддається сукупному впливу названих вище джерел, причому в різні епохи домінуючими виступають різні джерела (норми моралі, звичай або закон), і в цілому сполучення таких регуляторів є змінною величиною і залежить від багатьох факторів (політичних, економічних, релігійних тощо). Власне, вплив позаюрідичних регуляторів на суспільні відносини існує постійно і незалежно від визнання їх офіційною доктринами джерелами права. Різниця полягає лише в тому, які саме регулятори сприймаються тим чи іншим суспільством на певному етапі свого розвитку як значущі, основоположні.

Ця теза може бути підкріплена наступними прикладами. Декретом Ради Народних Комісарів «Про суд» від 5 грудня

¹ У невіддіференційованих системах соціальної регуляції (до яких можна віднести і юридичні системи соціалістичних країн) водночас із юридичними нормами вступають в дію потужні моральні імперативи, які не поступаються першим своєю безумовною обов'язковістю. Сила таких систем полягає не лише в їх переважно публічному характері, але й в комплексному, об'єднаному соціальному регуляторі (Алексеев С. С. Наука права // Алексеев С. С. Избранное. — М.: Статут, 2003. — С. 117).

1917 р. було проголошено, що місцеві суди вирішують справи іменем Російської Республіки та керуються в своїх рішеннях та вироках законами урядів, що повалені, за умови, що вони не скасовані революцією та не суперечать революційній совісті та революційній правосвідомості. Скасованими вважалися всі закони, які суперечили декретам Центрального Виконавчого Комітету Рад робочих, солдатських та селянських депутатів та Робочого і Селянського Уряду, а також програмам-мінімум Російської соціал-демократичної робітничої партії та партії соціалістів-революціонерів (ст. 5)¹.

Можна згадати і слова І. Б. Новицького про те, що зміст угоди слід визнавати законним у всіх тих випадках, коли він не суперечить ані конкретним імперативним (безумовно обов'язковим) нормам, *ані політиці партії та уряду* (курсив наш. — О. Б.), ані загальним положенням радянського права². Соціально-економічні зрушення, що відбулися в Україні після розпаду СРСР, призвели до заміни одних неюридичних категорій (політики партії, уряду, революційної совісті) іншими (справедливості та розумності), але поліструктурність джерел права залишилася. Іншими словами, гетерогенність (неоднорідність) джерел права, як і раніше, не виключає між ними відносин комплементарності (взаємодоповнюваності)³ та ієрархічності.

В сучасній літературі звертається увага на те, що в господарсько-правових дослідженнях характеристика джерел господарського права здебільшого зводиться до аналізу господарського законодавства, що збіднює саме поняття джерел прав та обмежує його різновиди лише актами правотворчої діяльності держави⁴. Певною мірою джерела господарського договірною права слід розглядати крізь призму іншого

¹ Декреты Советской власти. Т. 1. 25 октября 1917 г. — 16 марта 1918 г. — М.: Госиздат. полит. лит., 1957. — С. 125.

² Новицкий И. Б. Сделки: Исковая давность. — М.: Госиздат. юрид. лит., 1954. — С. 41.

³ Бергель Ж.-Л. Общая теория права / Под общ. ред. В. И. Даниленко; Пер. с фр. — М.: Издательский дом NOTA BENE. 2000. — С. 101.

⁴ Хозяйственное право: Учебник / В. К. Макутов, Г. Л. Знаменский, В. В. Хахулин и др.; Под ред. В. К. Макутова. — К.: Юринком Интер, 2002. — С. 42.

поняття — джерел господарського права, хоча останніми вони і не поглинаються¹. У господарсько-правовій теорії проблема удосконалення господарського законодавства як головного (в радянський період — чи не єдиного) джерела господарського права активно дискутувалася та була досить ґрунтовно розроблена (насамперед, у працях Г. Л. Знаменського, В. К. Мамутова, В. В. Лаптева).

Ширшим поглядом на джерела господарського права відрізняється новітній підручник з господарського права за редакцією академіка В. К. Мамутова, в якому не тільки визначено джерело господарського права як офіційно визнаний спосіб зовнішнього та внутрішнього (змістовного) виразу правил поведінки в сфері господарювання, що забезпечує їх загальнообов'язкове значення в якості господарсько-правових норм, але й подано класифікацію джерел господарського права (нормативно-правовий акт, правовий звичай, юридичний прецедент, нормативний договір, юридична доктрина)². Але в цілому в сучасній господарсько-правовій літературі, в тому числі навчальних посібниках, джерела

¹ У літературі звертається увага на те, що історично розвиток джерел торгового права відбувався не стільки в лоні цивілістики, скільки паралельно з нею. Як зазначає В. О. Томсінов, з-поміж усіх різновидів західноєвропейського права торгове право в найменшому ступені зазнало впливу римських правових форм. Воно розвивалося насамперед в середовищі торгівців, які мали свої власні організації, управлінські органи та суди. Однаковість правового регулювання торгових відносин в масштабі усєї Західної Європи встановлювалася значною мірою в самій практиці цих відносин, у процесі зіткнення різних норм та звичаїв. Внаслідок цього торгове право вже до XII ст. втілювалося у сукупність раціональних принципів, набуло в певному роді системного характеру. Цьому значно сприяло і те, що провадження у справах в спеціальних торгових судах дуже рано почало документуватися. Із середини XI ст. у Західній Європі почали регулярно з'являтися так звані «торгові кодекси», які первісно були записами прийнятих в комерційному обороті звичаїв (Томсінов В. А. Рецепція римського права в Західній Європі в середні віка: постановка проблеми (Древнее право. Jus antiquum. — № 1(3). 1998. — М.: Спарк, 1998. — С. 171). Схожу думку висловлює Ч. Н. Азімов (Азімов Ч. Поняття і зміст приватного права // Вісник академії правових наук України. — 1998. — № 3(14). — С. 58).

² Хозяйственное право: Учебник / В. К. Мамутов, Г. Л. Знаменский, В. В. Хахулин и др.; Под ред. В. К. Мамутова. — К.: Юринком Интер, 2002. — С. 42—52.

господарського права по традиції (або за інерцією) описуються в основному як система нормативно-правових актів, які регулюють відносини, що складаються в процесі організації та здійснення господарської діяльності, тобто господарське законодавство¹.

Основним джерелом господарського договірною права виходячи із системного тлумачення норм ГК і ЦК є закон (юридичні джерела), найвищим шаблоном якого виступає Конституція України (ст. 8²). Внутрішня підпорядкованість нормативно-правових актів, які регулюють господарські договірні відносини, закріплена в ст. 7 ГК і не відрізняється від ієрархії актів цивільного законодавства (ст. 4 ЦК) За буквральним тлумаченням положень глави 1 ЦК «Цивільне законодавство України» моральні норми (справедливість, добросовісність та розумність) виведені за рамки власне джерел цивільного права і конституційовані як основні *засади* цивільного законодавства. Ці засади будуть розглянуті нами нижче як різновид соціальних норм.

Можна констатувати, що визнання справедливості, розумності та добросовісності засадами цивільного законодавства (ст. 3 ЦК) та введення в систему джерел цивільного права звичаю як соціального джерела зближує правову систему України із західноєвропейськими правовими системами. Має місце і зустрічний процес, який виявляється у «вживлянні» законодавства ЄС та практики Європейського суду з прав людини в національну правову матерію відповідно через прийняття правових норм або через практику національних судів України, насамперед Конституційного Суду України. Разом з тим відповідь на питання про те, якою може бути глибина такого зближення, вже не є однознач-

¹ Щербина В. С. Господарське право: Підручник. — 2-е вид., перероб. і доп. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — С. 67—72; Вінник О. М. Господарське право: Курс лекцій. — К.: Атіка, 2004. — С. 35—37.

² Із закріпленого в Конституції принципу верховенства права, що потребує відповідності законів праву як мірі загальної й рівної для всіх свободи і справедливості, впливає презумпція правового характеру законів. Ця презумпція об'єктивно є засобом, що підсилює цінність і ефективність державних рішень (Тесленко М. Умови ефективності правової охорони конституції // Право України. — 2005. — № 6. — С. 22).

ною та простою. Як зазначає М. М. Марченко, сукупність усіх джерел національного права виступає як загальна система лише стосовно своїх внутрішніх частин, на міжнаціональному ж рівні таких глибоких та системоутворюючих зв'язків, які мають місце між окремими джерелами національного права, не існує. Джерела права тих чи інших правових сімей виступають окремими підсистемами¹.

Можливості зближення, якщо говорити не лише про формальний рівень, а реальну дію правових норм, мають обмеження об'єктивного характеру. Перш за все такі обмеження зумовлюються існуванням глибинної відмінності профільних правових сімей сучасності: романо-германської та загального (прецедентного) права, що утворюють віддиференційовану правову систему, та традиційних сімей (правових сімей східного зразка), що утворюють невіддиференційовану правову систему. Як зазначає С. С. Алексєєв, саме до регуляції східного зразка належало соціалістичне, зокрема радянське, право. Особливістю останнього, умовно названим С. С. Алексєєвим «візантійським», було те, що із зовнішньої сторони воно в тому чи іншому ступені включало до складу юридичної системи сучасні юридичні інститути, які відносяться до західної правової культури, але за його фасадом існувала влада з переважними авторитарними характеристиками².

Те, що за період, який пройшов після розпаду СРСР, у багатьох галузях сучасного українського права безпосередньо або в латентному вигляді (на генетичному рівні) зберігається певна частина норм радянського законодавчого матеріалу, пояснюється процесом наступності у праві. Правосвідомість же змінюється набагато повільнішими за процес нормотворчості темпами, чим, зокрема, пояснюються проміжне становище сучасної правової системи України між двома названими типами правових систем. У формально-юридичному аспекті це виявляється в наявності в системі права України сучасних юридичних конструкцій західного зразка, а у сфері правової ментальності — у тяжінні до

¹ *Марченко М. Н.* Источники права: Учеб. пособие. — С. 106.

² Детально про ці системи див.: *Алексєєв С. С.* Право на порозі нового тисячелеття: некоторые тенденции мирового правового развития — надежда и драма современной эпохи. — М.: Статут, 2000. — С. 52—75.

східної, візантійської правосвідомості, що спирається на православні коріння та моральні норми, які склалися у суспільстві в радянський період¹.

У зв'язку з цим слід підкреслити, що, як справедливо вважає Ю. М. Оборотов, аналіз правового розвитку невіддиференційованих правових систем не може ґрунтуватися на уявленні про те, ці системи начебто виражають собою відсталість правового буття. Правий автор, на наш погляд, також і в тому, що глобалізація породжує не лише утворення одноманітних структур в економіці, політиці, праві окремих країн, але й веде до процесів «глокалізації», тобто адаптації сучасної західної культури до глобальних умов та місцевих традицій².

Ситуація мультикультуризму в сучасному світі, в тому числі у сфері права, не передбачає і не означає поглинання самобутнього, індивідуального спільним та знеособленим. Власне і проблема адаптації господарського законодавства України до законодавства Європейського Союзу, по суті, має вирішуватися саме в контексті взаємодії складних систем (ЄС та національної держави), а не перетворенням їх в єдине ціле³. На тлі такої взаємодії кожна із систем повинна зберігати можливість самоупорядкування, самоорганізації, а в такому сенсі немає підстав вдаватися до копіювання, необґрунтованого запозичення навіть найкращих зразків

¹ Повніше характеристика правової системи України в контексті, що розглядається, може бути подана через поняття правового стилю, який має коріння у канонічному праві та введений у порівняльне правознавство Х. Цвайгертом і Х. Кьотцем. Правовий стиль включає в себе історію походження та розвитку правової системи, пануючу доктрину юридичної думки та її специфіку, своєрідність правових інститутів, правові джерела та методи їх тлумачення, ідеологічні фактори (Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2 т. Т. 2 / Пер. с нем. — М.: Междунар. отношения, 1998. — С. 108). На прикладі господарського договірної права України можна було б проілюструвати особливості кожного з цих елементів правового стилю, і, хоча, це може бути темою окремого дослідження, на деякі з них в цій роботі звертається увага.

² Оборотов Ю. Н. Традиции и обновление в правовой сфере: вопросы теории (от познания к постижению права). — С. 75, 190.

³ Про те, наскільки непростими є процеси правової інтеграції в самому Євросоюзі, свідчать, зокрема, результати голосування по Конституції ЄС у Франції та Нідерландах.

європейського законодавства або певних інституцій. Чужа правова традиція не є тим, у що можна «вступити»¹.

Західні фахівці звертають увагу на те, що уніфікація приватного, в тому числі договірної, права в Європейському Союзі, якщо вона буде досягнута (курсив наш. — О. Б.), в повному обсязі може здійснитися у віддаленому майбутньому, зважаючи на серйозні відмінності між окремими правопорядками як за змістом, так і законодавчою технікою, а також на національні інерційні тенденції². Опосередковано про складнощі прийняття уніфікованих правил відносно комерційних контрактів може свідчити наступне. Відповідно до Статуту Міжнародного інституту уніфікації приватного права від 15 березня 1940 р., UNIDROIT (УНІДРУА) завданням діяльності цієї установи є вивчення засобів гармонізації та зближення приватного права держав або груп держав та поступова підготовка до прийняття різними державами законодавства, що містить уніфіковані норми приватного права. З цією метою Інститут, зокрема, готує проекти законів та конвенцій, спрямованих на прийняття уніфікованого внутрішнього законодавства, та проекти угод з метою покращання

¹ У зв'язку з цим дозволимо собі достатньо докладний відступ філософського характеру. «Говоря о феномене преемственности, можно констатировать, что традиция есть нечто такое, относительно чего нельзя совершить следующий акт, а именно взять и вступить в нее. Начать традицию нельзя и вступить в традицию, если ее нет, тоже нельзя. Об этом важно помнить особенно в случае расшифровки социального контекста, когда проблема состоит в том, что точно так же, как нельзя начать мыслить, так нельзя начать и историю, ибо мы уже должны быть в истории... Гражданином может стать тот, у кого уже есть способность требовать и ожидать быть гражданином. Извне мысль гражданственности воспринять нельзя, если в тебе уже нет этого горизонта. Того горизонта, без которого человек не мог бы даже вообразить свое существование и осмысленную жизнь. Когда горизонт воображения совпадает с допустимой жизнью, тогда человек может жить в демократических сложных институтах. А взять и заимствовать эти институты нельзя. Ничего не получится» (*Мамардашвили М. К. Эстетика мышления. — М.: Московская школа политических исследований, 2000. — С. 64, 66*).

² *Бергман В. Введение к пониманию германского Гражданского уложения // Гражданское уложение Германии = Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz: Ввод. закон к Гражд. уложению; Пер. с нем.; Науч. ред. — А. Л. Маковский (и др.). — М.: Волтерс Клувер, 2004. — С. XV.*

міжнародних відносин у сфері приватного права (ст. 1)¹. За увесь період діяльності УНІДРУА його найбільш вагомими здобутками стали Конвенція про міжнародний фінансовий лізинг, Конвенція щодо міжнародної оренди обладнання, Конвенція про міжнародний факторинг. Проте статус цих конвенцій, тобто кількість країн, що підписали, ратифікували або приєдналися до них, свідчить про те, що охоплення цими конвенціями хоча б усього європейського економічного простору – справа невизначеного майбутнього².

Крім того, проблема зближення законодавства України та ЄС існує не тільки і не стільки у сфері регулювання негосподарських (цивільно-правових) договірних відносин, але в таких суто публічних сферах господарювання як електроенергетика, постачання енергоносіїв, державні закупівлі. Поза такими публічними сферами достатньо ефективно виявляють свої регулятивні властивості такі акти, як Принципи міжнародних комерційних договорів (Принципи УНІДРУА) та Принципи європейського контрактного права³.

¹ <http://zakon.rada.gov.ua>

² Напевне, не випадково у вступі до Принципів міжнародних комерційних договорів, опублікованих у 1994 р., Адміністративна рада УНІДРУА відзначила, що спроби міжнародної уніфікації права, які набували форми обов'язкових документів (наднаціонального законодавства або конвенцій, або модельних законів), мають тенденцію до фрагментарності і піддаються ризику залишитися мертвою буквою. Через це все частіше висловлюються пропозиції звернутися до незаконодавчих засобів уніфікації чи гармонізації права (Принципы международных коммерческих договоров. — М.: Междунар. отношения, 2003. — С. xvii).

³ Принципи УНІДРУА регулюють міжнародні комерційні контракти, в той час як Європейські принципи мають застосовуватись до всіх видів контрактів, включаючи відносини суто внутрішньодержавного характеру та таких, що укладаються між продавцем та споживачами. Більше того, в той час як територіальна сфера впливу Принципів УНІДРУА є універсальною, така сфера впливу Європейських принципів обмежена країнами-членами ЄС. З цього випливає, що ці два акти на практиці не тільки не пересікаються, але і можуть вдало співіснувати і відігравати однаково важливу, але не взаємозамінну, роль. Звичайно, поза Європою чи у комерційних відносинах з неєвропейцями будуть застосовуватись Принципи УНІДРУА, в той час як у межах Європейського Союзу чи у суто внутрішньоєвропейських контрактах, особливо між продавцями та споживачами, будуть мати перевагу Європейські принципи (*Bonell Michael Joachim. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes? / http: www.cisg.law.pace.edu/ cisg/biblio/bonnell96.html*).

Таким чином, оскільки договори являють собою соціальне явище, слід ставити питання не тільки про необхідність, але й про об'єктивно обмежені можливості гармонізації та уніфікації українського законодавства із правом ЄС. Зрозуміло, що, оскільки соціальні регулятори (звичаї ділового обороту, в тому числі міжнародні, та норми моралі) знаходяться поза сферою впливу законодавця будь-якої країни, в тому числі і керівних органів ЄС, можна стверджувати, що практика реалізації правових норм (або соціальний механізм їх дії) завжди буде коригуватися дією інших (нормативно-правових) регуляторів.

Іманентною особливістю будь-якої соціальної системи є наявність ціннісних регуляторів, особливе місце серед яких посідають моральні норми як складова соціальних регуляторів. Так само, як і інші регулятори, моральні норми «виростають» із предметно-практичної діяльності людей, формуючись в процесі співіснування і спільної діяльності членів суспільства та їх асоціацій, а тому за визначенням не можуть належати лише одній галузі права¹. В залежності від типу праворозуміння моральні норми можуть досліджуватися і як онтологічні (буттєві засади природного права²), і як аксіологічні категорії (як цінності в позитивному праві). Межі цього дослідження не дозволяють заглиблення у філософсько-правову проблематику моральних категорій, через що в рамках питання джерел господарського договірного права ми звернемо увагу на наступне.

До стислого аналізу моральних норм як соціальних регуляторів господарських договірних відносин спонукають

¹ Деякі з них (добросовісність та справедливість) було запропоновано іменувати правовими стандартами (Лукич Р. *Методологія права*. — М.: Прогресс, 1981. — С. 272).

² Природне право на відміну від позитивного в своїй основі не є жодним чином об'єктивованим і організованим правом. Упорядкований, формально-організований характер природне право набуває лише тоді, як зазначає М. М. Марченко, коли воно співвідноситься із іншими внутрішньоорганізованими явищами, що знаходяться за його межами, і, насамперед, позитивним правом. У тих випадках, коли природне право існує безвідносно до його взаємного зв'язку і взаємодії із позитивним правом, воно функціонує не інакше, як в *усній формі*, що передається від покоління до покоління (Марченко М. Н. *Источники права: Учеб. пособие*. — М.: ТК Велби, Изд-во «Проспект», 2005. — С. 91, 94).

не лише новели у цивільному законодавстві, але й рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень ст. 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) від 2 листопада 2004 р. № 15-рп/2004, в якому КСУ сформулював доктринальні визначення верховенства права та справедливості¹. Одним із проявів верховенства права, на думку КСУ, є те, що воно (право) не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а включає й інші соціальні регулятори, зокрема норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства. Таке розуміння права не дає підстав для його ототожнення із законом, який іноді може бути і несправедливим, у тому числі обмежувати свободу та рівність особи. Справедливість же є однією з основних засад права, вирішальною у визначенні його як регулятора суспільних відносин, одним із загальнолюдських вимірів права. У сфері реалізації права справедливість проявляється, зокрема, у рівності всіх перед законом, відповідності злочину і покарання, цілях законодавця і засобах, що обираються для їх досягнення². До категорії справедливості КСУ звертався і в інших рішеннях³.

¹ Урядовий кур'єр. — 17 листопада 2004 р. — № 219.

² Такий погляд сформований, вочевидь, під впливом лібертарної теорії права, одним із постулатів якої є розрізнення, якщо не протиставлення, права та закону.

³ Так, у рішенні КСУ у справі за конституційним поданням 48 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень п. 1.17 ст. 1, ст. 8 Закону України «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами» (справа про податкову заставу) від 24 березня 2005 р. № 2-рп/2005 звертається увага на конституційність вимоги справедливості та розмірності. КСУ зазначив, що положення оспорюваного підpunkту Закону та практика його застосування свідчать про те, що право податкової застави поширюється практично на всі види активів платника податків, але при цьому не враховуються адекватність суми податкового зобов'язання чи податкового боргу з розміром заставлених активів платника податків, що не сприяє справедливому вирішенню питань податкової застави між суб'єктами податкових відносин. Конституційні вимоги справедливості та розмірності означають, що розмір податкової

Не вдаючись до дискусії обґрунтованості включення Конституційним Судом України до поняття права інших соціальних регуляторів, оскільки рішення органу конституційної юрисдикції не є науковим трактатом, і в цілому підтримуючи такий підхід до оцінки норми закону на відповідність Конституції, дозволимо собі поставити під сумнів можливість визначення права через категорію справедливості. Таке визначення неможливе не лише через його тавтологічність, зумовлену спільним коренем слів, але й насамперед, через те, що справедливість є вищою цінністю, забезпечувати яку повинно позитивне право (закон).

Мораль являє собою сферу достатньо жорсткої детермінованості людської поведінки зовнішніми соціальними факторами. Загальнолюдський та особистісний рівні існування моралі характеризують її як один із способів вирішення суперечностей між колективним та індивідуальним, і, відповідно, основними соціальними функціями моралі можна вважати регулятивну, ціннісно-орієнтуючу та функцію соціалізації.

З соціологічних позицій норми моралі як різновиди соціальних норм можуть розглядатися як соціальні факти, тобто способи мислення, діяльності та відчуттів, що знаходяться поза індивідом та наділені стосовно нього примусовою силою¹. Специфіка соціального примусу, як визначав Е. Дюркгайм, полягає в тому, що він зумовлюється престижем, яким наділені такі уявлення, причому індивіди повинні постійно пристосовуватися до реально існуючих ко-

застави виходячи із загальних принципів права повинен відповідати сумі податкового зобов'язання. Розмірність як елемент принципу справедливості передбачає встановлення публічно-правового обмеження розпорядження активами платника податків за несплату чи несвоєчасну сплату податкового зобов'язання та диференціювання такого обмеження залежно від розміру несплати платником податкового боргу // Урядовий кур'єр. — 20 квітня 2005 року. — № 73.

¹ «Система знаків, якими я користуюсь для висловлення своїх думок, грошова система, що застосовується для сплати боргу, знаряддя кредиту, які слугують мені в моїх комерційних відносинах, звичаї, яких дотримуються в моїй професії, — все це функціонує незалежно від індивідуальних свідомостей» (Дюркгейм Э. Социология: Ее предмет, метод, предназначение. — С. 30, 31).

лективних способів дій або мислення. Звідси висновок про те, що суб'єкт перебуває під примусом не тільки певних соціальних інститутів (держави, соціальної групи, до якої він належить, релігійних інституцій тощо), але і усталених соціальних фактів¹. Певні типи поведінки в суспільстві диктуються суб'єкту ззовні незалежно від його бажання, але в ситуації, коли суб'єкт добровільно пристосовується до них, соціальний примус практично не відчувається².

Мораль, формуючись у духовній сфері життя суспільства не інституалізується, тобто не відокремлюється від суспільної свідомості, існуючи в ній у вигляді уявлень про справедливість, добро, честь, совість, гідність, порядність та інші (причому вони обов'язково мають свою парну категорію — несправедливість, зло, безчестя, недобросовісність, негідність, непорядність тощо).

Наповнення моральних норм конкретним змістом лише на логічному (теоретичному) рівні є неможливим, адже обов'язковою є наявність не тільки конкретної поведінки в певній сфері, яка (поведінка) має бути оцінена з моральних позицій (наприклад, недобросовісна конкуренція)³, але й

¹ Дюркгейм Э. Знач. праця. — С. 19, 20.

² Свобода суб'єкта зводиться або до пристосовування до вимог соціальної необхідності в міру своїх адаптивних властивостей, або пошуку «ніш», в межах яких можливо було б залишатися не досяжним до таких вимог, але така поведінка вже не може вважатися моральною (Бачинин В. А., Сальников В. П. Философия права: Краткий словарь. — СПб.: Изд-во «Лань», 2000. — С. 189).

³ Так, у загальнотеоретичному аспекті вимога добросовісності уявляється як вимога вибору моральної поведінки серед інших варіантів поведінки на основі власної внутрішньої оцінки ситуації, самоконтролю. Вимога розумності ще більш загальна, ніж вимога добросовісності, адже це вимога, перш за все, здорового глузду, заснована на досвіді повсякденного буття, вирішувати питання в будь-якій сфері діяльності на основі знань, «із знанням справи», з певною долею обачливості, із врахуванням досвіду попередніх поколінь (Черданцев А. Ф. Толкование права и договора: Учеб. пособие для вузов. — М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2003. — С. 339). Іншим буде визначення понять добросовісності та розумності в цивільному праві див., зокрема: Емельянов В. И. Разумность, добросовестность, незлоупотребление гражданскими правами. — М.: Лекс-Книга, 2002. — С. 91—98, 115—120; Богданов Е. Категория «добросовестности» в гражданском праве // Российская юстиция. — 1999. — № 9. — С. 12—14.

певного соціокультурного та історичного контексту¹. Разом з тим застосування в судовій практиці саме таких обмежувачів свободи є найбільш складним через абстрактність формулювання та оціночний характер².

Неможливість формально-юридичного закріплення змісту моральних категорій з соціологічних позицій зумовлюється, на наш погляд, також соціальною стратифікацією суспільства, внаслідок чого в різних соціальних стратах формуються різні уявлення про моральність поведінки саме в межах цієї страти або певного роду занять. І. В. Блауберг та Е. Г. Юдін зазначали, що в життєдіяльності кожного рівня або сфери соціальної системи можна виділити *ціннісний інваріант*, тобто групу (систему) цінностей³, який існує в двох аспектах:

— як сукупність норм та ідеалів, притаманних *певній соціальній системі в цілому*. Такі цінності та норми забезпечують стабільність системи шляхом регулювання соціаль-

¹ Так, від моменту прийняття головного документа Французької революції 1789 р. — Декларації прав людини і громадянина, правозахисниками усього світу обчислюється початок ери торжества принципів природного права, хоча цей документ не поширював свою дію на жінок. Право жінок на громадянство в Декларації взагалі не оговорювалося — ані у формі визнання, ані у формі винятку (*Поленина С. В. Мультикультуризм і права человека // Государство и право. — 2005. — № 5. — С. 72*).

² Ані доктрина, ані закон не можуть дати вичерпної відповіді на питання про те, як суддя повинен застосовувати при розгляді господарських договірних спорів моральні (етичні) категорії. Безсумнівно, інтерпретація моральних категорій при вирішенні справи входить до інтелектуального процесу прийняття рішення. Проте закон не говорить ані про «розумність», ані про «справедливість» окремого судді. Натомість у законодавчих актах, якими регулюється статус суддів та порядок здійснення судочинства, деталізується конституційна норма про те, що судді при здійсненні правосуддя незалежні та підкоряються *лише закону* (ст. 129 Конституції України). Так, ст. 6 Закону України «Про статус суддів» встановлює обов'язок суддів не допускати вчинків та будь-яких дій, що порочать звання судді і можуть викликати сумнів у його об'єктивності, неупередженості та незалежності (ВВР. — 1993. — № 8. — Ст. 56).

³ Прикладом ціннісного інваріанта, існування якого у сфері підприємницької діяльності презумується, є *чесні звичаї* (за термінологією законів України «Про захист економічної конкуренції» та «Про захист від недобросовісної конкуренції»).

них відносин та значною мірою визначають напрямок її розвитку¹;

— як сукупність норм та цінностей у вузькому значенні, що визначають загальну орієнтацію діяльності суб'єкта (індивіда) та виступають як один з головних компонентів структури *особистості*. Зазвичай у соціальних організаціях одночасно діє декілька таких систем цінностей, що виявляється у різній *ціннісній орієнтації різних груп індивідів*.

Реальна дія системи цінностей складається як результат взаємодії та взаємовизначення цих двох сукупностей. Причому для групи (або індивіда) важлива не тільки узгодженість їх варіанта з інваріантом, але й збереження варіативності (як однієї з основних умов індивідуалізації суб'єктів та їх асоціацій)². Отже, для суспільства виявляється вкрай важливим, аби варіанти цінностей (різних систем цінностей) суб'єктів договірних відносин виражали існуючий ціннісний інваріант або хоча б співвідносилися із ним.

Оскільки моральні (етичні) норми як цінності є, по суті, уявленнями про бажаний тип соціальної системи, які регулюють процеси прийняття суб'єктами дій певних зобов'язань³, можна констатувати, що в різних соціальних групах суспільства виникають, функціонують та з часом припиняють своє існування різноманітні етичні стереотипи поведінки (як, зокрема, правила чесної поведінки в підприємницькій діяльності)⁴. У діловій практиці тради-

¹ Прикладом такої норми-цінності виступає норма ст. 3 Конституції України, відповідно до якої людина, її життя і здоров'я, недоторканність та безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю.

² *Блауберг И. В., Юдин Э. Г.* Становление и сущность системного подхода. — М.: Наука, 1973. — С. 245.

³ *Парсонс Т.* Система современных обществ / Пер. с англ. Л. А. Седова и А. Д. Ковалева; Под ред. М. С. Ковалевой. — М.: Аспект Пресс, 1998. — С. 18.

⁴ У західній правовій традиції економічна ментальність формувалася на релігійному (християнському) ґрунті та елліністичній філософії. В літературі зверталася увага на те, що розвитку торгового права сприяло те, що із поширенням християнства, яке проповідувало рівність між людьми та свободу особистості, суттєво змінилися погляди на фізичну працю та визнання достойними поваги будь-яких галузей чесної праці. Але в православній (ортодоксальній) культурі господарська етика (етика мирської поведінки в сфері підприємництва)

ційно високо цінувалися моральні якості комерсанта, про що свідчать багато історичних прикладів¹. В умовах переходу до ринкової економіки, як справедливо зазначає Н. О. Саніахметова, проблема дотримання етичних стандартів у підприємницькій діяльності та формування належного морального клімату в цій сфері набувають усе більшого значення. В цілому ми підтримуємо і саму постановку питання про соціальну відповідальність суб'єктів господарювання, яка виходить за правові межі, але має ними усвідомлюватися і виявлятися у дотримуванні морально-етичних правил, запровадженні їх на локальному рівні в етичні кодекси (кодекси поведінки, кодекси відповідальності), і пропозицію закріпити в Господарському кодексі обов'язок суб'єктів господарювання дотримуватися принципів добровільності, рівності, справедливості, чесності, довіри, а також загальноприйнятих правил підприєм-

ніколи спеціально не розроблялася, богословським чином не обґрунтовувалася і не була присутня як одна із центральних проблем людського буття, спілкування та співіснування людини із Богом. Можна в цілому погодитися із Г. Мироною і в тому, що в найбільш загальному плані сутнісні особливості православної духовності та західної практичної раціональності виявляються максимально протилежними, навіть не сумісними. Через це народ, вихований на традиціях православних цінностей, природно виявляється не спроможним до ринкової економічної та соціальної самостійності, до прийняття на себе певних форм ризику та орієнтації на отримання прибутку (*Миронова Г. Філософсько-правова парадигма ринкової трансформації в Україні: досвід використання веберівської методології // Підприємництво, господарство і право. — 2003. — № 6. — С. 124*). Уявляється, що це лише одна з причин, хоча і безумовно важлива, що ускладнюють становлення ринкових відносин в Україні.

¹ Наприклад, у 1896 р. на всіх німецьких біржах були засновані суди честі, які повинні були притягати до відповідальності відвідувачів біржі, які в своїй біржовій діяльності вчинили проступок, не сумісний із честю або правом на купецьку повагу (наприклад, планомірно намагалися впливати на курс неправдивими плітками, підкупом тощо). До порушників суди честі застосовували такі покарання, як зауваження та тимчасове або остаточне виключення з біржі. Той, хто одного разу виключався із будь-якої біржі, вже ніколи не міг бути прийнятий на іншу. Таким чином, в судах честі німецькі біржі знайшли засіб позбавлення від аморальних елементів (*Штиллих О. Биржа и ее деятельность / Пер. с нем. — СПб., 1992. — С. 36, 37*).

ницької етики¹. Проте, як уявляється, реалізація такої норми як вихідної (норми-принципу) безпосередньо не може забезпечуватися відповідними санкціями (принаймні, у випадках, коли в діях суб'єкта господарювання відсутній склад конкретного правопорушення, за вчинення якого наступають передбачені законодавцем негативні наслідки).

На співвідношення моральних та правових норм та існуючі між ними відмінності неодноразово зверталася увага в літературі². В цілому питання взаємодії моральних та правових норм є достатньо складним та неоднозначним, і в залежності від обраного кута зору на нього можуть бути отримані полярні відповіді аж до неможливості зіставлення права (культурного поняття) та моралі (ціннісного поняття) як несумірних величин³. Втім, спираючись на методологічний інструментарій цієї роботи, ми можемо стверджувати наступне. Моральні і правові норми мають спільний предмет регулювання, охоплюю-

¹ *Саніахметова Н. О.* Значення соціальної відповідальності та етики господарської діяльності для попередження економічної злочинності // Субъекты хозяйствования и экономическая преступность: вопросы предупреждения: Сб. матер. «Круглого стола» (Донецк, 1 ноября 2001 г.). — Донецк: ІЭПІ НАН України, ООО «Юго-Восток, Лтд», 2002. — С. 55.

² *Венгеров А. Б.* Теория государства и права: Учебник для юрид. вузов. — 3-е изд. — М.: Юриспруденція, 2000. — С. 307—309; Теория государства и права: Учебник для юрид. вузов и факультетов / Под ред. В. М. Корельского и В. Д. Перевалова. — М.: Изд. группа НОРМА-ИНФРА-М, 1998. — С. 249—253; *Радбрух Г.* Философия права / Пер. с нем. — М.: Междунар. отношения, 2004. — С. 49—59; *Бержель Ж.-Л.* Общая теория права / Под общ. ред. В. И. Даниленко; Пер. с фр. — М.: Издательский дом NOTA BENE, 2000. — С. 90—94; Проблемы общей теории права и государства: Учебник для вузов / Под общ. ред. члена-корр. РАН, докт. юрид. наук, проф. В. С. Нерсисянца. — М.: Изд. группа НОРМА-ИНФРА-М, 1999. — С. 204—212.

³ Як стверджує Г. Радбрух, право первісно настільки є чужим моралі, настільки відмінно від неї і навіть протилежне, їй, наскільки надалі це не перешкоджає йому в якості засобу реалізації моральної цінності брати участь в наданні цінності власній цілі і тим самим, із застереженням про збереження власної самостійності, бути втягнутим у сферу моралі (*Радбрух Г.* Философия права / Пер. с нем. — М.: Междунар. отношения, 2004. — С. 49, 59).

чи серед іншого і договірні відносини в сфері господарювання¹, і завжди, як факти соціальної дійсності, являють собою фіксацію існуючого та формулювання на його основі (належного) обов'язкового. З огляду на це слід визнати, що і моральні, і правові норми мають *єдину спільну мету* — належну організацію життя в суспільстві (в тому числі і в господарських договірних відносинах), але відрізняються способами досягнення цієї мети².

Уявляється цінною думка Г. Радбруха про те, що право *слугує* моралі, але не через покладення на суб'єкта правових обов'язків, а через права, які гарантуються правом. Право звертається до моралі не обов'язками, а правами. Воно гарантує індивіду права, щоб ці права найкраще забезпечували виконання індивідом своїх обов'язків³.

Слід звернути увагу на те, що моральні правила поведінки, які формуються суспільством для *його* потреб та інтересів у певних часових параметрах, не тільки виступають регуляторами відносин, в які вступають члени суспільства, але й слугують критеріями для *обмеження* певного кола прав людини, тобто звуження їх обсягу на передбачених законом підставах і у певному порядку⁴.

Регулятивна взаємодія моральних і правових норм виявляється і через закріплення оціночних понять морально-

¹ Хоча не можна не звернути увагу на те, що в сфері господарювання інтенсивність дії моральних норм виявляється порівняно із правовими нормами нижчою. Як слушно зауважує А. Б. Венгеров, норми моралі навряд чи зможуть замінити право в сфері суспільного виробництва, де потребується чітка регламентація, однозначні рішення, що виключають різні тлумачення тощо (Венгеров А. Б. Теория государства и права: Учебник для юрид. вузов. — 3-е изд. — М.: Юриспруденция, 2000. — С. 308).

² Тут ми не можемо погодитися із Ж.-Л. Бержель, який вважає, що така мета притаманна лише праву, а метою моралі виступає удосконалення людини (Бержель Ж.-Л. Общая теория права / Под общ. ред. В. И. Даниленко; Пер. с фр. — М.: Издательский дом NOTA BENE. 2000. — С. 93).

³ Як приклад наводиться ст. 152 Конституції Веймарської республіки, відповідно до якої власність зобов'язує, а її використання повинно одночасно слугувати і загальному благу (Радбрух Г. Философия права / Пер. с нем. — М.: Междунар. отношения, 2004. — С. 58).

⁴ Селівон М. Критерії обмеження прав людини у практиці конституційного правосуддя // Вісник Конституційного Суду України. — 2005. — № 3. — С. 40—45.

го характеру в законодавчих актах. Це свідчить, з одного боку, про те, що моральні норми можуть виконувати функції підстав юридичної оцінки¹, а з іншого — порушення моральних засад суспільства може в ряді випадків бути достатнім для настання відповідних правових наслідків².

Обов'язковість дотримання норм моралі (вони як норми-засади завжди є нормами імперативними) закріплена в Цивільному кодексі, хоча вони і раніше визнавалися регуляторами цивільних відносин. Вони були відомі старому українському праву³, називалися як такі в окремих положеннях Статуту торгового Російської імперії (добра совість та порядність, чесність у веденні справ, особливо в тих сферах, де

¹ Оцінки, які здійснюються при реалізації права слугують засобом розвитку і конкретизації (індивідуалізації) юридично обов'язкового. При дотриманні та виконанні норм оцінка набуває форми самооцінки: суб'єкт оцінює та осмислює свої майбутні дії, беручи до уваги в сукупності існуючу офіційну оцінку (закріплену в нормі права), *передбачувану конкретну* майбутню оцінку його діям, яку можуть дати державні органи та суспільна правосвідомість. Оскільки дотримання та виконання є формами, за допомогою яких норми права втілюються в життя, самооцінка суб'єктів права має важливе значення для їх правомірної чи неправомірної поведінки, і, відповідно, для міцності правопорядку (Неновски Н. Право и ценности. — С. 166—167).

² До цього питання ми повернемося в третьому розділі роботи в контексті питання про недійсність господарських договорів.

³ Так, відповідно до § 28 розділу XI «Зібрання малоросійських прав 1807 р.» «будь-який наймач повинен в усьому вчиняти по договору або по найму, а якщо в контракті або договорі найму чогось не згадано, має робити по пристойності та порядності» (Собрание малороссийских прав 1807 г. // АН Украины, Ин-т гос-ва и права и др.; Сост.: К. А. Вислобов и др. — К.: Наук. думка, 1992. — С. 108).

⁴ Можна сказати, що в деяких випадках законодавець, встановлюючи відповідні склади правопорушень, ставив на один щабель такі порушення, як невиконання зобов'язань за угодами, незаконне маклерство або звернення за посередництвом до незаконних маклерів, з одного боку, та розмови про справи політичні або розпорядження військових, примноження непристойних чуток, порушення на біржі тиші та порядку, поширення на біржі завідомо неправдивих відомостей, з іншого боку, і встановлення однакової міри відповідальності у вигляді позбавлення права відвідувати біржові зібрання на строк до одного року (ст. 662 Статуту торгового) (Устав торговый (т. XI, ч. 2, изд. 1903 г., по сводному продолжению 1912 г.). — 2-е изд. пересмотр. и доп.; Составил присяжный поверенный Я. М. Гессен. — СПб., 1914. — С. 393).

допускалося досить широке самоуправління торговців)⁴. Стаття 5 ЦК 1963 р. приписувала необхідність дотримання правил соціалістичного співжиття та моральних принципів суспільства, яке будує комунізм¹. Статтею 5 Основ цивільно-го законодавства Союзу РСР та республік 1991 р. визначалося, що при здійсненні цивільних прав громадяни та юридичні особи повинні поважати моральні принципи суспільства та правила ділової етики².

У цілому оціночні поняття досить поширені в правовій матерії. Не маючи на меті охопити усі випадки використання оціночних понять як в українському законодавстві, так і в законодавствах інших країн, а також міжнародних актах, наведемо лише декілька прикладів. Так, поняття добросовісності («good faith») використовується у Віденській конвенції про право міжнародних договорів, у преамбулі до якої добросовісність визначена як ключовий елемент принципу *pacta sunt servanda*. Стаття 26 «*Pacta sunt servanda*» цієї Конвенції визначає, що кожний чинний договір є обов'язковим для його учасників та повинен ними *добросовісно* виконуватися. Як визначав І. С. Перетерський, добросовісність повинна розумітися в загальнолюдському сенсі як чесність, відсутність протиріччя між тим, що людина думає і що говорить, прагнення виконати кожну справу найкращим чином³. Вимога добросовісності, за визначенням коментаторів Конвенції, найбільш чітко відображає імперативний характер принципу *pacta sunt servanda*: держави не можуть ігнорувати добросовісність у своїх взаєминах, не

¹ У зв'язку з цим уявляється безпідставним прирівнювання таких правил та принципів до звичаїв (Цивільний кодекс України: Коментар. — 2-е вид. — Харків: ТОВ «Одісей», 2004. — С. 13). Це питання було вирішено ще в радянській цивілістиці: по-перше, на відміну від звичаю правила соціалістичного співжиття не супроводжуються зовнішньопримусовою санкцією, а, по-друге, звичай застосовується у випадках, передбачених законом, в той час як застосування правил (соціальних норм) є загальним обов'язком незалежно від вказівки закону (*Вильнянський С. И.* Лекции по советскому гражданскому праву. Ч. 1. — Харьков: Изд-во Харьков. гос. ун-та им. А. М. Горького, 1958. — С. 55).

² Ведомости съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР. — 26 июня 1991 г. — № 26. — Ст. 733.

³ *Перетерский И. С.* Толкование международных договоров. — М., 1959. — С. 152—155.

підриваючи при цьому основи міжнародного правопорядку, навіть діючи узгоджено, вони не мають права відступати від добросовісності виконання зобов'язань, свобода договірно-го нормотворення на локальній основі не припускається. Добросовісність стосовно міжнародного договору означає не тільки точне виконання учасниками зобов'язань, що випливають з нього, але й утримання від дій, які позбавили б договір його об'єкта та цілі, та незловживання своїми правами¹. Про необхідність дотримання добросовісності в міжнародній торгівлі говорить стаття 7 Віденської конвенції про договори міжнародної купівлі-продажу товарів². На необхідність дотримання моральних норм вказується в цивільних та комерційних кодексах ряду зарубіжних країн³.

Особливості моральних норм виявляються в їх статусі як універсальних цінностей, які спрямовують формування, функціонування та розвиток правової системи країни в цілому, пронизуючи всі її елементи (систему права, юридичну практику та правосвідомість).

¹ Венская конвенция о праве международных договоров: Комментарий. — М.: Юрид. лит., 1997. — С. 67.

² Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров: Комментарий. — М.: Юрид. лит., 1994. — 320 с.

³ Заслуговує на увагу ретельність, з якою законодавець підійшов до категорії добросовісності в Уніфікованому торговому кодексі США (UCC). Так, стаття 1-203 UCC говорить про те, що будь-який договір або зобов'язання в рамках цього Кодексу покладає обов'язок добросовісності при їх виконанні. За змістом статей 1-201, 2-103 UCC добросовісність стосовно комерсанта означає фактичну чесність в поведінці або угоді, про які йдеться, та дотримання розумних комерційних критеріїв чесного ведення торгових справ. До речі, в UCC проблема співвідношення моральних норм та договору як джерел регулювання відносин між сторонами визначена в UCC досить чітко: наслідки, що випливають з положень Кодексу, можуть змінюватися угодою, якщо інше не передбачено самим Кодексом, з тим, щоб визначені в Кодексі обов'язки добросовісності, турботливості, розумності та старанності не відмінялися угодою (ст. 1-102). За законодавством США, якщо предмет договору суперечить нормам федерального законодавства або добрим звичаям суспільства, договір визнається недійсним у всіх штатах. Поняття «добрі звичаї» в законодавчих актах штатів не визначається і має бути визначене і витлумачене судом (Єдинообразный торговый кодекс США / Пер. с англ. — М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996. — 427 с. — (Серия: Современное зарубежное и международное частное право).

Визнання аксіологічного (ціннісного) статусу моральних категорій у праві означає і те, що вони не обов'язково мають фіксуватися в тексті законодавчого акта. Адже як вихідні ідеї вони не тільки не можуть монополізуватися окремою галуззю права, але й не є надбанням і винятковою прерогативою *ratio scripta*¹. Втім, з приводу останнього в літературі зустрічаються й інші позиції. Так, Т. В. Боднар зазначає, що поєднання в ГК публічно-правового регулювання відносин у сфері господарювання з їх приватно-правовим регулюванням, із наданням пріоритету останньому, очевидно, і є причиною того, що ГК України не називає принципи добросовісності, розумності, справедливості ані серед загальних принципів господарювання, ані серед принципів підприємницької діяльності². Проте, на наш погляд, поєднання публічно-правових та приватно-правових регуляторів не є тим чинником, що унеможлиблює визнання за моральними (оціночними) категоріями статусу принципів господарського права (господарського законодавства).

Крім того, що вже було сказано вище про універсальність моральних норм як цінностей права в цілому, застосування «суто цивілістичних» категорій добросовісності, розумності та справедливості до господарських відносин, у тому числі договірних, стає можливим та необхідним завдяки тим нормам ГК, які відсилають з нерегульованих ГК питань до загальних положень ЦК. Очевидно, що засади добросовісності, розумності та справедливості як вихідні ідеї в праві виявляють свою регулятивну силу в різних галузях права, доповнюючись галузевими принципами та утворюючи разом з ними системи галузевих правових принципів. Хоча при цьому, безумовно, регулятивні особливості моральних категорій в різних галузях виявляються по-різному і зале-

¹ Навряд чи у кого викликало сумнів те, що і до набуття чинності ЦК 2003 р. цивільні відносини презумптивно ґрунтувалися на засадах справедливості, добросовісності та розумності, але в навчальній та монографічній літературі про них саме в таких поняттях заговорили лише тоді, коли в проєкті ЦК, а пізніше — в офіційному тексті вони набули статусу засад цивільного законодавства.

² Боднар Т. В. Теоретичні проблеми виконання договірних зобов'язань (цивільно-правовий аспект): Дис. ... докт. юрид. наук. — К., 2005. — С. 162.

жать від характеру суспільних відносин, що охоплюється певною сферою нормативно-правового регулювання. Так, у Кримінальному кодексі України справедливість не визнається як принцип кримінального права¹, хоча, на нашу думку, саме через публічно-правовий характер кримінального права дотримання принципу справедливості виявляється найбільш злободенним та таким, що потребує неухильного дотримання в законотворчому процесі та практиці правозастосування.

Саме із необхідністю забезпечення справедливості як складової верховенства права в кримінальному праві, на наш погляд, пов'язується рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статей 24, 58, 59, 60, 93, 190-1 Кримінального кодексу України в частині, що передбачає смертну кару як вид покарання (справа про смертну кару) від 29 грудня 1999 р. № 11-рп/99². КСУ зазначив, що, виходячи з того, що Україна є соціальною, демократичною і правовою державою (ст. 1 Конституції України), смертна кара як вид покарання має розглядатись як така, що не узгоджується з зазначеними положеннями Конституції України. Смертна кара як вид покарання суперечить також ст. 28 Конституції України, відповідно до якої «ніхто не може бути підданий катуванню, жорстокому, нелюдському або такому, що принижує його гідність, поводженню чи покаранню», що відтворює положення ст. 3 Конвенції про захист прав і основних свобод людини 1950 р. Уявляється не

¹ Хоча в спеціальній літературі цей принцип є предметом уваги. Наприклад, зазначається, що принцип справедливості у кримінальному праві має два аспекти: справедливість кримінального закону та справедливість покарання, яке призначається судом за злочин. Справедливим є закон, який відповідає вимогам соціальної обґрунтованості криміналізації діянь та пеналізації злочинів. Справедливість покарання реалізується в нормах про систему та види покарань, призначення покарання, звільнення від кримінальної відповідальності та покарання (Курс уголовного права: Общая часть. Т. 1: Учение о преступлении: Учебник для вузов / Под ред. докт. юрид. наук, проф. Н. Ф. Кузнецовой и канд. юрид. наук, доц. И. М. Тяжковой. — М.: ИКД «Зерцало-М», 2002. — С. 75—77).

² ОВУ. — 2000. — № 4. — Ст. 126.

випадковим і те, що КСУ в своєму розумінні справедливості, викладеному у справі щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень ст. 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) від 2 листопада 2004 р. № 15-рп/2004, не обмежився лише цілями КК («справедливістю у кримінальному праві»), але дав тлумачення справедливості в найбільш широкому, загальноправовому розумінні¹.

Іншим прикладом можуть слугувати положення ст. 2 КАС, відповідно до якої адміністративні суди у справах щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень повинні перевіряти, чи прийняті (вчинені) вони, зокрема, добросовісно і розсудливо та із дотриманням принципу рівності перед законом, запобігаючи несправедливій дискримінації. виправданість запровадження таких оціночних понять в практику адміністративних судів не є, на наш погляд, безспірною. Безперечно, моральні категорії розумності, добросовісності, справедливості мають розглядатися як стандарти поведінки суб'єкта в будь-якій сфері суспільної діяльності, в тому числі управлінської. Проте формування компетенції суб'єктів владних повноважень відбувається за принципом, встановленим ст. 19 Конституції України: органи держави та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти *лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України* («дозволено те, що прямо передбачено законом»), що виключає можливість диспозитивних дій таких органів при здійсненні ними своїх організаційно-господарських повноважень². Відповідно при оцінці адміністративним судом дій суб'єкта владних повноважень за наявності колізії між нормою права та моральними категоріями пріоритет має норма права.

Слід вказати на те значення, яке надає законодавець чесним правилам поведінки у підприємницькій діяльності. Причому йдеться не просто про визнання їх соціальної значимості та регулюючої здатності, а про санкціонування та

¹ Урядовий кур'єр. — 17 листопада 2004 р. — № 219.

² У зв'язку з цим термін «адміністративний розсуд», який зустрічається в літературі з адміністративного права, має сприйматися із значними застереженнями.

легітимізацію державою кодексів чесної поведінки у випадку, коли відповідно до ст. 33 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» та аналогічного правила ст. 38 ГК господарюючі суб'єкти (підприємці) при сприянні Торгово-промислової палати України та інших заінтересованих організацій розробляють правила професійної етики у конкуренції для відповідних сфер підприємницької діяльності, а також для певних галузей економіки (хоча термін «розробляють» уявляється невдалим, адже етика передбачає існування, усталеність морального зразка. — О. Б.). Розроблені господарюючими суб'єктами (підприємцями) правила професійної етики у конкуренції погоджуються з Антимонопольним комітетом України. Зазначені правила професійної етики у конкуренції можуть використовуватись при укладанні договорів, розробці установчих та інших документів господарюючих суб'єктів (підприємців)¹.

Нарешті, слід підкреслити і те, що в законодавстві, як правило, отримують нормативну регламентацію існуючі (реальні) відносини, проте в умовах переходу економіки на ринкові засади законодавець, виконуючи прогностичну функцію, повинен *створювати засади* таких відносин або такого правопорядку, які є необхідним елементом ринкового середовища і становлення яких потребує певного часу. Про існування зворотного зв'язку між нормою законодавства та моральними нормами, тобто впливу норми позитивного права на неопозитивістське джерело, можна говорити з огляду на преамбулу Закону «Про захист від недобросовісної конкуренції», яка визначає спрямованість цього Закону на *встановлення, розвиток* (курсів наш. — О. Б.) і забезпечення торгових та інших *чесних звичаїв* ведення конкуренції при здійсненні підприємницької діяльності в умовах ринкових відносин².

¹ ВВР. — 1996. — № 36. — Ст. 164.

² Зокрема, Антимонопольним комітетом України на підставі розпорядження № 54-р від 26.04.2000 погоджено правила професійної етики у конкуренції Професійної асоціації реєстраторів і депозитаріїв (Кодекс честі) та Положення про Комісію з питань етики та вирішення спорів // Інфодиск: Законодавство України. 2005.

2.2. Нормативно-правові джерела (форми)

У системі джерел господарського договірнього права домінуюче становище займають юридичні або *інституційні* джерела (форми) господарського договірнього права — закони та інші нормативно-правові акти. Це зумовлюється тим, що формалізовані у позитивному праві норми є тим критерієм, на підставі якого в практичному житті визначається правомірна та неправомірна поведінка — юридично дозволені або юридично не дозволені дії, інші факти, пов'язані із споконвічним призначенням права — вирішенням конкретних життєвих ситуацій¹. Крім того, належність правової системи України до романо-германської правової сім'ї, в якій, за визначенням Р. Давіда, саме закон, а не прецедент, звичай або правова доктрина утворює те, що може бути названо «скелетом правопорядку»².

Система актів господарського законодавства в ієрархічному порядку описується в ст. 7 ГК: Конституція України, Господарський кодекс, закони України³, нормативно-правові акти Президента та Кабінету Міністрів, нормативно-правові акти інших органів державної влади та органів місцевого самоврядування. Зазначені джерела (форми) господарського законодавства в тій мірі, в якій вони містять норми, що регулюють господарські договірні відносини, утворюють систему джерел господарського договірнього права як підсистеми господарського права.

Основу нормативної моделі суспільних відносин формує Конституція України, роблячи можливим функціонування їх з погляду вищих інтересів суспільства і держави. Кон-

¹ Алексеев С. С. Право: азбука-теория-философия: Опыт комплексного исследования. — М.: Статут, 1999. — С. 163.

² Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. — М.: Междунар. отношения, 2003. — С. 93.

³ Відповідно до ст. 19 Закону від 29 червня 2004 р. «Про міжнародні договори України» чинні міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства і застосовуються у порядку, передбаченому для норм національного законодавства. Тому вони в цій роботі нами не викремлюються і розглядаються як частина нормативно-правових джерел господарського договірнього права.

цептуальну основу законодавства про господарські договори закладено в главах 19 та 20 Господарського кодексу України. Кодифікація норм про господарські договори виявилася, на наш погляд, неповною і звелася, в основному, до положень про загальні умови та порядок укладання господарських договорів, їх зміни та розірвання (статті 179—188 ГК), але навіть у такий спосіб підняла на якісно новий рівень регулювання господарських договірних відносин. Зокрема, норми ст. 179 ГК, що на достатньо абстрактному рівні окреслили коло суб'єктів господарювання, для яких за відповідних умов укладення господарських договорів є обов'язковим, і тим самим визначили суспільно необхідні обмеження індивідуальної свободи в договорі, мають надзвичайно велике значення, насамперед у світлі норми ст. 19 Конституції України про те, що правовий порядок в Україні ґрунтується на засадах, відповідно до яких ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством.

Однак на концептуальному рівні в Господарському кодексі залишилося невизначеним питання про основні правові режими, які мають бути створені для господарських договорів в залежності від того, наскільки в них відбивається і має бути забезпечений публічний інтерес. Можна сказати, що в ГК в цілому закладені основи правового режиму господарських договорів між не підпорядкованими один одному суб'єктами господарювання («по горизонталі»), в яких реалізуються, насамперед, приватні інтереси контрагентів. Такий правовий режим згідно із загальнодозвільним типом правового регулювання і принципом свободи підприємницької діяльності формується в основному в рамках правової інтеграції (уніфікації): господарсько-правові норми дозволяння доповнюються цивільно-правовими нормами, утворюючи цілісний нормативний регулятор, а також охоронювальними нормами-заборами (зокрема, конкурентного законодавства) нормами-приписами, які зобов'язують суб'єктів до визначеного варіанта поведінки.

У Господарському кодексі не знайшли закріплення основні підходи до формування правового режиму господарських договорів, які обтяжені публічними інтересами, — державних контрактів, договорів про передачу державного

майна у власність або у користування приватним особам (купівля-продаж у процесі приватизації, оренда, концесія). Цей правовий режим об'єктивно має відрізнитися від наведеного вище ступенем імперативності, тобто співвідношення дозволянь, заборон та приписів має бути іншим. І ця проблема в рамках правової інтеграції (уніфікації) не вирішується, адже застосування загальних положень про цивільно-правові зобов'язання (договірні) може виявитися неефективним, а іноді — і таким, що суперечить меті договору.

Диференціація правових режимів господарювання на рівні кодифікованого акта має значення і з огляду на те, що основна кількість норм, що регулюють окремі види господарської діяльності та договірних відносин певного виду, залишається розосередженою в численних законах України, серед яких: Закон від 14 березня 1995 р. «Про оренду державного та комунального майна»¹, Закон від 10 листопада 1994 р. «Про транспорт»², Кодекс торговельного мореплавства від 23 травня 1995 р.³, Закон від 22 грудня 1995 р. «Про поставки продукції для державних потреб»⁴, Закон від 15 травня 1996 р. «Про приватизацію невеликих державних підприємств (малу приватизацію)»⁵, Закон від 24 січня 1997 р. «Про державний матеріальний резерв»⁶, Закон від 19 лютого 1997 р. «Про приватизацію державного майна»⁷, Закон від 16 жовтня 1997 р. «Про електроенергетику»⁸, Закон від 16 липня 1999 р. «Про концесії»⁹, Закон від 14 вересня 1999 р. «Про угоди про розподіл продукції»¹⁰, Закон від 14 грудня 1999 р. «Про концесії на будівництво та експлуатацію автомобільних доріг»¹¹, Закон від 22 лютого 2000 р. «Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кош-

¹ ВВР. — 1995. — № 15. — Ст. 99.

² ВВР. — 1994. — № 517 — Ст. 446.

³ ВВР. — 1995. — № 47—52. — Ст. 349.

⁴ ВВР. — 1996. — № 3. — Ст. 9.

⁵ ВВР. — 1996. — № 34. — Ст. 160.

⁶ ВВР. — 1997. — № 13. — Ст. 112.

⁷ ВВР. — 1997. — № 17. — Ст. 122.

⁸ ВВР. — 1998. — № 1. — Ст. 1.

⁹ ВВР. — 1999. — № 41. — Ст. 372.

¹⁰ ВВР. — 1999. — № 44. — Ст. 391.

¹¹ ВВР. — 2000. — № 3. — Ст. 21.

ти»¹, Закон від 11 грудня 2003 р. «Про фінансовий лізинг»² та інші. Положення зазначених законів у частині регулювання договірних відносин деталізуються в численних нормативно-правових актах, які видаються Кабінетом Міністрів та уповноваженими органами державної виконавчої влади (Статут автомобільного транспорту УРСР, затверджений постановою Ради Міністрів УРСР № 401 від 27 червня 1969 р.³, Правила перевезень вантажів автомобільним транспортом в Україні, затверджені наказом Міністерства транспорту України від 14 жовтня 1997 р. № 363⁴, Статут залізниць України, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 6 квітня 1998 р. № 457⁵, Загальні умови укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві, затверджені постановою КМУ від 1 серпня 2005 р. № 668⁶ та ін.).

Оскільки в ст. 7 ГК перелік нормативних актів, які регулюють господарську діяльність, не є вичерпним, слід зазначити, що до системи джерел господарського договірного права входять типові і примірні договори як особливі нормативно-правові акти, а також окремі акти Союзу РСР, які зберігають чинність на підставі постанови Верховної Ради України від 12 вересня 1991 р. «Про порядок тимчасової дії на території України окремих актів законодавства Союзу РСР»⁷, в частині, що не суперечить Конституції і Законам України. Серед цих актів слід виділити Статут внутрішнього водного транспорту, затверджений постановою Ради Міністрів СРСР від 15 жовтня 1955 р. № 1801, Положення про поставки продукції виробничо-технічного призначення та Положення про поставки товарів народного споживання, затверджені постановою Ради Міністрів СРСР від 25 липня 1988 р. № 888⁸, Інструкція про порядок приймання продукції виробничо-технічного призначення і товарів народного споживання за кількістю, затверджена постановою

¹ ВВР. — 2000. — № 20. — Ст. 148.

² ВВР. — 2004. — № 15. — Ст. 231.

³ ЗП УРСР. — 1969. — № 7. — Ст. 88.

⁴ ОВУ. — 1998. — № 8. — Ст. 312.

⁵ ОВУ. — 1998. — № 14. — Ст. 548.

⁶ Урядовий кур'єр. — 31 серпня 2005 року. — № 163.

⁷ ВВР. — 1991. — № 46. — Ст. 621.

⁸ СП СРСР. — 1988. — № 24—25. — Ст. 70.

Держарбітражу СРСР від 15 червня 1965 р. № П-6¹, Інструкція про порядок приймання продукції виробничо-технічного призначення і товарів народного споживання за якістю, затверджена постановою Держарбітражу СРСР від 25 квітня 1966 р. № П-7². Втім на сьогодні складно сказати, чи залишається інструкція П-7 чинним нормативним актом зважаючи на те, що ч. 1 ст. 269 ГК, в якій йдеться про строки і порядок встановлення покупцем недоліків поставлених йому товарів, які не були виявлені при звичайному їх прийманні, дає підстави для кваліфікації цього порядку як ділового узвичаєння (практики ділового обороту)³.

У чинному законодавстві України зберігаються такі своєрідні нормативно-правові акти господарського договір-ного права України як типові та примірні договори. Їх місце у вертикальній ієрархії нормативно-правових актів залежить від органу виконавчої влади, яким затверджено типовий або примірний договір. Затвердження таких договорів уповноваженими державними органами є формою державного регулювання договірних відносин у сфері господарювання. Основне призначення цих джерел полягає в тому, що вони визначають необхідну або бажану з точки зору держави модель договірного зобов'язання, а також спрощують процес укладання конкретних господарських договорів (узгодження умов договору). Відповідно до ч. 4 ст. 179 ГК типові договори затверджуються Кабінетом Міністрів України⁴ або у випад-

¹ Бюллетень нормативних актів министерств и ведомств СССР. — 1975. — № 2.; 1975. — № 3.

² Там само.

³ На наш погляд, тривала практика застосування якісного нормативного матеріалу інструкцій П-6 та П-7 підтверджує доцільність їх застосування у договірних відносинах поставки, тому в будь-якому випадку суб'єктам господарської діяльності можна було б порекомендувати передбачати в договорах поставки умову про те, що порядок приймання продукції або товарів за кількістю та якістю буде здійснюватися відповідно до зазначених інструкцій. В цьому випадку правила інструкцій перетворюються на узгоджені умови договору.

⁴ Наприклад, Типовий концесійний договір, затверджений постановою КМУ від 12 квітня 2000 р. № 643 // ОВУ. — 2000. — № 15; Типовий договір (контракт) на реалізацію інвестиційного проекту на території пріоритетного розвитку, в спеціальній (вільній) економічній зоні, затверджено постановою КМУ від 5 липня 1999 р. № 1199 // ОВУ. — 1999. — № 27. — Ст. 1333.

ках, передбачених законом, іншим органом державної влади¹. Головною юридичною ознакою типових договорів як нормативно-правових актів є їх обов'язковість. Типові договори можуть включати умови, які, по-перше, імперативно встановлюють права та обов'язки сторін (у тому числі відтворюючи відповідні положення закону, на підставі якого вони приймаються), а, по-друге, умови, які підлягають деталізації сторонами або можуть бути визначені в договорі на їх розсуд.

У зв'язку з цим уявляється неточною редакція абзацу 4 ч. 4 ст. 179 ГК, якою встановлено, що сторони не можуть відступити від змісту типового договору, але мають право конкретизувати його умови. За буквального тлумаченням цієї норми сторони не можуть доповнити типовий договір іншими умовами, які не охоплюються терміном «конкретизація», хоча деталізація умов договору може виявитися необхідною в конкретній ситуації. Тому пропонується уточнити редакцію зазначеної норми і викласти абзац 4 ст. 179 ГК у такій редакції: *«типового договору, затвердженого Кабінетом Міністрів України, чи у випадках, передбачених законом, іншим органом державної влади, коли сторони не можуть змінювати обов'язкові умови типового договору, але мають право конкретизувати його умови та доповнити їх, якщо такі доповнення не суперечать його змісту»*.

¹ Типовий договір оренди цілісного майнового комплексу державного підприємства (структурного підрозділу підприємства), затверджений наказом Фонду державного майна України від 23 серпня 2000 р. № 1774 // ОВУ. — 2000. — № 52. — Ст. 2281; Типовий договір про перевезення вантажів автомобільним транспортом у місцевому та міжміському сполученні, що є Додатком №1 до Правил перевезення вантажів автомобільним транспортом, затверджених наказом Міністерства транспорту України від 14 жовтня 1997 р. № 363 // ОВУ. — 1998. — № 8. — Ст. 312; Типовий депозитарний договір, затверджений наказом Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку України від 14 липня 1998 р. № 87 // ОВУ. — 1998. — № 34. — Ст. 1291; Типовий договір про відкриття рахунку у цінних паперах, затверджений наказом Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку України від 14 липня 1998 р. № 87 // ОВУ. — 1998. — № 34. — Ст. 1291; Типовий договір про обслуговування емісії цінних паперів, затверджені наказом Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку України від 14 липня 1998 р. № 87 // ОВУ. — 1998. — № 34. — Ст. 1291.

Як свідчить практика видання такого виду актів, типові договори можуть мати форму самостійного нормативного акта або виступати як додатки до інших нормативних актів. Термінологічною вадою чинного законодавства є те, що в ГК та ЦК термін «типовий» (договір) вживається в різних, не сумісних за змістом значеннях, що дає підстави для різного тлумачення правових норм. На відміну від ГК, норма ст. 630 ЦК визначає, що сторони договору *можуть* домовитися про визначення окремих умов договору відповідно до *типових умов* договорів певного виду, які оприлюднені у встановленому порядку. Такі типові умови за відсутності у договорі посилання на них, можуть застосовуватися як звичай ділового обороту.

Проте факт оприлюднення типових умов договору (а із смислу ст. 630 ЦК не впливає, що воно тотожне оприлюдненню нормативно-правового акта) не може розцінюватися як поява або існування звичаю в розумінні ст. 7 ЦК. Якщо необхідність оприлюднення закону та іншого нормативно-правового акта як передумова його чинності передбачена ст. 57 Конституції України, і з моменту опублікування нормативно-правового акта вступає в дію презумпція знання законів, яка логічно відображає правило ст. 68 Конституції України про те, що незнання законів не звільняє від відповідальності, то які правові наслідки пов'язуються із опублікуванням типових (в розумінні ЦК) умов договору. Якщо такі умови не затверджені уповноваженими державними органами, а виходять від певних суб'єктів господарської діяльності, тобто не мають характеру норм права (в даному випадку не має значення, яких саме норм — імперативних, диспозитивних чи рекомендаційних), то чи правомірно визначати обсяг прав та обов'язків сторони в договорі, яка не була обізнана із ними. Уявляється, що у випадку із умовами договору, які прирівнюються до звичаю (позаюридичного регулятора договірних відносин), відсутні підстави пов'язувати із фактом оприлюднення такого роду умов настання юридичних наслідків. Формулювання норми ст. 630 ЦК («можуть застосовуватися») вносить деструкцію у правозастосування, оскільки фактично на розсуд суду віддається вирішення питання про те, чи підлягають застосуванню оприлюднені типові умови договорів чи ні.

Для збереження смислу, закладеного в норму ст. 630 ЦК, а саме кваліфікації певних умов договору як звичайв ділового обороту, що є важливим для правозастосування, термін «типові умови» доцільно замінити на «стандартні» («зразкові» або «звичайні»)¹.

Типові договори як нормативно-правові акти обов'язкового характеру повинні визначати права та обов'язки контрагентів в соціально значущих договірних відносинах. Насамперед, до таких відносяться господарські договори, що пов'язані із використанням державного та комунального майна (так званої «публічної власності»), участь в яких беруть уповноважені органи держави або місцевого самоврядування. В цьому випадку типізація договірних форм повинна забезпечувати збалансованість інтересів, прав та обов'язків сторін за договором. Для монополізованих ринків (залізниця, електроенергетика, зв'язок) можуть використовуватися як типові форми договорів, так і рекомендаційні (примірні) договори.

Примірні договори за смислом абзацу 3 ч. 4 ст. 179 ГК мають рекомендаційний характер, оскільки визначають *бажану* з точки зору законодавця договірну модель². При цьому примірні договори можна розглядати як «м'яку» модель державного регулювання господарських договірних відносин, оскільки недодержання такого роду рекомендаційних норм не тягне настання негативних наслідків для сторін договору. Оскільки реалізація рекомендаційних норм, які вказують лише на можливість і бажаність діяти певним чином і недотримання яких адресатом не тягне негативних юридичних наслідків, сторони повинні мати пра-

¹ У зв'язку з цим можна підтримати пропозицію Ж. А. Білоус стосовно закріплення в главі 20 ГК норми про те, що договір є типовим, якщо в нормативно-правовому акті, яким він затверджується, прямо зазначається про це (Білоус Ж. А. Дійсність господарських договорів: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2005. — С. 5).

² Примірний договір про відшкодування витрат балансоутримувача на утримання орендованого нерухомого майна та надання комунальних послуг орендарю, затверджений наказом Фонду державного майна України від 23 серпня 2000 р. № 1774 // ОВУ. — 2000. — № 52. — Ст. 2281; Примірний договір фінансового лізингу, затверджений наказом Міністерства України у справах науки і технологій від 03 березня 1998 р. № 59 // ОВУ. — 1998. — № 13. — Ст. 507 та ін.

во не тільки змінювати за взаємною згодою окремі умови, передбачені примірними договорами, і доповнювати їх зміст (як це передбачено абзацом 3 ч. 4 ст. 179 ГК), але й повністю відійти від тексту примірного договору.

Право видання (рекомендації) примірного договору відповідно до абзацу 3 ч. 4 ст. 179 ГК належить органу управління суб'єкта. Таке «авторство» примірних договорів викликає заперечення. За змістом окремих положень ГК в термін «орган управління» повинні бути включені різнопланові органи: як органи державної влади або місцевого самоврядування, наділені господарською компетенцією, до сфери управління яких входять відповідно державні унітарні підприємства та комунальні унітарні підприємства (статті 73, 78 ГК), так і органи управління окремих суб'єктів господарської діяльності: від колегіальних органів господарського товариства (ст. 89 ГК) до одноособових — керівника підприємства, посадової особи господарського товариства (статті 73, 89 ГК). В останньому випадку, як уявляється, відсутні підстави називати такі договори примірними, оскільки вони мають лише одного адресата і набувають статусу локального нормативного акта.

У точному значенні слова про примірні договори можна говорити лише тоді, коли вони затверджуються уповноваженими органами державної влади як рекомендовані для невизначеного кола осіб моделі.

Слід звернути увагу на те, що законодавством у деяких випадках передбачається участь у розробці нормативно-правових актів різноманітних недержавних організацій (саморегульованих організацій, об'єднань суб'єктів). У цілому це є позитивним явищем, оскільки така участь повинна впливати на якість затверджуваних державними органами нормативно-правових актів, у тому числі примірних договорів. На цей час таке право надано, зокрема, саморегульованим організаціям оцінювачів, мета діяльності яких полягає у громадському регулюванні окремих видів оціночної діяльності (статті 26, 28 Закону України від 12 липня 2001 р. «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні»¹). Саморегульованим організаціям —

¹ ВВР. — 2001. — № 47. — Ст. 251.

об'єднанням фінансових установ можуть делегуватися, зокрема, повноваження щодо розроблення і впровадження правил поведінки на ринках фінансових послуг (статті 1, 16 Закону України від 12 липня 2001 р. «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг»¹). Делегування повноважень саморегульвним організаціям у сфері регулювання і контролю за ринком цінних паперів щодо розробки та впровадження правил, стандартів та вимог щодо здійснення операцій на фондовому ринку передбачено ст. 17 Закону України від 30 жовтня 1996 р. «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні»².

Враховуючи наведене, пропонуємо абзац 3 ч. 4 ст. 179 ГК викласти в такій редакції: *«примірного договору, рекомендованого уповноваженим органом державної влади або у передбачених законом випадках – іншою особою, коли сторони за взаємною згодою мають право змінити умови примірного договору, доповнити його зміст або відступити від змісту такого договору»*.

Численність нормативно-правових актів, якими регулюються господарські договірні відносини, зумовлює неможливість аналізу змісту кожного з них у межах цього дослідження, власне це завдання і не ставилося на меті. Натомість нас цікавлять проблеми *системи* нормативно-правових джерел (форм) господарського договірного права, які в господарсько-правовій літературі, принаймні під певним кутом зору, майже не розглядалися. Такими, на наш погляд, є: 1) дія цієї системи у часі; 2) вплив системи юридичних джерел (форм) на підтримку договірної саморегуляції як ефективного засобу гармонізації інтересів суб'єктів господарського обороту.

Дія нормативно-правових актів, що регулюють господарські договори у часі, визначається оперативними нормами, завдяки яким відбувається «пристосування» існуючих правовідносин до нових вимог законодавства. Необхідність такого пристосування існує постійно, виявляючись не лише тоді, коли приймаються великі кодифіковані акти, такі як

¹ ВВР. — 2002. — № 1. — Ст. 1.

² ВВР. — 1996. — № 51. — Ст. 292.

Господарський та Цивільний кодекси (в такі моменти — особливо), але й у зв'язку із поточним регулюванням господарських договірних відносин. Оперативні норми як правила, що регулюють дію нормативно-правових актів у часі (порядок набуття чинності нормами права, припинення їх дії, вибір належних в часовому аспекті норм, що мають бути застосовані до певних відносин), отримали назву *темпоральних*¹.

Важливість питання про темпоральні норми зумовлюється тим, що, безперечно, елементарною, первісною умовою правового регулювання є точне визначення меж дії нормативно-правового акта в часі, просторі, за колом осіб, оскільки з цими межами пов'язується і реалізація вимог законності². Темпоральні норми існують у будь-якій галузі права. В процесі кодифікації господарського та цивільного законодавства темпоральні норми були закріплені в розділі XI ГК «Прикінцеві положення» та в «Прикінцевих та перехідних положеннях» ЦК. До останніх ми будемо звертатися в силу того, що господарські договірні відносини піддаються сукупному нормативному впливу цих кодексів в силу ст. 175 ГК.

Про важливість проблеми визначення меж дії закону у часі свідчить і конституційний рівень її регламентації.

Відповідно до ч. 1 ст. 58 Конституції України закони та інші нормативно-правові акти *не мають зворотної дії в часі*, крім випадків, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи. Ніхто не може відповідати за діяння, які на час їх вчинення не визнавалися законом як правопорушення. У рішенні Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням Національного банку

¹ У літературі темпоральні норми поділяються на два види: 1) ті, що визначають дати вступу норм в силу та, відповідно, дати скасування старих норм; 2) ті, що визначають, на яке коло відносин (у часовому контексті їх існування) поширюється новий акт в цілому, його окремі норми або навіть їх частини (Бахрах Д. Н. Действие норм права во времени: Теория, законодательство, судебная практика. — М.: Норма, 2004. — С. 5, 14, 21). Нами буде приділено увагу другому виду темпоральних норм.

² Алексеев С. С. Общая теория права: В 2 т. Т. II. — М.: Юрид. лит., 1982. — С. 237.

України щодо офіційного тлумачення положення ч. 1 ст. 58 Конституції України (справа про зворотню дію в часі законів та інших нормативно-правових актів) від 9 лютого 1999 р. № 1-рп/99¹ зазначається наступне.

У регулюванні суспільних відносин застосовуються різні способи дії в часі нормативно-правових актів. Перехід від однієї форми регулювання суспільних відносин до іншої може здійснюватися, зокрема, *негайно* (безпосередня дія), шляхом перехідного періоду (*ультраактивна* форма) і шляхом зворотної дії (*ретроактивна* форма). За загально визнаним принципом права закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі. Цей принцип закріплений у ч. 1 ст. 58 Конституції України, за якою дію нормативно-правового акта в часі треба розуміти так, що вона починається з моменту набрання цим актом чинності і припиняється з втратою ним чинності, тобто до події, факту застосовується той закон або інший нормативно-правовий акт, під час дії якого вони настали або мали місце.

Тобто *щодо юридичної відповідальності* застосовується новий закон чи інший нормативно-правовий акт, що пом'якшує або скасовує відповідальність особи за вчинене правопорушення під час дії нормативно-правового акта, яким визначались поняття правопорушення і відповідальність за нього. *Відповідальність можлива лише за наявності в законі чи іншому нормативно-правовому акті визначення правопорушення*, за яке така юридична відповідальність особи передбачена, і яка може реалізовуватись у формі примусу зі сторони уповноваженого державою органу. І хоча КСУ в резолютивній частині визначив, що положення ч. 1 ст. 58 Конституції України треба розуміти так, що воно стосується людини і громадянина (фізичної особи), в мотивувальній частині зазначається, що цей конституційний принцип не може поширюватись на закони та інші нормативно-правові акти, які пом'якшують або скасовують відповідальність юридичних осіб. Проте надання зворотної дії в часі таким нормативно-правовим актам може бути

¹ ОВУ. — 1999. — № 7. — Ст. 255.

передбачено шляхом прямої вказівки про це в законі або іншому нормативно-правовому акті¹.

Таким чином, з огляду на зміст ст. 58 Конституції України та наданого їй КСУ тлумачення можна стверджувати: 1) зворотна дія законів та інших нормативно-правових актів допускається як *виняток* у випадку пом'якшення або скасування відповідальності особи; 2) правопорушенням може визнаватися лише така дія, яка на час її вчинення визнавалася такою, що суперечить *закону*; 3) норма ч. 1 ст. 58 Конституції України не поширюється на закони та інші нормативно-правові акти, які пом'якшують або скасовують відповідальність юридичних осіб. Проте надання зворотної дії в часі таким нормативно-правовим актам може бути передбачено шляхом прямої вказівки про це в законі або іншому нормативно-правовому акті.

Розв'язанню проблеми дії в часі норм ГК та ЦК, що регулюють господарські договірні відносини, мають передувати декілька загальнотеоретичних пояснень. Як вже зазначалося вище, КСУ назвав три типи дії темпоральних норм: *негайна* (безпосередня) дія, *ультраактивна* дія (збереження або «переживання» старого закону), *ретроактивна* (зворотна) дія. Такі типи дії нормативно-правового акта в часі виділялися в загальній теорії права². Разом з тим, як зазна-

¹ Не вдаючись до критики позиції КСУ в цьому питанні, зазначимо, що ми приєднуємося до позиції С. П. Погребняка, який пропонує уточнити зміст ч. 1 ст. 58 Конституції України, поширивши її зміст на юридичних осіб. Привабливою, на перший погляд, є позиція С. П. Погребняка стосовно доцільності надання зворотної сили *будь-яким* сприятливим для фізичних та юридичних осіб законам, а не тільки тим, що пом'якшують або скасовують відповідальність. Як уявляється, в господарських зобов'язаннях, підставою виникнення яких, як правило, є синалагматичні договори, будь-яка зміна в правах та обов'язках однієї із сторін через надання зворотної сили закону, що покращує її становище, для іншої сторони може означати погіршення її становища. Адже, як зазначає сам С. П. Погребняк, поширена практика надання нормативним актам зворотної сили підриває довіру суспільства до права і створює невпевненість особи у майбутньому, через що сам автор пропонує від неї відмовитися (очевидно, за необхідними винятками. — О. Б.) (*Погребняк С. П.* Колізії у законодавстві України та шляхи їх переборення: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Харків, 2001. — С. 10).

² *Алексеев С. С.* Общая теория права: В 2 т. Т. II. — М.: Юрид. лит., 1982. — С. 241—246.

чає Д. М. Бахрах, така класифікація може бути точнішою, якщо при визначенні типу дії нової норми (перспективна дія, негайна дія, зворотна дія) буде враховуватися тип припинення дії старої норми (переживання, негайне припинення, дострокове припинення). З огляду на це запропоновано трактувати способи дії норми у часі наступним чином:

— *перспективна дія* – поширення на факти, права та обов'язки, які виникли після вступу норму в силу, та породжувані ними нові правовідносини;

— *негайна дія* – поширення дії норми на факти минулого та правовідносини, що виникли раніше, яке змінює права та обов'язки їх учасників з дати вступу норми в силу, а також на факти, відносини, які виникли після її вступу в силу;

— *зворотна дія* — поширення дії норми на факти і правовідносини, які виникли до дати вступу норми в силу, незалежно від того, скільки пройшло часу до цієї дати. Д. М. Бахрах особливо підкреслює те, що норми негайної дії та норми зворотної дії поширюються і на факти, які відбуваються після вступу їх в силу, тобто включають в себе і перспективну дію, зазначаючи водночас, що проблема відмежування негайної дії, з одного боку, від зворотної дії нормативно-правового акта та, з другого, від переживання старого закону, юридичною наукою була виявлена, але практично не розроблена¹. Власне, як уявляється, і проблеми застосування прикінцевих та перехідних положень ГК та ЦК, що стали виникати в практиці правореалізації та судового правозастосування після набуття Кодексами чинності 1 січня 2004 р., якраз і полягають у площині розмежування цих способів дій нової норми (негайної дії від зворотної) та переживання старого закону.

Слід сказати, що дія норм цивільного законодавства як *практична* проблема раніше обговорювалася в літературі головним чином тоді, коли в цьому виникала потреба у зв'язку із проведеними кодифікаційними роботами (у 1922 та 1963 роках, а також при прийнятті Основ цивільного законодавства Союзу РСР та республік 1991 р.²), які супро-

¹ Бахрах Д. Н. Действие норм права во времени: Теория, законодательство, судебная практика. — М.: Норма, 2004. — С. 155, 169—170.

² Хоча зазначені Основи на території України не діяли, для повноти історичного екскурсу звернемося і до них.

воджувалися прийняттям відповідних оперативних темпоральних норм. І щоразу в міру того, як завершували існування тривалі правовідносини, на які поширювали свою дію і «старі», і «нові» цивільні закони, ця проблема відживала сама по собі. Можливо, не в останню чергу, саме ця обставина пояснює відсутність в цивілістичній та господарсько-правовій літературі, за поодинокими винятками¹ скільки-небудь ґрунтовних теоретичних досліджень оперативних, в тому числі і темпоральних, норм.

Спільним для темпоральних норм, які визначали порядок дії норм ЦК УРСР 1922 р., ЦК УРСР 1963 р. та Основ 1991 р., було те, що вони «виносилися» за їх рамки і включалися до тих актів, якими кодекси та Основи вводилися в дію. Крім того, не можна не звернути увагу на те, що законодавець надзвичайно стримано ставився до надання цивільним законам зворотної сили, хоча і вирішував це питання в різних кодексах по-різному.

Із зрозумілих причин найбільш радикальними були темпоральні норми, які містилися у статтях 1—4 постанови ЦВК УРСР від 16 грудня 1922 р. «Про надання чинності Цивільному кодексу УРСР». Відповідно до статті 2 цієї постанови спори в цивільних правовідносинах, які виникли до 7 листопада 1917 р., взагалі не приймалися до розгляду судовими та іншими установами республіки. Разом з тим, як зазначалося в одному із тогочасних коментарів ЦК, вводячи новий кодекс і прагнучи в подальшому нормувати економічні відносини по-новому, законодавець не мав на увазі (на протилежність від суто революційних законів) ані скасувати правовідносини, що склалися (це було б шкідливим з економіко-політичної точки зору), ані визнавати дійсними ті відносини, які склалися попри існування заборон. Через це законодавець принципово вирішив проблему застосування цивільного закону у часі *через обговорення правовідносин, які склалися раніше, по законах, які діяли на той час*².

¹ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Кн. 1: Общие положения. — 2-е изд. испр. — М.: Статут, 1999. — С. 99—111.

² Гражданский кодекс советских республик / Текст и практический комментарий под ред. А. Малинецкого, Председателя Гражданской кассационной коллегии Верховного Суда. — К.: Госиздат Украины, 1923. — С. 17—18.

Відповідно до ст. 3 постанови спори, які виникли після 7 листопада 1917 р. і до надання чинності ЦК (1 лютого 1923 р.), регулювалися законами, які мали чинність у момент їх виникнення. Оскільки ж правовідносини, що допускались чинними на момент їх виникнення законами, *не досить повно регулювалися* зазначеними законами, до них застосовувалися правила ЦК УРСР¹. Іншими словами, зворотна сила закону допускалася лише за умови неповноти регулювання, що передбачало також оцінку достатності повноти. Важливо, що до уваги не бралася невідповідність регулювання, що існувало до 1 лютого 1923 року, нормам Кодексу. При цьому в коментарі зазначалося, що при вирішенні спорів із відносин, що виникли в період з 7 листопада 1917 р. і до 1 лютого 1923 р., необхідно керуватися законом, який діяв у момент укладення договору або вчинення угоди, що важливо, насамперед, при визначенні недійсності угод, які були вчинені всупереч та в обхід обмежувальних приписів закону².

Відповідно до Указу Президії Верховної Ради УРСР від 9 грудня 1963 р. «Про порядок введення в дію Цивільного та Цивільного процесуального кодексів Української РСР»³ правила ЦК застосовувалися до тих відносин, які виникли після введення його в дію, тобто з 1 січня 1964 р. У договірних відносинах, які виникли до 1 січня 1964 р., ЦК застосовувався до тих прав та обов'язків, які виникли після введення його в дію, а до правовідносин, що виникли до 1 січня 1964 р., але не були врегульованими чинним на момент їх виникнення законодавством (наприклад, договори про спільну діяльність), застосовувалися правила ЦК 1963 р. Таким чином, у цей період зворотна дія ЦК зумовлювалася відсутністю законодавчого регулювання на момент виникнення певних договірних відносин, що, як уявляється, в цілому спрямовувалося проти договірної саморегуляції та підпорядкування її закону.

Нарешті, в постанові Верховної Ради СРСР «Про введення в дію Основ цивільного законодавства Союзу РСР та со-

¹ ЗУ УРСР. — 1922. — № 55. — Ст. 780.

² Гражданский кодекс советских республик. — С. 20.

³ ВВР УРСР. — 1963. — № 51. — Ст. 731.

юзних республік» від 31 травня 1991 р. зворотна сила Основ не передбачалася, а їх дія поширювалася як на ті відносини, що виникатимуть після введення в дію Основ, тобто 1 січня 1992 р., так і на відносини, які виникли до 1 січня 1992 р., в частині прав та обов'язків, які виникатимуть після введення в дію Основ¹.

Принагідно можна зазначити, що в цивільних кодексах інших країн питання дії цивільного закону в часі вирішується по-різному, але, напевне, однією із найбільш оригінальних є норма ст. 50 Вступного закону до Німецького цивільного уложення, відповідно до якої «приписи імперських законів залишаються в силі; проте вони втрачають силу, якщо їх скасування впливає із Цивільного уложення або цього закону»².

Як впливає із змісту прикінцевих та перехідних положень ГК і ЦК, в них закріплені усі способи дій нормативно-правового акта у часі (перспективна, негайна, зворотна дії), причому негайна та зворотна дія охоплюють і ультраактивну форму (переживання старого закону), що має значення

¹ Ведомости съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР. — № 26. — 26 июня 1991 г. — Ст. 734.

² Стаття 2 Французького цивільного кодексу встановлює, що дія закону поширюється лише на майбутнє; закон зворотної сили не має. Відповідно до ст. 6 ЦК Грузії закони та підзаконні нормативні акти не мають зворотної сили, крім випадків, коли це безпосередньо передбачено в законі, закону ж не може бути надана зворотна сила, якщо він спричиняє шкоду або погіршує становище особи. Ст. 3 Цивільного закону Латвійської республіки передбачено, що кожне цивільне правовідношення розглядається за законом, який був чинним при виникненні цих відносин, їх зміні або припиненні; вже набуті права залишаються без змін. Особливістю ЦК Республіки Білорусь в цій частині є те, що за наявності загального правила про те, що акти цивільного законодавства не мають зворотної сили (ст. 4), умови договору, який був укладений до прийняття акта законодавства, який встановлює інші обов'язкові для сторін правила, повинні бути приведені у відповідність із законодавством, якщо інше не передбачено законодавством (ст. 392). За змістом ст. 422 ЦК Російської Федерації умови договору, який був укладений до прийняття закону, що встановлює інші обов'язкові правила для сторін, зберігають силу за винятком, коли закону надано зворотну силу, хоча за загальним правилом ст. 5 Федерального закону про введення в дію частини першої ЦК РФ вона застосовується до цивільних правовідносин, які виникли після введення її в дію.

для регулювання господарських договірних відносин, які виникли до набуття кодексами чинності та продовжують існування після цього. Разом з тим, говорячи про переживання старого закону, в даному випадку під «старим» законом розуміється, насамперед, Цивільний кодекс 1963 р., який визнається таким, що втратив чинність з 1 січня 2004 р. та інші акти, безпосередньо зазначені у п. 2 Прикінцевих положень ЦК, а також Закон України «Про підприємництво» та Закон України «Про підприємства в Україні», скасовані в силу п. 2 Прикінцевих положень ГК.

Проте в ГК та ЦК обсяг та зміст темпоральних норм є неоднаковими.

Насамперед, слід зазначити, що серед загальних положень Господарського кодексу (глава 1), на відміну від ЦК (ст. 5), немає спеціальної статті, яка б регулювала темпоральну дію актів господарського законодавства.

Буквальне тлумачення темпоральних норм ГК, в тому числі щодо зворотної дії положень ГК, вміщених у п. 5 Прикінцевих положень і присвячених лише відповідальності, в тому числі за порушення господарських договірних зобов'язань, дає підстави визначити такі варіанти дії норм ГК про господарські договори у часі:

1) за загальним правилом застосовуються положення ГК щодо відповідальності за порушення господарських зобов'язань, якщо ці порушення були вчинені після 1 січня 2004 р.;

2) положення ГК щодо відповідальності за порушення господарських зобов'язань *не застосовуються*, якщо ці порушення хоча і були вчинені після 1 січня 2004 р., але договором встановлена інша відповідальність;

3) за загальним правилом положення ГК щодо відповідальності за порушення господарських зобов'язань, якщо ці порушення були вчинені до 1 січня 2004 р., не застосовуються;

4) як виняток положення ГК щодо відповідальності за порушення господарських зобов'язань, якщо ці порушення були вчинені до 1 січня 2004 р., застосовуються у випадку, коли пом'якшується відповідальність за такі порушення.

Отже, як уявляється, в зазначеному пункті правильно визначено способи дії норм ГК щодо відповідальності за порушення договорів і з загальнотеоретичних позицій, і з точ-

ки зору переваги договірної регуляції над нормативно-правовою.

У ЦК питання дії цивільного закону в часі вирішені двічі: в ст. 5 «Дія актів цивільного законодавства у часі», яка входить до розділу I «Основні положення», та в Прикінцевих та перехідних положеннях. Причому ст. 5 ЦК із необхідною чіткістю фіксує і положення про негайну (на майбутнє) дію цивільних законів у часі (ч. 1), і правило про те, що зворотна дія цивільного закону допускається, якщо він пом'якшує або скасовує цивільну відповідальність (ч. 2), що відповідає за змістом нормі ст. 58 Конституції. Щодо правила ч. 3 ст. 5 ЦК про застосування нового акта цивільного законодавства до *тривалих* цивільних відносин, то воно чітко регулює ситуацію у випадку, коли акт цивільного законодавства, яким регулювалися цивільні відносини раніше, *втратив чинність*.

Але як бути у випадку, коли такий акт силу не втратив і продовжує регулювати певні відносини? Якщо говорити про договірні відносини, то відповідь на це питання міститься в пунктах 9, 10 Прикінцевих і перехідних положень ЦК. В цьому пункті викладено спеціальну темпоральну норму, яка встановлює *негайну дію* норм ЦК стосовно договорів, які мають часову протяжність, тобто продовжують існування після 1 січня 2004 р., *лише стосовно підстав, порядку і наслідків зміни або розірвання договорів окремих видів*. Вважаємо, що саме так повинна вирішуватися аналогічна ситуація і стосовно господарських договорів. Що ж стосується відповідальності за порушення договору, то зворотна дія ЦК не передбачається і встановлено *перспективну дію* норм ЦК в цій частині за винятком випадків, коли в договорах, укладених до 1 січня 2004 р., було встановлено інші правила щодо відповідальності, тобто встановлено пріоритет договірних правил, які виникли раніше набуття чинності ЦК (п. 10 Положень).

Як відомо, дія нормативно-правового акта розпочинається, за загальним правилом, *з моменту набуття ним чинності*. Отже, спільним для ГК та ЦК є те, що в них зафіксовано загальне правило про *перспективну дію* (на майбутнє) положень цих Кодексів (темпоральна норма абзацу 2 п. 4 Прикінцевих положень ГК, абзацу 1 пункту 4 Прикінцевих

та перехідних положень ЦК). Крім того, в цій правовій ситуації слід враховувати і те, що Господарський кодекс не мав свого «попередника» (образно порівнюючи із ЦК, «старого Господарського кодексу»), через що правовою основою переважної більшості господарських договорів на момент їх укладення слугували не положення ЦК 1963 р., а спеціальні законодавчі акти, які і після набуття чинності ГК та ЦК залишаються цією основою як чинні нормативно-правові акти. Тобто складнощів із вибором належної норми не виникає, коли договірні відносини виникли після 1 січня 2004 р. Також не повинно виникати проблем у правозастосуванні, коли господарські договірні відносини виникли і завершилися до набуття чинності ГК та ЦК, тобто до 1 січня 2004 р. У цьому випадку спори, що виникають із господарських договірних відносин, повинні вирішуватися за правилами закону, який діяв на момент їх існування, тобто має місце *ультраактивна форма*.

Головна проблема щодо вибору необхідної норми права (ГК або спеціального закону, або ЦК) виникає стосовно тих господарських договірних відносин, які *мають тривалість* у часі. Не буде перебільшенням твердження про те, що господарські договірні відносини, які обслуговують *процес здійснення* господарської діяльності, зазвичай відрізняються своєю часовою тривалістю (поставка, оренда, підряд на капітальне будівництво, концесія, договірні відносини приватизації тощо). Саме для відносин, що мають часову тривалість, і був свого часу сформульований, як вказує С. С. Алексеев, принцип негайної дії нормативно-правових актів¹. Тривалі господарські договірні правовідносини, які виникли до 1 січня 2004 р., «розсікаються» новими нормативно-правовими актами (ГК та ЦК) на дві частини: ті юридичні факти, що відбулися у минулому, як правило, зберігають свою силу; ті, юридичні факти, що виникають після набуття кодексами чинності, регулюються положеннями кодексів.

Нагадаємо, що саме із принципом негайної дії безпосередньо пов'язується правило про те, що *закон не має зворотної сили*. Таким чином, як зазначає М. І. Брагінський,

¹ Алексеев С. С. Общая теория права: В 2 т. Т. II. — М.: Юрид. лит., 1982. — С. 242.

у цивільному обороті виникає ситуація, коли співіснують два правових режими, один з яких засновується на старому законі, інший — на новому, що не може не виявитися досить відчутним саме у тривалих договірних зв'язках. Проте не менш негативними можуть стати і наслідки визнання зворотної сили законів, адже у цьому випадку певною мірою втрачає сенс угода сторін, яка на момент її вчинення відповідала положенням чинного на той час законодавством (ми сказали б категоричніше: нівелюється значення договірної регуляції відносин. — О. Б.). І в такій ситуації не виключено, що зміна обставин, пов'язаних із введенням нового закону, може бути визнана достатньою для того, щоб на підставі п. 1 ст. 451 ЦК Російської Федерації (аналогом якої в ЦК України є ст. 652 ЦК. — О. Б.) сторона договору заявила вимогу про зміну або розірвання договору¹.

Таким чином, труднощі із розумінням змісту норми абзацу 2 п. 4 Прикінцевих положень ГК щодо негайної дії законів та — *de facto* — ультраактивної форми (переживання закону) пов'язані із словосполученням «права та обов'язки, які продовжують існувати», в якому і відображається текстурально існування господарських, в тому числі договірних, відносин, що мають часову тривалість.

Якщо протлумачити п. 4 Прикінцевих положень ГК таким чином, що дія ГК поширюється на ті права та обов'язки, які виникли із договору, і в незмінному вигляді продовжують існування після 1 січня 2004 р., то тоді фактично слід констатувати, що нормам ГК надається зворотна сила. Але цей висновок був би хибним, оскільки виникнення прав та обов'язків пов'язується із фактом *укладення договору*, причому у відповідності із чинним на той момент законодавством. В іншому випадку в Прикінцевих положеннях було б достатньо зазначити, що дія ГК поширюється на всі відносини незалежно від дати їх виникнення. Крім того, ані ГК, ані ЦК не передбачають обов'язку сторін привести свої договірні відносини у відповідність із новими законами (кодексами).

Натомість у чинному законодавстві містяться норми, які спрямовані на захист договірних відносин від законодавчих змін. Так, ч. 4 ст. 10 Закону України «Про оренду держав-

¹ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. — С. 100—101.

ного та комунального майна» передбачено, що умови договору оренди є чинними на весь строк дії договору і у випадках, коли після його укладення (приведення у відповідність з цим Законом) законодавством встановлено правила, які погіршують становище орендаря. Одним із основних принципів здійснення концесійної діяльності є відповідно до ст. 2 Закону «Про концесії» стабільність умов концесійних договорів. Зміст цього принципу розкривається в нормі ч. 4 ст. 10 зазначеного Закону: умови концесійного договору є чинними на весь строк дії договору, в тому числі у випадках, коли після його укладення законодавчими актами встановлено правила, які погіршують становище концесіонера.

Вирішуючи питання застосування темпоральних норм ГК та ЦК, проблемність яких здебільшого зумовлюється можливістю їх неоднозначного тлумачення, в тій частині, в якій вони стосуються господарських договірних відносин, слід застосовувати, насамперед, буквальний спосіб їх тлумачення, а у випадку, коли він виявляється недостатнім, спосіб системного тлумачення зазначених кодексів.

Отже, вживання в нормі, що аналізується, слів «тих прав і обов'язків, що продовжують існувати» стосовно господарських договірних відносин уявляється неправильним, оскільки в даному випадку неможливо відокремити негайну дію закону від ультраактивної форми та одночасно від зворотної сили.

У договірних відносинах, що тривають, виникнення інших або нових прав та обов'язків сторін договору пов'язується із вторинно-утворюючим юридичним фактом, яким виступає угода (додаткова угода) про внесення до договору змін та доповнень. У зв'язку з цим можна в цілому погодитися із позицією Н. І. Клейн, яка зазначає, що зміни в договорі за загальним правилом, виходячи із єдності договірних умов повинні підпорядковуватися правовим нормам, які діють в момент укладення договору. Але при внесенні до договору змін, які відображають законодавчі новели або суттєво змінюють зміст раніше укладеного договору, слід застосовувати законодавство, яке діє на момент внесення сторонами таких змін¹. У

¹ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный) / Рук. авт. кол. и ответ. ред. проф. О. Н. Сади-ков. — М.: Юридическая фирма КОНТРАКТ; ИНФРА-М, 1998. — С. 678.

контексті нашого питання про темпоральні норми господарського договірної права можна лише додати, що при внесенні змін до договору і його розірванні після 1 січня 2004 р. сторони повинні керуватися положеннями нового законодавства.

Має сенс пропозиція С. П. Погребняка про те, що законодавчо необхідно для кожної галузі права встановлювати основний напрям дії закону в часі, причому для нормативних актів приватного права таким основним напрямом бажано було б, на думку автора, визнати переживаючу дію, оскільки це дозволяє врахувати інтереси осіб, які вступили у правовідносини до видання нового нормативного акта¹. Стосовно актів господарського законодавства в цілому такий підхід має бути диференційований залежно від того, яка мета правового регулювання має бути досягнута в тому чи іншому фрагменті господарських відносин. Щодо господарських договірних відносин, то ми можемо достатньо впевнено говорити про те, що основними способами дії норм про господарські договори у часі має бути *перспективна дія та негайна дія, що включає в себе ультраактивну форму* (переживаючу дію старого закону). М. І. Брагинський справедливо вказує на те, що в основу правил про дію норм про договори у часі має бути покладений принцип «*Pacta sunt servanda*». Відповідно повинна виключатися зворотна дія нового законодавства, за винятком випадків, коли стосовно цього є пряма вказівка в законі і вона пов'язується із включенням в закон імперативних правил².

Нарешті, слід сказати про те, який спосіб дії (перспективна, негайна, зворотна) нормативно-правового акта у часі впливає із темпоральних норм ЦК та ГК стосовно визнання недійсним господарського договору. При цьому слід пам'ятати, що загальним правилом дії законів у часі залишається саме *перспективна дія* (на майбутнє). В пункті 7 Прикінцевих та перехідних положень ЦК передбачається ультраактивна форма (застосування до позовів про визнання заперечуваного правочину недійсним і про застосування наслідків недійсності правочину, право на пред'явлення

¹ Погребняк С. П. Колізії у законодавстві України та шляхи їх переконання: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Харків, 2001. — С. 10.

² Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. — С. 102—103.

яких виникло до 1 січня 2004 р., правил, які діяли раніше). В прикінцевих положеннях жодного з кодексів законодавець не надав зворотної дії їх нормам щодо підстав та наслідків недійсності правочинів/господарських договорів (зобов'язань). Норма ст. 5 ЦК не може бути застосована до наслідків недійсності правочинів/договорів, оскільки реституція як юридичний наслідок недійсності правочину не є видом цивільно-правової відповідальності, так само як не можна її кваліфікувати як господарсько-правову відповідальність (ст. 216 ГК).

Не встановив законодавець і негайну дію відповідних положень ЦК та ГК стосовно реституції (якщо б під нею можна було б розуміти «ті права та обов'язки, що виникли і продовжують існувати»)¹. З огляду на це підстави недійсності угод /договорів, які були вчинені до 1 січня 2004 р., та їх наслідки можуть визначатися лише за правилами, що діяли в момент їх вчинення, тобто норми ЦК 1963 р. Крім того, слід враховувати, що норми статей 48, 49 та деякою мірою 50 ЦК 1963 р. увійшли в ГК, через що можна зробити висновок про те, що ці загальні норми ЦК у процесі кодифікації цивільного та господарського законодавства набули статусу спеціальних норм. Але, попри їх збереження в чинному законодавстві, з точки зору «чистоти» дотримання правил дії норм у часі питання недійсності господарських договорів, які були вчинені до 1 січня 2004 р., повинні застосовуватися правила ЦК 1963 р.

Таким чином, викладене підтверджує необхідність закріплення в ГК темпоральних норм, які б визначали порядок дії норм про господарські договори у часі. При цьому голов-

¹ Не породжуючи регулятивних прав та обов'язків, недійсна угода не може вважатися і юридичною підставою для будь-яких дій по її виконанню. Тому все, що сторони надали одна одній за такою угодою, є виконанням *sine causa* (без причини) і підлягає поверненню за допомогою віндикації або кондикції. Вимога ж про визнання угоди недійсною спрямована на судове підтвердження об'єктивного стану правовідносин, яке (підтвердження) виступає елементом юридичної кваліфікації (Тузов Д. О. Ничтожность и оспоримость сделок: классическая доктрина и проблемы российской цивилистики // Цивилистические записки: Межвузов. сб. науч. тр. — М.: Статут. — Екатеринбург: Ин-т частного права, 2002. — Вып. 2. — С. 163, 168).

ним, що слід тримати в полі зору при вирішенні обговорюваної проблеми, є, на наш погляд, те, що законодавець не може ставити на меті руйнацію договірних відносин (і тих, що виникли на момент набуття чинності ГК та ЦК, і тих, що будуть виникати до прийняття та введення в дію інших законів, якими регулюватимуться господарські договори) норм.

Підсумовуючи викладене, пропонуємо доповнити главу 1 ГК ст. 7-1 «Дія актів господарського законодавства у часі» наступного змісту:

«1. Акти законодавства, що регулюють господарську діяльність, не мають зворотної сили та застосовуються до відносин, які виникли після введення їх в дію.

2. Зворотна дія закону допускається лише у випадках, якщо це передбачено законом. Закони не мають зворотної дії в часі, крім випадків, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність суб'єкта господарювання».

З метою узгодженості запропонованої ст. 7-1 із ст. 7 пропонується назву останньої викласти в такій редакції «Стаття 7. Акти господарського законодавства».

Пропонується також доповнити главу 20 ГК ст. 179-1 «Господарський договір і закон», виклавши її в такій редакції:

«1. Господарський договір не може суперечити обов'язковим для сторін правилам, які встановлені законом, чинним на момент укладення договору.

2. У випадку, коли після укладення господарського договору приймається закон, який встановлює інші правила, ніж ті, відповідно до яких був укладений господарський договір, умови договору залишаються незмінними, за винятком випадків, коли в законі передбачена його зворотна дія. Надання зворотної сили закону, яким встановлюються інші правила для сторін господарського договору, може мати місце тільки у випадку, передбаченому статтею 7-1 цього Кодексу».

Звертаючись до другого питання, яке було сформульовано вище, а саме про вплив нормативно-правових актів як джерел (форм) господарського договірного права на підтримку та розвиток договірної саморегуляції в сфері господарювання, слід підкреслити наступне. В цілому метою нормотворчої діяльності, тобто діяльності по конструюванню пра-

вових норм як виду соціальних норм, є створення специфічних засобів блокування ентропійних процесів у соціальній організації¹. Вважається, що стабілізація правопорядку, перетворення нормативно-правового регулювання на інструмент, що забезпечує нормальне функціонування суспільного життя, досягається за допомогою *систематизації* — діяльності з упорядкування законодавства шляхом його обробки та розміщення за обраними класифікаційними критеріями². Разом з тим, як зазначалося в літературі, прийняття великих нормативних актів (кодексів, статутів) здатне вносити значний дисонанс та неузгодженість в систему права³, що підтверджується і досвідом кодифікації господарського та цивільного законодавства України. В синергетичному плані процес розбалансування системи права можна пояснити тим, що системи, які створюються людиною, відрізняються від природних систем (стійких до зовнішніх впливів, здатних до самооновлення, самоускладнення, розвитку, узгодженості усіх частин) здатністю до різкого погіршення свого функціонування навіть при порівняно невеликих змінах зовнішніх впливів або помилках в управлінні⁴. Можна констатувати, що навіть зміна законодавчої термінології в нових кодифікованих актах привнесла певні елементи деструкції в практику правозастосування господарськими судами норм про господарські договори⁵.

¹ Плахов В. Д. Социальные нормы: философские основания общей теории. — С. 41, 95, 96.

² Систематизація законодавства України: проблеми та перспективи вдосконалення: Монографія. — К.: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2003. — С. 149.

³ Черданцев А. Ф. Толкование права и договора: Учеб. пособие для вузов. — М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2003. — С. 47.

⁴ Курдюмов С. П., Малинецкий Г. Г. Синергетика — теория самоорганизации: Идеи, методы, перспективы. — М.: Знание, 1983. — С. 4.

⁵ Відмова в ЦК 2003 р. від терміна «угода» і заміна його терміном «правочин» поряд із збереженням в ГК та низці інших законодавчих актів терміна «угода» потягли за собою неоднакове тлумачення в процесі правореалізації та правозастосування низки норм (наприклад, норми п. 11 ст. 10 Закону України від 4 грудня 1990 р. «Про державну податкову службу в Україні» стосовно права органів ДПС звертатися до судів із позовами до підприємств, установ, організацій та громадян про визнання угод недійсними і стягнення в доход держави коштів, одержаних ними за такими угодами) (ВВР. — 1991. — № 6. — Ст. 37). Ра-

Відомо також, що кодифікація, яка передбачає створення нового систематизованого нормативно-правового акта, здійснюється шляхом глибокої переробки чинного законодавства и внесення до нього суттєвих змін, тобто запровадження в новий акт і тих норм чинного («старого») законодавства, що не втратили свого значення, і нових норм, що якісно змінюють регулювання певної сфери суспільних відносин¹. Очевидно, що найбільш складним питанням при цьому залишається встановлення співвідношення між чинними нормами законодавства та новелами у правовому регулюванні та їх узгодження, тобто передбачення необхідного ступеня новелізації законодавства².

Прийняття нормативно-правових актів, які визначають *принципово* інші підходи до регулювання певних відносин, пов'язується із прогностичною діяльністю, яка здійснюється через нормативно-правове *моделювання*. Причому з синергетичних позицій від моделі не потребується істинності: модель повинна бути працездатною, тобто *давати задовільні відповіді на поставлені питання*³. Іншими словами, норми про господарські договори як аксіоматичні судження повинні сприяти досягненню сторонами господарських договірних відносин законних цілей та реалізації власних законних інтересів та водночас забезпечувати реалізацію певних суспільних (публічних) інтересів.

зом з тим застосування історичного методу тлумачення закону, яке передбачає знання розвитку вітчизняного законодавства в радянський період, це питання в цілому знімає, оскільки в розділі IV ЦК УРСР 1922 р. вживався саме термін «правочин» як еквівалент терміну «угода» (ЗУ УРСР. — 1922. — № 55. — Ст. 780). Про термінологію Цивільного та Господарського кодексів див. також: Проблемні питання у застосуванні Цивільного та Господарського кодексів України / Під ред. А. Г. Яреми, В. Г. Ротаня. — К.: Реферат, 2005. — С. 21—38.

¹ Систематизація законодавства України: проблеми та перспективи вдосконалення. — С. 155.

² До певної міри такі колізії розв'язуються шляхом прийняття закону про введення в дію відповідного акта або, як це має місце у сучасному вітчизняному законодавстві, включенням до такого акта спеціального розділу «Прикінцеві положення» (ГК), «Прикінцеві та перехідні положення» (ЦК).

³ Про моделювання як синергетичний метод детальніше див., зокрема: Пугачева Е. Г., Солов'єнко К. Н. Самоорганизация социально-экономических систем: Учеб. пособие. — Иркутск: Изд-во БГУЭП, 2003. — С. 23—27.

Разом з тим запровадження нових моделей правового регулювання може породжувати низку проблем у випадках, коли практика правореалізації та правозастосування свідчить про незадовільність таких відповідей. Крім того, оновлення законодавства шляхом прийняття кодексів, за висловом О. Є. Харитоновна, «пасіонарного» типу¹, яким є ЦК, може мати не тільки позитивний, але й негативний вплив на соціум в цілому. Зокрема, «скористатися» свободою договору в господарській сфері, можуть, насамперед, економічно сильніші за контрагента суб'єкти, що мають ринкову владу, займають монополіне становище на ринку, в тому числі ті, що діють в сфері природних монополій та на суміжних ринках, оскільки саме вони мають можливість нав'язувати контрагентам умови договору у вигляді одноосібно розроблених проформ — договорів приєднання (стандартних форм договорів). Нами вже зверталася увага на те, що реалізація норм права значною мірою залежить від правосвідомості, з якою взаємопов'язані і система права, і юридична практика (діяльність). Тому чи не основна проблема змістовного оновлення норм про господарські договори відповідно до існуючих соціально-економічних умов, криється саме у сфері правосвідомості, яка формується і існує на глибинних рівнях суспільної ментальності².

Ефективність дії норм права, в тому числі тих, які ми відносимо от господарського договірною права, які мають забезпечувати існування порядку, балансу інтересів в

¹ Харитонов О. О. Методологічний імператив дослідження актів кодифікації у галузі приватного права // *Методологія приватного права: Зб. наук. праць (за матеріалами наук.-теорет. конф., м. Київ, 30 травня 2003 р.)* / Редкол. О. Д. Крупчан та ін. — К.: Юрінком Інтер, 2003. — С. 42, 43.

² Зміст і унікальний малюнок будь-якої конкретної соціальної системи визначається впливом специфічних чинників, що розгортаються протягом усього життєвого циклу певного етносу. Традиції і культура, специфічні форми економічної, соціально-політичної, моральної, релігійної організації народу передаються шляхом соціалізації та закріплюються в історичній народній пам'яті, особливостях генетичного коду культури, пристосовують соціокультурні форми та цінності загального людського буття до національного, детермінуючи зміст і тривалість певних суспільних процесів і явищ (*Миронова Г. Філософсько-правова парадигма ринкової трансформації в Україні: досвід використання веберівської методології.* — С. 123).

суспільстві, залежить не тільки від якості законодавства, але й від того, наскільки суб'єкт права здатний підпорядковуватися в своїй діяльності загальнолюдським цінностям, соціальним нормам, що усталені в суспільстві. І якщо волевими владними актами в принципі можливе запровадження (нав'язування) в правову систему невідомих раніше, в тому числі усталених західних зразків правової культури, то практика їх реалізації та застосування може виявитися неефективною саме через те, що суспільна свідомість піддається зрушенням надзвичайно повільно¹.

Разом з тим в ситуації, коли належна реалізація норм права, насамперед імперативних, є лише *вірогідною*², існування бажаних для суспільства законодавчих, тобто владно-державних за природою, моделей договірних відносин здатне забезпечувати певний напрям розвитку соціальної самоорганізації. В літературі зверталася увага на важливість психологічного фактора у формуванні мотивації дії адресатів норм права. Уявляється справедливим твердження Н. Неновськи про те, що у випадку, коли інформація, яку несе в собі норма, відома суб'єктам права, але вони не сприймають її з усіма цінностями, що містяться в ній, вона (ця норма) буде діяти лише в силу державного примусу або

¹ Прикладом того, наскільки повільно та важко змінюється тип правосвідомості у суспільстві, може служити досить складний процес реалізації конституційного положення про те, що норми Конституції України як акта найвищої юридичної сили є нормами прямої дії (ч. 3 ст. 8 Конституції України). Побічним підтвердженням цьому слугує видання Пленумом ВСУ спеціальної постанови — № 9 від 1 листопада 1996 р. «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя», в п. 2 якого роз'яснюється, що суди при розгляді конкретних справ у всіх необхідних випадках повинні застосовувати Конституцію як акт прямої дії (Постанови Пленуму Верховного Суду України 1972—2002: Офіц. вид. / За заг. ред. В. Т. Маляренка. — К.: Вид-во А.С.К., 2003. — С. 9—14).

² Превентивні можливості права, так само як і інших соціальних регуляторів, в кінцевому підсумку є обмеженими. В найбільш широкому вигляді порушення соціальної норми, відхилення від неї визначається як соціальна деформація. Загальні причини соціальних деформацій та соціальних криз як найвищого ступеня їх розвитку у філософському розумінні зводяться до процесів старіння соціальної системи та вичерпанням нею своїх можливостей (*Кудрявцев В. Н.* Социальные деформации // Избр. тр. по социальным наукам: В 3 т. Т. 2. Криминология, социология, конфликтология. — М.: Наука, 2002. — С. 221).

через острах такого примусу, тобто ефективність цієї норми буде незначною¹. Набагато гіршою буде ситуація у випадку, коли правозастосовчі органи не сприйматимуть цінності, закріплені в нормі права, та норму права як цінність, оскільки це безпосередньо впливатиме на рівень захисту прав та законних інтересів суб'єктів господарювання (наприклад, у випадку, коли суд не сприйматиме і не застосовуватиме норму Конституції як норму прямої дії, що буде означати винесення незаконного рішення).

Спробуємо розглянути нормативно-правові джерела господарського договірної права саме з точки зору того, наскільки вони здатні сприяти стабільному функціонуванню господарських договірних зв'язків. В основу нормативно-правового регулювання має бути покладено, на наш погляд, відповідь на основне питання: чого прагне законодавець — підтримання існування договірних відносин за допомогою більш «м'яких» правил (диспозитивних, рекомендаційних), чи забезпечення безумовно-жорсткого застосування імперативних приписів нормативно-правових актів (які, до речі, можуть бути і помилковими, і несправедливими по суті), навіть якщо це буде руйнувати договірні відносини².

¹ *Неновски Н.* Право и ценности. — С. 229.

² Вказівка на мету, якої прагне законодавець при формулюванні юридичних норм, потребує деяких пояснень. У літературі цілком обґрунтовано звертається увага на необхідність зміни ракурсу погляду на право, оскільки останнє найтіснішим чином пов'язане із реальною взаємодією людей в суспільстві, в рамках якого вони прагнуть досягнути своїх цілей. В основі раціоналістичного підходу до права знаходиться думка про те, що право не удосконалює суспільні відносини, а лише відображає результат удосконалення механізму суспільної взаємодії на певному етапі. (*Дедов Д. И.* Соразмерность ограничения свободы предпринимательства. — М.: Юристъ, 2002. — С. 178—182). Л. фон Мізес, оцінюючи історичну роль теорії розподілу праці, розробленою англійською політекономією від Юма до Рікардо, раціоналістичний та утилітаристський підходи до права з точки зору економічної теорії сформулював так: «Закон та законність, моральні норми та суспільні інститути вже не почитаються як перст Божий. Вони мають людське походження, і єдина мірка, яку можна до них застосувати — це їх доцільність стосовно добробуту людей» (курсив наш. — О. Б.) (*Мизес Людвиг фон.* Человеческая деятельность: трактат по экономической теории / Пер. с 3-го испр. англ. изд. А. В. Куряева. — Челябинск: Социум, 2005. — С. 138—139).

Розвиток суспільних відносин у цілому, в тому числі тих, що опосередковуються господарськими договорами, якщо розглядати його з точки зору синергетики, є поліваріантним, і залежить від численних факторів (особливостей менталітету, моральних, правових принципів та інших уявлень, зафіксованих в соціально-психологічному архетипі), а досягнення певного раціонального варіанта упорядкованості суспільних відносин, який визначається законодавцем, не є безумовно неминучим з огляду на ентропійні процеси в суспільстві. Власне, все договірне право «виростає» із девіантної поведінки контрагентів, інакше воно могло б складатися є єдиного правила «*pacta sunt servanda*». З огляду на це законодавчі норми мають ґрунтуватися на ідеї про необхідність превенції (попередження під загрозою настання певних наслідків) *найбільш небажаних* варіантів вибору поведінки, зокрема у вигляді зловживання сторонами договору своїми правами.

Це надзвичайно складна проблема і теоретично, і з точки зору практичної реалізації, оскільки: 1) концептуально необхідно «об'єктивно» (тобто з урахуванням особливостей соціально-економічної ситуації на певному етапі розвитку суспільства та його потреб) визначити найбільш небажаний варіант поведінки сторін договору і встановити відповідні правові наслідки¹; 2) бажано суб'єктам договірних відносин рекомендувати «м'які», неімперативні законодавчі моделі поведінки у тих сферах, які безпосередньо не пов'язуються із реалізацією певних публічних інтересів, із винятками, спрямованими на захист економічно слабкіших суб'єктів; 3) слід усвідомлювати, що розширення свободи розсуду сторін, тобто сфери, вільної від імперативного впливу законодавства (або взагалі *non jus*), із необхідністю переміщує питання в площину судового регулювання (суддівської правотворчості) як чинника упорядкування договірних відносин, що також потребує наявності не абстрактного (як *pater familias*), а реально-

¹ Насамперед це стосується підстав та наслідків недійсності господарських договорів, які будуть розглянуті в наступному розділі роботи.

го безпристрасного, морального та високопрофесійного судді¹.

Слід звернути увагу на те, що нормативно-правові параметри порядку у договірних відносинах, закріплені в актах законодавства, поділяються на два види: 1) права та обов'язки сторін договору, встановлені законом, як правило, імперативно, яких сторони повинні дотримуватися в силу факту укладення договору і незалежно від узгодження та їх включення в текст договору; 2) перелік істотних умов, які з точки зору законодавця, мають бути узгоджені сторонами. Прикладом можуть бути норми статей 17—24 Закону України «Про концесії», якими встановлено права та обов'язки концесіонера та концесієдавця, та норми ст. 10 цього ж Закону, в якій міститься перелік істотних умов договору концесії². Як уявляється, в тих випадках, коли законодавець встановив широке коло прав та обов'язків сторін договору (не має значення, у вигляді імперативних норм або диспозитивних), договірні відносини можуть функціонувати і на основі цих параметрів, а сторони своїми фактичними діями (виконанням та прийняттям виконання) можуть підтверджувати однозначне розуміння своїх прав та обов'язків, які, можливо, текстуально в договорі і не відображені.

З урахуванням викладеного можна стверджувати наступне. По-перше, законодавець не повинен прагнути врегулювати *всі* фрагменти договірних відносин (права та обов'язки сторін у зобов'язанні), хоча останнім часом у господарському законодавстві спостерігається тенденція до встановлення

¹ До речі, В. А. Удінцев звертав увагу на те, що свобода тлумачення і свобода суддівського розсуду знаходяться у найтіснішому зв'язку із формами укладення договору. Якщо свобода волевиявлення обмежена вимогою форми, тим самим зв'язується і свобода судді. Через це відстоювати свободу волевиявлення і заперечувати суддівський розсуд означає впадати у суперечність (Удінцев В. А. История обособления торгового права // Избр. тр. по торговому и гражданскому праву. — М.: АО «Центр ЮрИнфоР», 2003. — С. 223).

² Детальніше наша позиція стосовно істотних умов договору та його укладення викладена у коментарі до глави 20 ГК (Наук.-практ. 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. 302—323).

все ширшого кола істотних умов для договорів певного виду¹. Практика судового правозастосування свідчить про те, що невинуватене (довільне) розширення в законодавстві істотних умов договору на фоні дії положень ч. 3 ст. 180 ГК про те, що при укладенні господарського договору сторони зобов'язані у будь-якому випадку погодити предмет, ціну та строк дії договору ГК, може спрямовуватися на ентропію договірних відносин. Разом з тим визнання договору неукладеним в судовому порядку досить часто є фактичною (і юридичною) підтримкою недобросовісного контрагента, який не просто не бажає виконувати договір з певних причин, але й при цьому не бажає, дотримуючись загального правила про обов'язковість договору (ст. 629 ЦК), йти правовим шляхом припинення відносин, що склалися (наприклад, ставити питання про зміну умов договору, його розірвання, якщо первісно визначені умови перестали відповідати інтересам контрагента, або використати такий спосіб припинення зобов'язання, як передача відступного).

Наведемо характерний приклад. Перелік істотних умов договору оренди, встановлений ст. 284 ГК, практично відтворює ст. 10 Закону України «Про оренду державного та комунального майна» (за станом на 16 січня 2003 р. — дату прийняття ГК)². Порівняльний аналіз положень ГК про оренду (статті 283—291) та зазначеного Закону свідчить про те, що в процесі кодифікації до ГК були механістично включені основні положення спеціального закону, який покликаний відповідно до преамбули забезпечити підвищення ефективності використання саме державного та комунального майна та застосування якого до оренди майна інших форм власності може бути виключене договором оренди (ч. 3 ст. 1 Закону).

¹ Див., зокрема: Загальні умови укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві. Затверджено постановою КМУ від 1 серпня 2005 року № 668 // Урядовий кур'єр. — 31 серпня 2005 року. — № 163.

² Законом України від 29.06.2004 стаття 10 зазначеного Закону була доповнена ще двома істотними умовами: про забезпечення виконання зобов'язань неустойкою (штрафом, пенею), порукою, завдатком, гарантією тощо; про порядок здійснення орендодавцем контролю за станом об'єкта оренди.

Рішенням Господарського суду міста Києва було задоволено позов АБ «Д...» до ТОВ «А...» про виселення з приміщення, оскільки суд визнав договір найму виробничого приміщення неукладеним, оскільки в договорі відсутня частина умов, що визнаються ст. 284 ГК істотними (зокрема, про вартість майна з урахуванням індексації, про порядок використання амортизаційних відрахувань).

Апеляційний господарський суд, скасовуючи це рішення, відмовив у задоволенні позову, оскільки копіями платіжних доручень, наданих відповідачем, підтверджується виконання ним договору найму в частині оплати за користування предметом договору; застосування ж до спірних відносин положень ГК про оренду, за відсутності в договорі найму його господарської мети як обов'язкової ознаки договору оренди в розумінні частини 1 статті 283 ГК, є помилковим. У мотивувальній частині постанови апеляційної інстанції також міститься важливий висновок про те, що договір не можна вважати неукладеним, оскільки він виконувався сторонами, а за відсутності згоди сторін щодо умов договору будь-яка з них має право звернутися до суду із позовом про внесення змін до договору або про спонукання до укладання договору¹.

Вважаємо, що остаточну ясність в це питання було внесено Верховним Судом України: вимога про визнання угоди не укладеною не може бути предметом позову у справі, оскільки ст. 6 ЦК (1963 р.) не встановлено відповідного способу захисту цивільного права. По суті, така вимога спрямована на встановлення факту, що має юридичне значення, а не на повнення порушеного права або захист охоронюваного законом інтересу. Цей факт може встановлюватися господарськими судами лише у разі вирішення спору про право цивільне. Його встановлення є елементом оцінки фактичних обставин справи та обґрунтованості вимог².

¹ Справа № 22/177 за позовом АБ «Д...» до ТОВ «А...» про виселення з виробничого приміщення // Архів господарського суду міста Києва. — 2005 р.

² Постанова Судової палати у господарських справах Верховного Суду України від 14.01.2002 р. у справі за позовом АТ «Сантехмонтаж» до МПП фірма «Барвінок», АТ «Капітал» та АТ «Барвінок» // Постанови Верховного Суду України та Вищого господарського суду України у господарських справах. — 2003. — Вип. 1. — С. 154—158.

Слід сказати і про можливість такої ситуації, коли природа договору, а отже і його предмета, визначається в тексті договору недостатньо чітко¹. Так, 2 січня 1993 р. сторонами було укладено договір про співробітництво і спільну господарську діяльність та додаткові угоди до нього, за умовами яких сторони зобов'язалися надавати консультаційну, маркетингову, комерційну, фінансову, виробничу та іншу допомогу при проведенні заходів комерційного характеру, передавати товарно-матеріальні цінності, розрахунки за які проводити шляхом взаємозаліку. Справа про стягнення боргу за поставлені за договором нафтопродукти розглядалася господарськими судами протягом 1997—2004 років. Судова палата у господарських справах ВСУ, залишаючи в силі рішення суду першої інстанції про задоволення позову, зазначила, що за відсутності істотних умов якого-небудь цивільно-правового договору відносини між сторонами повинні регулюватися статтями 151, 217 ЦК 1963 р., тобто фактично визнала наявний договір підставою виникнення зобов'язання, хоча і не кваліфікувала його як непоіменований².

Питання невизначеності строку дії договору, який, безумовно, виступає параметром порядку у договірних відносинах певним чином пов'язується із правилами щодо строку виконання зобов'язань (стаття 530 ЦК). Звичайно, що відсутність в договорі строку його дії є ускладнюючим фактором його динаміки та процесу доказування в суді певних обставин у справі, але не таким, що унеможлиблює функціо-

¹ І. Б. Новицький вказував на те, що в судовій практиці 1920—1940 рр. зустрічалася така позиція, що дійсним може бути визнаний тільки такий договір, який може бути підведений під будь-який із передбачених законом типів. Заперечуючи такий погляд, автор говорив про те, що законними слід визнавати як договори, безпосередньо законом не передбачені, так і змішані договори за умови їх несуперечності конкретним приписам закону, принципівим положенням радянського права і радянської політики (*Новицкий И. Б. Сделки. Исковая давность.* — М.: Госиздат. юрид. лит., 1954. — С. 42, 43).

² Постанова Судової палати у господарських справах Верховного Суду України у справі за позовом прокурора м. Саки в інтересах держави в особі господарської асоціації «Йодобром» до ВАТ «Науково-виробниче об'єднання «Йодобром» // Постанови Верховного Суду України та Вищого господарського суду України у господарських справах. — 2005. — Вип. 6 (21). — С. 35—38.

нування договірною зв'язку, адже за загальним правилом господарське зобов'язання припиняється у зв'язку із його належним виконанням (ч. 1 ст. 203 ГК)¹.

Умова про строк повинна визнаватися законом істотною для окремих видів господарських договорів, які обтяжені публічним компонентом, зокрема:

— у концесійних договорах як фактор стабільності для інвестора (концесіонера) та забезпечення потреб громадян України в певних товарах, роботах, послугах;

— у договорах купівлі-продажу об'єктів приватизації як фактора належного виконання покупцем своїх інвестиційних зобов'язань у економічній та в соціальній сферах², а також спрямованих, врешті-решт, на досягнення мети приватизації — підвищення соціально-економічної ефективності виробництва та залучення коштів на структурну перебудову економіки України;

— у договорах поставки продукції для державних потреб — як фактор *вчасного* забезпечення потреб держави у товарах, роботах, послугах;

— договорах, що опосередковують функціонування державного матеріального резерву — фактор *підтримання* матеріальних цінностей у належному обсязі та стані протягом відповідного періоду.

¹ Крім того, в практиці ділового обороту, яка відобразилася як у міжнародних конвенціях (зокрема, Віденській конвенції про договори міжнародної купівлі-продажу товарів) та *lex mercatoria* (Принципи УНІДРУА), так і в національних законодавствах (в тому числі ЦК України), склалися правила щодо так званих *розумних* строків, тобто таких, що не визначаються формалізовано, а існують як звичайні для ділової практики. Можна погодитися із Т. В. Боднар в тому, що термін «звичайний строк» є більш корисним, ніж «розумний строк», причому, як уявляється, не тільки стосовно Правил ІНКОТЕРМС, які згадуються автором, але й у внутрішньому українському законодавстві, оскільки слово «розумний» потребує оцінки не з позицій світової практики, а більш складних категорій сумлінності (добросовісності) і чесності (Боднар Т. В. Виконання договірних зобов'язань у цивільному праві: Монографія. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — С. 117).

² Див., наприклад: Умови проведення конкурсу з продажу пакета акцій ВАТ «Криворізький гірничо-металургійний комбінат «Криворіжсталь», затверджені розпорядженням Кабінету Міністрів України від 9 серпня 2005 р. № 322-р // Урядовий кур'єр. — 13 серпня 2005 р. — № 150.

Крім того, слід враховувати, що в деяких договірних відносинах визначити строк через категорію звичайного або розумного в принципі неможливо, зважаючи на унікальність їх об'єкта. Так, у ліцензійних договорах умова про строк дії договору (початок і кінцевий строк використання об'єкта інтелектуальної власності) не тільки захищає інтереси ліцензіара, але й забезпечує стабільність становища ліцензіата як інвестора (адже впровадження науково-технічних досягнень, доведення їх до стану працюючих вимагає значних капіталовкладень). Оскільки забезпечення використання високих технологій у суспільному виробництві є винятково важливим для подальшого розвитку суспільства, в принципі не можна пов'язувати дійсність таких договорів із узгодженням сторонами строку його дії. У зв'язку з цим слід позитивно оцінити регламентацію строку ліцензійного договору в статті 1110 ЦК.

Ціна договору (тариф) за визначенням ч. 1 ст. 189 ГКУ є формою грошового визначення вартості продукції (робіт, послуг), яку реалізують суб'єкти господарювання, а тому присутність умови про ціну в майнових господарських договорах є природною та логічною. Проте існують випадки, коли в тексті договору безпосередньо ціна не встановлюється, але міститься порядок або спосіб її обчислення на момент виконання обов'язку по оплаті поставленої продукції, виконаних робіт тощо. В такому випадку за буквального тлумаченням ч. 2 ст. 189 ГК можна було б говорити про відсутність в договорі істотної умови із відповідними наслідками. Проте в ст. 632 ЦК закладений механізм встановлення ціни на випадок, коли ціна в договорі не встановлена і не може бути визначена виходячи з його умов: в такому випадку вона визначається на основі звичайних цін, що склалися на аналогічні товари, роботи або послуги на момент укладення договору. Таким чином, з точки зору стабільності господарських зв'язків визначення умови про ціну як істотну для всіх господарських договорів є занадто категоричним. Ціна повинна визнаватися істотною лише для тих випадків, коли вона не може визначатися у наведений вище спосіб (наприклад, при укладенні ліцензійних договорів на використання об'єктів інтелектуальної власності або договорів комерційної концесії з огляду на унікальність нематеріальних об'єктів — результатів творчої діяльності).

Суперечливо вирішено в ГК та ЦК питання про валюту грошового зобов'язання, яке і раніше було не простим, про що свідчить неоднакова судова практика.

Так, рішенням арбітражного суду, залишеним без зміни наглядовою інстанцією, задоволено позов відкритого акціонерного товариства до фірми про визнання недійсним договору купівлі-продажу товарів. Рішення суду мотивовано тим, що на порушення ст. 169 ЦК 1963 р. за оспорюваним договором та специфікацією до нього товар підлягав оплаті у доларах США. У заяві до Вищого арбітражного суду України про перевірку відповідних судових актів у порядку нагляду фірма просила їх скасувати, справу направити на новий розгляд, оскільки умови оспорюваного договору сторонами виконано, а наявність специфікації, у якій вартість товару визначена у доларах США, не вплинула на їх виконання. Крім того, на думку заявника, зазначення ціни товару в іноземній валюті слід розцінювати як недосягнення сторонами згоди з однієї з істотних умов договору, а ця обставина не тягне за собою визнання договору недійсним. Перевіривши матеріали справи та доводи заявника, судова колегія Вищого арбітражного суду України по перегляду рішень, ухвал, постанов встановила таке.

Відповідно до ст. 169 ЦК вираження і оплата грошових зобов'язань в іноземній валюті допускається лише у випадках і в порядку, встановлених законодавством. Згідно зі ст. 3 Декрету Кабінету Міністрів України від 19.02.1993 р. «Про систему валютного регулювання і валютного контролю» валюта України є єдиним законним засобом платежу на території України. Статтею 5 цього Декрету передбачено, що використання іноземної валюти на території України як засобу платежу або як застави потребує отримання індивідуальної ліцензії Національного банку України. Відповідних доказів отримання такої ліцензії сторонами не надано. Водночас з договору вбачається, що сторонами досягнуто згоди в потрібній формі з усіх його істотних умов, у тому числі й щодо ціни товару, яку зазначено у доларах США. Отже, у арбітражного суду немає правових підстав вважати договір неукладеним. Відповідно до ст. 48 ЦК 1963 р. недійсною є та угода, що не відповідає вимогам закону. Останній не ставить визнання угоди недійсною у за-

лежність від ступеня її виконання сторонами. З огляду на викладене постановою судової колегії Вищого арбітражного суду України по перегляду рішень, ухвал, постанов рішень та постанову арбітражного суду залишено без зміни¹.

По іншій, схожій, справі господарський суд зайняв протилежну позицію. Спільним підприємством і товариством з обмеженою відповідальністю укладено договір оренди нежитлових приміщень, в якому розмір орендної плати виражено у доларах США. Під час обговорення змін до цього договору сторони не досягли згоди щодо визначення розміру орендної плати. Згідно з п. 1 ч. 2 ст. 92 Конституції України виключно законами України встановлюються статус національної валюти, а також статус іноземних валют на території України. Статтею 3 Декрету Кабінету Міністрів України від 19 лютого 1993 р. «Про систему валютного регулювання і валютного контролю» передбачено, що валюта України є єдиним законним засобом платежу на території України, який приймається без обмежень для оплати будь-яких вимог та зобов'язань. Відповідно до ст. 35 Закону України «Про Національний банк України» гривня (банкноти і монети) як національна валюта є єдиним законним платіжним засобом на території України. Названі акти законодавства визначають національну валюту України як єдиний законний платіжний засіб на території України. Вони не містять заборони на вираження грошових зобов'язань в іноземній валюті. З огляду на викладене умова договору оренди, яка визначає розмір орендної плати в іноземній валюті, не суперечить чинному законодавству України. Відповідно до ст. 21 Закону України «Про підприємства в Україні» підприємства вільні у виборі предмета договору, визначенні зобов'язань, будь-яких інших умов господарських взаємовідносин, що не суперечать законодавству України. Враховуючи, що зміна умов договору оренди щодо розміру орендної плати можлива лише за взаємною згодою сторін цього

¹ Див. п. 2 оглядового листа Вищого арбітражного Суду України від 20.04.2001 р. № 01-8/481 «Про деякі питання практики вирішення спорів про визнання угод недійсними (за матеріалами судової колегії Вищого арбітражного суду України по перегляду рішень, ухвал, постанов) // Вісник господарського судочинства. — 2001. — № 3. — С. 128.

договору, у арбітражного суду немає правових підстав змінювати відповідну умову, якщо така плата не підлягає державному регулюванню відповідно до законодавства України¹.

Відповідно до п. 2 роз'яснення Вищого арбітражного суду України від 12 березня 1999 р. «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з визнанням угод недійсними»: в процесі вирішення спору сторони можуть самі усунути у встановленому порядку порушення, які могли б потягти за собою визнання договору недійсним, зокрема шляхом укладення нового договору; внесення змін до договору, який не відповідає закону у певній частині; погодження його з відповідним державним органом, якщо це необхідно для даної договору, а таке погодження раніше не було здійснено тощо. Сторони також не позбавлені права укласти угоду про внесення змін до договору з метою приведення його у відповідність із законом або про розірвання договору. Якщо згадана угода не суперечить чинному законодавству, арбітражний суд у резолютивній частині рішення затверджує її².

Як уявляється, загальний підхід до розв'язання цього питання має бути наступним. Тоді, коли умова договору сформульована законодавцем як імперативна норма, то вона впливає на сторони незалежно від їх волі. Більш того, як зазначає М. І. Брагинський, узгоджена воля сторін, яка не збігається з імперативною нормою, має вади, а тому при колізії договірної умови з такою нормою абсолютний пріоритет має остання³. У наведених вище прикладах сторони у відповідних договорах (купівлі-продажу та оренди нежитлових приміщень) визначили грошове зобов'язання в іноземній валюті. Частиною 1 ст. 169 ЦК 1963 р. визначалося, що грошові зобов'язання повинні бути виражені і підлягають оплаті в радянській валюті. В новому ЦК допускається вираження грошового зобов'язання в іноземній валюті, але

¹ Див. п. 8 оглядового листа № 01-8/677 від 11.06.2001 р. «Про практику вирішення окремих категорій спорів за матеріалами президії Вищого арбітражного суду України» // Вісник господарського судочинства. — 2001. — № 3. — С. 165.

² Вісник Вищого арбітражного суду України. — 1999. — № 2. — С. 92.

³ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Кн. 1. — С. 315.

його виконання відповідно до чинного законодавства здійснюється у валюті України, гривня є законним платіжним засобом, обов'язковим для приймання за номінальною вартістю на всій території України.

Іноземна валюта, як зазначав Л. А. Лунц, «не є нормальним знаряддям обороту країни», грошові зобов'язання, що виражені в іноземній валюті, ніде не заохочуються законодавцями, а тому за загальним правилом, що панує в західноєвропейському праві, боржнику дозволяється замість іноземної валюти здійснити платіж грошовими знаками, що знаходяться в обігу в місці платежу (*facultas alternativa*). Ця пільга для боржника походить із середньовіччя і пояснюється прагненням усіх урядів по можливості виключити іноземні гроші із сфери обігу¹. Визнання гривні єдиним законним засобом платежу означає, що гривня є засобом виконання грошового зобов'язання незалежно від бажання кредитора прийняти такий платіж. Таким чином, включення в договір такої умови не повинно тягти за собою визнання його недійсним, оскільки виконання може бути здійснене в сумі, що є еквівалентною визначеній в договорі сумі в іноземній валюті².

Уявляється слушною і такою, що заслуговує на підтримку, висловлена суддями Верховного Суду України позиція стосовно того, що пом'якшити занадто жорсткий підхід законодавця до істотних умов господарських договорів в частині строку їх дії можна, послідовно запроваджуючи в практику розуміння здійснення фактичних дій на виконання договору за умови фактичного визнання іншою стороною відповідності цих дій договору як підтвердження того, що сторони договір уклали³. У тих же випадках, коли в госпо-

¹ Лунц Л. А. Деньги и денежные обязательства в гражданском праве. — М.: Статут, 1999. — С. 134.

² До того ж із введенням в дію нового ЦК посилення сторони (сторін) в такому випадку на недосягнення згоди по такій умові договору, як ціна, буде безпідставним, оскільки ціна перестає бути істотною умовою договору, в тому числі відплатного, оскільки виконання договору може бути оплачено за ціною, яка за подібних обставин звичайно сплачується за аналогічні роботи, товари, послуги.

³ Проблемні питання у застосуванні Цивільного та Господарського кодексів України / За ред. А. Г. Яреми, В. Г. Ротаня. — К.: Реферат, 2005. — С. 38.

дарському договорі ціна не була погоджена, доцільно було б йти шляхом переважного застосування до господарських договорів більш ліберальних положень Цивільного кодексу¹.

Завершуючи характеристику нормативно-правових джерел (форм) господарського договірної права, слід сказати про зближення законодавства України із західними моделями, в тому числі законодавством ЄС, про що вже частково йшлося вище².

Відповідно до ст. 51 Угоди про партнерство і співробітництво між Європейськими співтовариствами та їх державами-членами і Україною (УПС) від 14 червня 1994 р.³ важливою умовою для зміцнення економічних зв'язків між Україною та Співтовариством є зближення існуючого і майбутнього законодавства України з законодавством Співтовариства та вжиття Україною заходів для забезпечення того, щоб її законодавство поступово було приведене у відповідність із законодавством Співтовариства. Шляхи виконання завдання адаптації законодавства як складової стратегії інтеграції України до ЄС визначені в низці нормативно-правових актів⁴.

¹ Там само. — С. 127.

² Слід сказати, що проблеми адаптації національного законодавства до права ЄС існують і в країнах Заходу. В галузі цивільного права було прийнято низку директив стосовно договірної права та відповідальності за зобов'язаннями, які спрямовуються на підвищення захисту інтересів споживачів. Зокрема, перенесення в BGB типових положень директив ЄС, як зазначає В. Бергман, означає, зокрема, частковий відхід від принципу *pacta sunt servanda* як результат закріплення права на відміну від договору, підвищенням вимог, пов'язаних із ясністю інформації та тексту договору, розширення сприятливих лише для споживача імперативних приписів// Гражданское уложение Германии = Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch mit Einfuhrungsgesetz: Ввод. закон к Гражд. уложению / Пер. с нем.; Науч. редакторы — А. Л. Маковский (и др.). — М.: Волтерс Клувер, 2004. — С. XV.

³ ВВР. — 1994. — № 51. — Ст. 446.

⁴ Указ Президента України від 11 червня 1998 р. № 615/98 «Про затвердження Стратегії інтеграції України до Європейського Союзу // Урядовий кур'єр. — 18 червня 1998 р. — № 114—115; Закон України «Про Концепцію Загальнодержавної програми адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу від 21 листопада 2002 р. // ВВР. — 2003. — № 3. — Ст. 12; Закон України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу від 18 березня 2004 р. // ВВР. — 2004. — № 29. — Ст. 367.

Мета адаптації вітчизняного законодавства до стандартів ЄС (прийняття чи зміна відповідних нормативних актів) має полягати не просто у досягненні відповідності правової системи України *acquis communautaire*, але, перш за все, у гармонізації цілей законодавства України та механізмів його реалізації тими цілями діяльності Європейського співтовариства, що визначені первинним законодавством, насамперед, розбудовою такого союзу народів Європи, в якому рішення, що приймаються, спрямовуються на найбільш повне задоволення потреб громадян. Створення загального ринку, економічного та валютного союзу є одним із способів досягнення завдань Співтовариства, визначених Ст. 2 Договору про Європейський Союз 1992 р. Статтею 3 цього Договору передбачено, зокрема, скасування перешкод вільному руху товарів, осіб, послуг та капіталів між державами-членами, та зближення національних законодавств держав-членів тією мірою, яка необхідна для нормального функціонування загального ринку (пункт «h»). Адаптація законодавства України до стандартів ЄС в контексті наведених завдань повинна означати усунення принципових, не сумісних із правовими актами Співтовариства розбіжностей.

Крім іншого, кожна країна має розв'язувати проблему забезпечення власних національних економічних інтересів за допомогою власних правових засобів. Ілюстрацією існуючої проблеми, коли приведення українського законодавства у відповідність із угодами СОТ не узгоджується із пріоритетністю національних інтересів, може бути норма ст. 10 Закону України «Про концесії»¹, відповідно до якої однією з істотних умов договору концесії є умова використання концесіонером вітчизняних сировини, матеріалів, а до внесення змін в цю статтю Законом від 3 лютого 2004 р. «Про внесення змін до деяких законів України з метою стимулювання концесійної діяльності»² така вимога стосувалася і

¹ ВВР. — 1999. — № 41. — Ст. 372.

² ВВР. — 2004. — № 19. — С. 254. До речі, частина 2 статті 18 Закону «Про концесії» визначає обов'язок концесіонера використовувати на об'єкті концесії технології та техніку вітчизняного виробництва, якщо інше не передбачено умовами договору. Іншими словами, ця диспозитивна норма за відсутності згоди сторін щодо невикористання вітчизняних техніки та технологій загроза перетворюється в імперативну і створює таку правову ситуацію, від якої, очевидно, законодавець мав намір дистанціюватися.

використання вітчизняної техніки та технологій. Покладення аналогічних обмежень на інвестора передбачається також ст. 8 Закону України від 14 вересня 1999 р. «Про угоди про розподіл продукції»¹ (обов'язок інвестора надавати переваги продукції, товарам, роботам, послугам та іншим матеріальним цінностям українського походження за рівних умов стосовно ціни, строку виконання, якості, відповідності міжнародним стандартам).

В літературі висловлювалася пропозиція щодо скасування цих обов'язків як таких, що підпадають під визначення заборонених, пов'язаних із торгівлею інвестиційних заходів у розумінні Угоди про пов'язані з торгівлею інвестиційні заходи, у випадках, коли вони носять другорядний, обслуговуючий характер щодо основної мети нормативного акта². Але визначити таку другорядність за буквальним тлумаченням законів досить складно, зважаючи не тільки на формулювання преамбул цих законодавчих актів³, але й при системному тлумаченні цих законів та інших актів інвестиційного законодавства.

Стаття 7 Закону України від 18 вересня 1991 р. (із наступними змінами) «Про інвестиційну діяльність»⁴ встановлює рівність у правах усіх суб'єктів інвестиційної діяльності незалежно від форм власності та господарювання щодо здійснення інвестиційної діяльності, якщо інше не передбачено законодавчими актами України. На цьому наголошував і Конституційний Суд України в мотивувальній частині рішення у справі за конституційним поданням Кабінету Міністрів України щодо офіційного тлумачення положень ч. 1 ст. і 5 Закону України «Про усунен-

¹ ВВР. — 1999. — № 44. — Ст. 391.

² *Посєдинок В. В.* Правове становище інвестора як суб'єкта господарських відносин: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2004. — С. 11.

³ «Створення сприятливих умов для інвестування пошуку, розвідки та видобування корисних копалин у межах території України, її континентального шельфу та виключної (морської) економічної зони» (Закон України «Про угоди про розподіл продукції»); «підвищення ефективності використання державного і комунального майна і забезпечення потреб громадян України у товарах (роботах, послугах)» (Закон України «Про концесії»).

⁴ ВВР. — 1991. — № 47. — Ст. 646.

ня дискримінації в оподаткуванні суб'єктів підприємницької діяльності, створених з використанням майна та коштів вітчизняного походження» та ч. 1 ст. 19 Закону України «Про інвестиційну діяльність» (справа про оподаткування підприємств з іноземними інвестиціями) від 29 січня 2002 р. 1-рп/2002)¹.

Разом з тим Закон України від 17 лютого 2000 р. «Про усунення дискримінації в оподаткуванні суб'єктів підприємницької діяльності, створених з використанням майна та коштів вітчизняного походження»², спрямований не тільки на захист конкуренції між суб'єктами підприємницької діяльності, створеними без залучення коштів або майна (майнових чи немайнових прав) іноземного походження, та суб'єктами підприємницької діяльності, створеними за участю іноземного капіталу, але одночасно і на забезпечення державного захисту вітчизняного виробника та конституційних прав і свобод громадян України. Але преамбула Закону «Про усунення дискримінації в оподаткуванні суб'єктів підприємницької діяльності, створених з використанням майна та коштів вітчизняного походження» сформульована максимально абстрактно в той час, як ст. 1 цього Закону встановлює національний режим валютного регулювання та справляння податків, зборів (обов'язкових платежів), встановлений законами України для вітчизняного інвестора. Іншими словами, закріплений в законодавстві України принцип національного режиму для іноземного інвестора конкурує із законодавчою ж метою захисту вітчизняного товаровиробника.

Проблема гармонізації договірної права із стандартами ЄС, як уявляється, має полягати у забезпеченні у законодавстві України пропорційності приватноправових та публічно-правових засобів впливу на учасників господарського обороту з огляду на основну мету, що ставиться перед Співтовариством. Так, публічно-правовою є загальна заборона використання цивільних прав з метою неправомірного обмеження конкуренції, зловживання моно-

¹ ОВУ. — 2002. — № 22.

² ВВР. — 2000. — № 12. — Ст. 97.

польним становищем на ринку, недобросовісна конкуренція (ч. 5 ст. 13 ЦК). Значна кількість публічно-правових регуляторів договірних відносин у сфері господарювання міститься в ГК.

У цілому наявність публічно-правових засобів, що мають імперативний характер, не суперечить меті адаптації законодавства України до стандартів ЄС. Так, статтею 20 Угоди про партнерство та співробітництво між Україною і Європейськими Співтовариствами та їх державами-членами, ратифікованої Законом України від 10 листопада 1994 р.¹ підтверджується правомірність заборон або обмежень щодо імпорту, експорту або транзиту товарів, введених в публічних інтересах (з мотивів громадської моралі, державної політики або державної безпеки; захисту здоров'я або життя людей, тварин або рослин; захисту природних ресурсів тощо). Такі заборони або обмеження не визначаються як засоби свавільної дискримінації чи замаскованого обмеження у торгівлі між Сторонами Угоди. Разом з тим зазначені обмеження мають бути розумними та відповідати принципу пропорційності, закріпленому в Договорі про ЄС і витлумаченому в рішеннях Європейського суду, які є джерелом *acquis communautaire*².

2.3. Правові звичаї (звичай ділового обороту)

Правовий звичай як одне з найдавніших джерел права³, звичаєве право в цілому та його окремі аспекти останнім часом привертає до себе увагу сучасних дослід-

¹ ВВР. — 1994. — № 46. — Ст. 415.

² Детальніший аналіз проблеми адаптації законодавства України про договори виходить за межі цієї роботи, оскільки має проводитися в площині окремих видів договорів.

³ Зокрема, в Дигестах Юстиніана (I. III.32) зазначається, що за відсутності писаного закону слід дотримуватися того, що встановлене мораллю та звичаєм. Укорінений звичай заслужено застосовується як закон, як неписане право, що встановлене народом (Пам'ятники римського права: Законы XII таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана. — М.: Зерцало, 1997. — С. 168).

ників¹, хоча деякі з них вказують на те, що увага до звичаю в академічних колах є скоріше виявом «наукової інерції», даниною давній традиції, відповідно до якої звичай виступав як найважливіше та основоположне джерело романо-германської правової системи, аніж відображенням сучасного становища звичаю в ієрархії джерел права в ній².

Розгляд питання про звичай як джерело права вимагає короткого екскурсу в історію торгового права³, яке тривалий час розвивалося саме через звичай, оскільки це дає можливість виявити певні тенденції щодо зміни місця звичаю в ієрархії джерел договірної права⁴. Норми звичаїв є результатом практичної діяльності членів суспільства та їх спільнот, що відбувається в певній системі координат (історичних, соціально-економічних, культурних). Через це внутрішні торгові звичаї (звичаї ділового обороту) як установлені правила у певних відносинах мають явно виражений темпоральний характер і з плином часу можуть втрачати значення як застарілі і такі, що не відповідають поточним потребам ділової практики. Усталеність звичаю має здебільшого оціночний характер, оскільки законодавець не визначає, протягом якого саме часу має застосовуватися

¹ *Івановська О. П.* Звичаєве право в Україні: Етнотворчий аспект: Навч. посібник. — К.: ТОВ «УВПК «Ексоб», 2002. — 264 с.; *Зумбулідзе Р.-М.* Обычное право как источник гражданского права // Обычай в праве: Сб. — СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2004. — С. 9—196; *Поротиков А. И.* Обычай в гражданском обороте // Там само. — С. 201—380; *Толкачова Н. С.* Звичаєве право: Навч. посібник. — К.: Видавничо-поліграф. центр «Київський університет», 2005. — 367 с.

² Детальніше див., зокрема: *Марченко М. Н.* Источники права: Учеб. пособие. — М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2005. — С. 483—495.

³ Історія торгового права знайшла ґрунтовне дослідження в працях комерціалістів другої половини ХІХ — початку ХХ ст. Див., зокрема: *Цитович П. П.* Тр. по торговому и вексельному праву: В 2 т. Т. 1: Учеб. торгового права; К вопросу о слиянии торгового права с гражданским; *Удинцев В. А.* История обособления торгового права (*Удинцев В. А.* Избр. труды по торговому и гражданскому праву; *Шершеневич Г. Ф.* Учебник торгового права (по изданию 1914 г.). — М.: Фирма «СПАРК», 1994. — С. 44—47.

⁴ До речі, за оцінкою В. А. Удінцева, саме в особливому значенні звичаю та свободі договору виявлялася *свобода обороту* як перший і основний принцип торгового права // *Удинцев В. А.* История обособления торгового права. — С. 197.

певне правило поведінки для перетворення його на норму звичаю.

У працях російських дореволюційних комерціалістів та цивілістів проблематика і торгового права, і торгових звичаїв розглядається з позицій загальноімперської історії та законодавства, хоча, напевне, лише доба реформ 1860-х років стала тією віссю, навколо якої стали формуватися нові, спільні тенденції розвитку торгового права і звичаєвого торгового права України як складової імперії. Історія звичаєвого торгового права України поки що залишається майже *terra incognita*, свідченням чому є хоча б той факт, що в сучасних українських історико-етнографічних дослідженнях існування певних торгових звичаїв згадується, але майже не розкривається. М. Гримич вказує на те, що українська традиційна культура не відзначається розвиненістю звичаєвого торгового права, і серед українців до початку ХХ ст. практично не було купецького стану, хоча певні торгові традиції в Україні вже існували. Ці традиції виявлялися в звичаях ярмаркування, торгових звичаях українських ремісників та в чумацькому промислі, який на середину ХІХ ст. занепадає у зв'язку з активним будівництвом залізниць¹.

В українському правознавстві питання періодизації звичаєвого торгового права України окремо не досліджувалося. Тому, розглядаючи звичаєве торгове право як складову звичаєвого права, можна скористатися запропонованою О. П. Івановською періодизацію, що включає в себе княжий, земсько-князівський (середина ІХ — друга половина ХІV ст.), литовсько-польський (до 1569 р.), козацько-гетьманський (з ХVІІ до другої половини ХVІІІ ст.), московський (друга половина ХVІІІ ст.) періоди. Із поширенням на українські землі Зводу законів Російської імперії розвиток національної української правотворчості припиняється. При цьому навряд чи можна стверджувати, що в зазначені періоди торгові звичаї розвивалися з однаковим ступенем інтенсивності. Насамперед, це стосується козацького звичаєвого права, пристосованого до потреб січового лицарства, основним видом занять якого була військова справа.

¹ Гримич М. Інститут власності у звичаєво-правовій культурі українців ХІХ — початку ХХ ст. — К., 2004. — С. 484.

Основними історичними віхами, що визначили долю звичаєвого права України стали наступні. За княжіння Ярослава Мудрого (1019—1054) з'являється «Руська правда» як перший досвід уніфікації та систематизації правових норм на ґрунті старовинних слов'янських звичаїв. Впровадження на підлеглих Польщі після укладення Кревської унії (1385 р.) землях Великого князівства Литовського, в тому числі українських, магдебурзького (німецького) права¹ — середньовічного міського права, зумовило не тільки зміни в судочинстві та системі адміністративного управління, але й спричинило германізацію національної правової системи. Внаслідок цього роль звичаєвих традицій в містах зменшувалася, зберігаючись в основному в селянському середовищі.

Литовський статут 1529 р. (Старий статут), який перейняв як норми «Руської правди», так і численні норми давнього українського звичаєвого права, вніс, як зазначає О. П. Івановська, принципову зміну у співвідношення закону і звичаю, визначивши закон як пануюче джерело права. Кодифікація права України у XVIII ст. в «Правах, за якими судиться малоросійський народ» (1743) «переплавила» норми Литовського статуту, магдебурзького права², звичаєвого права та російського (московського) права, узгодивши їх між собою³.

Слід, однак, зазначити, що існує й інший погляд на роль звичаєвого права, в тому числі і як джерела «Прав, за якими судиться малоросійський народ», а саме як на один із

¹ Про магдебурзьке право як складову міського середньовічного права Західної Європи див. також: *Толкачова Н. Є.* Звичаєве право: Навч. посібник. — К.: Видавничо-поліграф. центр «Київський університет», 2005. — С. 242—244.

² У зв'язку з цим слід звернути увагу на позицію К. Вислобокова, який поряд із Литовським статутом визначає джерелом «Прав...» не лише магдебурзьке право, а групу джерел *німецького права*. (*Вислобов К.* Визначна пам'ятка українського права: джерела, зміст, система та соціально-політичні передумови створення // *Права, за якими судиться малоросійський народ. 1743 р.* — К.: НАН України, Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького, Ін-т української археографії та джерелознавства ім. М. С. Грушевського, 1997. — С. XIX—XXVI).

³ Детальніше про це див.: *Івановська О. П.* Звичаєве право в Україні. — С. 14—38.

давніх стереотипів, зобов'язаних своїм поширенням історіографії XIX ст. Звичай і право, як зазначає К. Вислобок, якщо і не протилежні, то різні за змістом, особливо коли йдеться про XVIII ст. — третє сторіччя застосування цілеспрямовано кодифікованого писаного права в Україні та про частину української спільноти, якій вже за півтора сторіччя був притаманний фетишизований погляд на право. В цій ситуації, на думку дослідника, слід скоріше говорити про місце, роль та конкретні форми і прояви звичаю в системі кодифікованого права, але ж ніяк не про «звичаєве право» як окрему категорію. З огляду на це «Права...» побудовані на нормативному матеріалі виключно Литовського статуту та кількох збірок німецького права польського походження. Так чи інакше, але в «Правах...» було чітко визначено місце звичаю стосовно закону. В пункті 5 артикулу 2 глави 7 «Про суди, судді та інших персон до суду належних, і про зміст правного порядку у справах судових» встановлено: а якщо чого в цьому праві не вистачає, то судді, схиляючись до справедливості, судити мають по совісті та прикладу інших прав християнських і попередньо вирішених цим правом подібних справ, розмірковувати можуть, оскільки як одне право із іншого виходить, так і подібні випадки одним і тим же правом можуть судитися, а за відсутності артикулу ...за добрими узвичаєннями, які тривалий час вживаються, які закону Божому, цивільним правам та чистій совісті не супротивні, оскільки такі добрі узвичаєння силу права мають¹.

Таким чином, в українській правовій традиції чітко відстежується тенденція до звуження сфери звичаєвого права, що поступається місцем закону і перетворюється на субсидіарне джерело, можливість застосування якого пов'язується з відсутністю норми позитивного права.

¹ Особливо роль звичаю виявляється при співставленні наведеного правила із правилом пункту 1 артикулу 1 глави 3, відповідно до якого, оскільки монарх або самодержець і правлячий государ є владою, верховною над усіма, від єдиного всевишнього Бога встановленою та заснованою, статуту та укази монарші усім підданим вважати за право, і виконуватися вони повинні із усілякими почеснями та повагою, ніхто ж інший ніяких законів вводити та прав встановлювати не в силі (Права, за якими судиться малоросійський народ. 1743 р. — С. 44, 85).

Якщо ж говорити про звичаєве торгове право Російської імперії в цілому, то про ступінь його впливу на регулювання торгових відносин свідчать висловлювання відомих комерціалістів того часу¹. Коментуючи критику, яка пролунала свого часу на адресу «Нарисів основних понять торгового права» П. П. Цитовича, В. А. Удінцев у 1914 р. зазначав, що звинувачення в ігноруванні П. П. Цитовичем російських торгових звичаїв повинні бути відкинуті, оскільки «надії на звичаєве торгове право, що так довго плекалися, не справдилися». Література не змогла відшукати торгові звичаї та не спромоглася відрізнити звичаї від самостійної творчості судової практики, і законодавству не залишилося нічого іншого, ніж звернутися до заповнення лакун, не дочекавшись допомоги з боку звичаю². На чималі складнощі вивчення звичаїв, які мають юридичний характер, звертав увагу Д. І. Мейер, вказуючи, що звичаї досить часто приховуються від свідомості тих самих людей, які керуються ними в дійсності, причому в таких саме відносинах, які не залишають помітного впливу існування³. У зв'яз-

¹ Напевне, читачеві цікавим буде той факт, що П. П. Цитович та В. А. Удінцев репрезентували школу комерціалістики Київського університету Святого Володимира. Петро Павлович Цитович (1844—1913) — ординарний професор кафедри торгового права Університету Святого Володимира з 1884 по 1894 роки. Всеволод Аристархович Удінцев (1865—1930) — з 1894 р. — екстраординарний професор, а з 1896 по 1906 (?) роки — ординарний професор цієї ж кафедри.

² *Удінцев В. А. П. П. Цитович (К годовщине со дня смерти) // Цитович П. П. Тр. по торговому и вексельному праву: В 2 т. Т. 1: Учебник торгового права; К вопросу о слиянии торгового права с гражданским. — М.: Статут, 2005. — С. 33.*

³ При постійному прагненні законодавця визначити увесь юридичний побут, звичаю тільки і залишається місце в «невідомих та таємних кутках цього побуту», а там, де панування звичаю було очевиднішим, воно витісняється законодавцем. Найчастіше лише зіткнення інтересів сторін виявляє існування якогось звичаю: або сторона, яка засновує на ньому своє право чи підкріплює його, вказує суддям на звичай, або самі суди визначають існування звичаю у певній справі. Зокрема, як описує Д. І. Мейер, за одеським торговим звичаєм обчислення днів визначеного строку, із закінченням якого зафрахтоване судно повинно знаходитися у порту і бути готовим для приймання вантажу, аби наймач не мав права відступитися від договору фрахту, розпочинається за винятком дня укладення договору. (*Мейер Д. И. Юридические исследования относительно торгового быта Одессы // Мейер Д. И. Избр. произведения по гражданскому праву. — М.: АО «Центр ЮрИнфоР», 2003. — С. 175, 180.*)

ку з цим заслуговує на увагу висновок В. А. Томсінова, сформульований у передмові до сучасного перевидання відомої праці із звичаєвого права С. В. Пахмана. Юридичні звичаї, пише В. А. Томсінов, які застосовувалися в практиці російських комерційних судів, не можна плутати із юридичними звичаями, які діяли у повсякденному російському побуті. Тільки ці останні утворюють в сукупності певну обширну систему, і лише в *селянському побуті* (курсив наш. — О. Б.) можна знайти не лише окремі звичаєво-правові норми, але звичаєве право як самостійне явище¹.

Періодизація розвитку торгового права на Заході представляє для нас інтерес, насамперед, за огляду на тенденції змінюваності співвідношення законодавства та звичаїв як джерел регулювання торгових відносин. Італійський період розвитку торгового права (XI — перша половина XV ст.) характеризується повним пануванням станових засад купецького (торгового) права, яке суцільно виражалось в звичаях, що розрізнялися по місцевостях. Ці звичаї збереглися у пам'ятках морського звичаєвого права: *Consulato del mare*, який застосовувався на всьому Середземному морі, *Roles d'Oleron*, що діяв у водах Атлантики, та Вісбійському морському праві — збірнику для потреб Ганзейського союзу. У французький період (друга половина XV ст. — друга половина XIX ст.) становий характер купецького права хоча і зберігається, але підпорядковується державному впливу, частина його кодифікується, а звичаєве право прагне усунення місцевих особливостей. Історії залишилися такі кодифікації, як торговий *Ordonnance de commerce* (1673) та морський *Ordonnance de la marine* (1681). Французький торговий кодекс, який набув чинності 1 січня 1808 р., затвердив самостійність торгового класу, який, за небезспірним зауваженням Г. Ф. Шершеневича, прагнув протиставити себе решті громадянського суспільства.

Германський період (від другої половини XIX ст.) увійшов в історію як час падіння станових засад, переходу купецького права в торгове і перетворення у приватне поряд із цивільним, витіснення звичаєвого права законодавством.

¹ *Пахман С. В. Обычное гражданское право в России / Под ред. и с предисл. В. А. Томсинова. — М.: Зерцало, 2003. — 736 с.*

Прийняття торгових кодексів 1861 р. та 1897 р. знаменували той політичний та культурний вплив, який набула Німеччина в другій половині XIX ст. Сам Г. Ф. Шершеневич пояснював збереження дуалізму приватного права в Німеччині суто політичними міркуваннями («торговий кодекс як перший пам'ятник національного єднання німців»)¹. Таким чином, розвиток торгового права супроводжувався процесом повільної девальвації звичаю як джерела права в романо-германській правовій сім'ї, який прискорився компіляцією звичаїв та кодифікацією, яка прийшла їй на зміну. Вихід на перший план законодавчих актів вплинув і на практику правозастосування в країнах романо-германської правової сім'ї, де при вирішенні судових спорів та юридичних колізій перевага стала віддаватися саме законодавчим актам, а не звичаям.

Торгові звичаї справили значний вплив на діяльність бірж — цих «видатних посередниць між виробництвом та споживанням багатьох важливих предметів світової торгівлі»², бурхливий розвиток яких на Заході, за свідченням авторитетного французького історика Ф. Броделя, розпочинається вже з XIV ст.³ На підпорядкування товарних та фондових бірж звичаєвому праву вже після останньої

¹ Шершеневич Г. Ф. Учебник торгового права. — С. 31—36.

² Штиллих О. Биржа и ее деятельность / Пер. с нем. — СПб., 1992. — С. 75.

³ Про космополітизм біржових правил опосередковано свідчить загальна характеристика біржі. «Біржа — місце зустрічі банків, торгівців та неогоціантів, біржових маклерів та агентів банків, комісіонерів та інших осіб» — цитує Ф. Бродель джерело XVII ст. і зазначає, що було цілком природно, аби кожне місце (у Франції, Голландії, Італії, Іспанії, Німеччині. — О. Б.) мало біржу, і всі біржі були схожі одна на одну. Завдяки зустрічі великих неогоціантів і силі-силенній посередників усе на біржі розв'язувалося водночас: товарні операції, операції обміну, участі, морські страхові оборудки, ризик яких розподілявся численними гарантами. То був також ринок грошовий, ринок фінансовий, ринок цінних паперів. Будь-який добрий неогоціант мав за свій обов'язок щоденно пізнім ранком зайти на біржу: не бути там, не дізнатися там про новини, часто-густо такі фальшиві, означало пропустити щасливу нагоду, а може, і породити неприємні чутки про стан ваших справ (Бродель Ф. Матеріальна цивілізація, економіка і капіталізм, XV—XVIII ст.: У 3 т. Т. 2. Ігри обміну / Пер. з фр. Г. Філіпчук. — К.: Основи, 1997. — С. 73—87).

кодифікації торгового права в Німеччині (1897 р.) вказував О. Штілліх, одночасно констатуючи і те, що державна влада різних країн не тільки бере під своє опікування операції, що здійснюються на біржі, але й також намагається ліквідувати погані наслідки біржової торгівлі (особливо спекуляції)¹. До деякої міри звичаї та ділова практика діяльності товарних бірж в Україні² дореволюційного періоду вплинули як на сучасне законодавство України про товарні біржі, що почало формуватися на початку 1990-х років, так і на організацію та інституційне регулювання (саморегулювання) біржової торгівлі³.

У радянський період значення звичаєвого торгового права за поодинокими випадками зводиться нанівець⁴. В умовах адміністративно-розподільчої економіки та здебільшого імперативного характеру нормативно-правового регулювання господарських договірних відносин така традиція об'єктивно в більш-менш розвиненому вигляді скластися і діяти як регулятивна не могла. На це звертав увагу І. Б. Новицький, який зазначав, що звичаєве право не відповідає

¹ Головною складовою звичаєвого (біржового) права дослідник називає узанції — торгові звичаї, які доповнювали певною мірою умови договору. Узанції розподілялися на загальноприйняті місцеві звичаї та біржові звичаї, що встановлювалися та поважалися місцевими купцями за вільною згодою (правила щодо відібрання проб, вагових витратах, випадків невідповідності товару зразку, повідомлення про поставку, прострочення, остаточний розрахунок тощо). Узанції, що уособлювали вищу силу комерційного звичаю, який розвинувся між контрагентами, друкувалися на зворотній стороні контрактів, або останні були складені таким чином, що в тексті оговорювалося застосування звичаю (наприклад: «Згідно із загальноприйнятими гамбургськими звичаями для торгівлі кавою») (*Штілліх О. Биржа и ее деятельность* / Пер. с нем. — СПб., 1992. — С. 17, 84—85).

² На території України перша біржа з'явилася в Одесі у 1796 р. У 1905—1912 роках тільки через Київську, Одеську та Миколаївську товарні біржі щорічно продавалося на експорт понад 3 млн тонн зерна.

³ На особливе місце звичаю в регулюванні біржової діяльності в Україні вказують А. Г. Бобкова та Ю. О. Моїсєєв (*Біржове право: Навч. посібник*. — Київ: Центр навчальної літератури, 2005. — С. 23—24).

⁴ Сама назва однієї із глав присвяченої джерелам права ґрунтовної монографії С. Л. Зівса — «Занепад звичаєвого права» — слугує показовим прикладом ставлення до звичаю в радянському правознавстві (*Зівс С. Л. Источники права*. — М.: Наука, 1981. — С. 152).

плановості радянського господарства: звичаї складаються випадково, без певного плану, а тому в радянській державі їм не тільки не може належати велике значення, але вони взагалі майже не можуть мати місця¹. Іншою причиною негативного ставлення до звичаю, який консервує порядки минулого, називалася невизначеність та розпливчатість норми, яка міститься в правовому звичаї, що відкриває можливість довільного її застосування суддями та адміністраторами². Можна додати, що одне із останніх ґрунтовних досліджень звичаєвого права, опублікованих в Україні вже у радянський період, — книга О. Добрава³ пізніше оцінювалася як прояв «боротьби махрових контрреволюціонерів, українських націоналістів, які визначили метою боротьбу проти радянського закону та пропаганду непокори радянським законам під приводом «живучості» норм звичаєвого права серед селянства»⁴.

Відповідно до традицій романо-германської правової сім'ї звичай як джерело регулювання цивільних, а, отже, і договірних, відносин «відновлений» у правах в ході останньої кодифікації цивільного законодавства. Стаття 7 ЦК містить дефініцію звичаю як *правила поведінки* (курсив наш. — О. Б.), яке не встановлене актами цивільного законодавства, але є усталеним у певній сфері цивільних відносин⁵. У цьому визначенні слід підкреслити дві суттєвих оз-

¹ Новицкий И. Б. Курс советского гражданского права: Источники советского гражданского права. — М.: Госиздат. юрид. лит., 1959. — С. 73.

² Шебанов А. Ф. Форма советского права. — М.: Юрид. лит., 1968. — С. 48.

³ Добров О. Правоутворення без законодавця: Нариси з теорії джерел права: Ч. 1: Звичаєве право. — К.: Українська академія наук, 1928. — 121 с.

⁴ Вильнянский С. И. Обычаи и правила социалистического общежития // Ученые записки Харьков. юрид. ин-та имени Л. М. Кагановича. — 1954. — С. 7.

⁵ У цьому визначенні, як уявляється, досить точно відображена сутність звичаю як різновиду соціальних норм («правил»), характеристика яких наводиться раніше в підрозділі 2.1. У соціологічному аспекті звичай, напевне, може розумітися таким чином, що люди досить часто роблять те, що вони робили востаннє — більш чи менш успішно — за схожих обставин.

наки звичаю. По-перше, під поведінкою як «знаком» звичаю слід розуміти не окрему дію суб'єкта права, а систему соціальних вчинків¹. І, по-друге, як звертає увагу Н. С. Кузнєцова, усталеність правила означає, що звичай внаслідок його багаторазового застосування сприймається у суспільстві або у його значної частини як правило поведінки, якого дотримуються без додаткової формалізації, в тому числі в силу історичних, національних, суспільних традицій². Ця характеристика звичаю та ставлення до нього членів суспільства уявляється досить важливою, оскільки в найбільш широкому — соціологічному — контексті регулятивна сила звичаю як факту соціальної дійсності як раз і зумовлюється тим, що в звичаї фіксується соціальний досвід, результат предметно-практичної діяльності і взаємодії суб'єктів, в тому числі такої важливій сфері людської діяльності як економічна. Звичай складається як свого роду культурна традиція участі в ринкових відносинах, якій суб'єкти господарювання мають безумовно наслідувати.

Для цілей нашого дослідження під звичаєм ми будемо розуміти соціальну норму, яка склалася внаслідок постійного та уніфікованого її застосування (повторення) в певній сфері людської діяльності, має правозобов'язувальну структуру, тобто визначає взаємні права та обов'язки учасників цієї діяльності³, і інтерпретується ними як загальнообов'язкова для застосування (дотримання). Як впливає із змісту ст. 7 ЦК, різновидом звичаю є звичаї ділового обороту. Під звичаєм ділового обороту ми будемо розуміти соціальну норму, яка склалася у певній сфері господарської/підприємницької діяльності внаслідок постійного та уніфікованого її застосування (повторення), забезпечується авторитетом учасників господарської/підприємницької діяльності і

¹ Поротиков А. И. Обычай в гражданском обороте // Обычай в праве: Сб. — СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2004. — С. 276.

² Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. / За відповід. ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнєцової, В. В. Луця. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — Т. I. — С. 23.

³ Саме за цією ознакою розрізняються неправові та правові звичаї. Неправові звичаї не є предметом нашої уваги, тому надалі для зручності викладення в цій роботі буде вживатися термін «звичай» без спеціального застереження про його правовий характер.

сприймається як загальнообов'язкова для застосування (дотримання) у цій сфері¹.

Традиційно визнається, що ознакою правового звичаю є його державне санкціонування (офіційне визнання) джерелом права, яке здійснюється шляхом вказівки у відповідних нормативно-правових актах на його застосування у певних відносинах. Санкція може виражатися або в тому, що держава допускає застосування звичаєвого права судами, адміністрацією, або в тому, що держава в законах відсилає у певних випадках до звичаєвого права². Причому, як зазначає М.І. Брагинський, предметом цієї санкції виступає не звичай як конкретне правило поведінки, а лише можливість його використання для вирішення у точно визначеному порядку точно визначених питань³. Державне санкціонування в залежності від обсягу поділяється на одиничне (санкціонування застосування конкретного звичаю в рамках відповідного суспільного відношення) та рамкове (застосування групи звичаїв, розрахованих на широке коло відносин)⁴. Правило ст. 7 ЦК слугує прикладом рамкового санкціонування, оскільки дія звичаїв поширюється на цивільні відносини в цілому, а звичаїв ділового обороту — на сферу підприємницької діяльності.

Залежно від характеру взаємовідносин звичаю із законом виділяються наступні види звичаїв: такі, що доповнюють закон (*secundum legem*), такі, що діють незалежно від закону (*consuetudo praetere legem*), такі, що суперечать закону (*consuetudo adversus legem*)⁵.

Як логічно впливає із норм чинного законодавства (насамперед, легального визначення звичаю в ст. 7 ЦК), на цей

¹ Оскільки в цій роботі ми розглядаємо джерела господарського договірної права, то надалі по тексту під звичаєм буде розумітися саме звичай ділового обороту, якщо про інше спеціально не застерігатиметься.

² Вильнянский С. И. Лекции по советскому гражданскому праву. Ч. 1. — Изд-во Харьков. гос. ун-та им. А. М. Горького, 1958. — С. 52—53.

³ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. — С. 63.

⁴ Ровный В. В. Обычай в современном обороте // Актуальные проблемы науки и практики коммерческого права: Сб. науч. ст. / С.-Петербург. гос. ун-т. Юрид. фак.; Под общ. ред. В. Ф. Попондопуло и О. Ю. Скворцова. — М.: Волтерс Клувер, 2005. — Вып. 5. — С. 179.

⁵ Детальніше про це див: Марченко М. Н. Источники права: Учеб. пособие. — М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2005. — С. 499—503.

час регулятором цивільних відносин може бути лише звичай, який діє незалежно від закону, тобто за відсутності нормативно-правового регулювання у певних сферах суспільних відносин. Дія звичаїв *adversus legem*, до яких за змістом ч. 2 ст. 7 ЦК прирівняні звичаї, що суперечать договору, зазначеною статтею виключається. Причому слід вказати, що всілякі обмеження та законодавчі заборони звичаїв *adversus legem* у цілому притаманні романо-германській правовій сім'ї, хоча зустрічаються і винятки¹. Що ж стосується звичаїв *secundum legem*, то їх субсидіарне стосовно закону застосування можливе лише в тих поодиноких випадках, коли на це вказує закон, у тому числі стосовно міжнародних торгових звичаїв².

У ЦК не сказано про те, яким чином може встановлюватися суперечність звичаю та закону. На наш погляд, це може встановлюватися судом при розгляді спору, сторона якого посилається в обґрунтування своїх вимог або заперечень на існуючий звичай. Крім того, як свідчить практика, така оцінка може бути надана компетентним державним органом, зокрема Антимонопольним комітетом України при визнанні певних дій суб'єкта господарювання такими, що суперечать вимогами законодавства про захист економічної

¹ О. С. Комаров звертає увагу на те, що у Франції та Німеччині не виключається застосування торгового звичаю, який суперечить імперативним нормам цивільного закону. Зокрема, в силу звичаю для торгових угод передбачається солідарна відповідальність декількох боржників, у той час як відповідно до ст. 1202 ЦК Франції солідарна відповідальність боржників не передбачається, а повинна бути прямо встановлена законом або договором. Місцевий звичай м. Марселя скасував встановлену імперативною нормою ст. 215 Французького торгового кодексу заборону арешту суден, які готові до відправки (Гражданское и торговое право зарубежных государств: Учебник / Отв. ред. Е. А. Васильев, А. С. Комаров. — 4-е изд., перераб. и доп.: В 2 т. Т. 1. — М.: Междунар. отношения, 2004. — С. 47).

² Так, відповідно до ст. 146 Кодексу торговельного мореплавства вантаж розміщується на судні за розсудом капітана, але не може бути поміщений на палубі без письмової згоди відправника, за винятком вантажів, перевезення яких на палубі допускається відповідно до чинних правил і звичаїв. Статтею 293 КТМ передбачено, що у процесі визначення виду аварії, обчислення розмірів загальної аварії та складання диспаші диспашер у разі неповноти закону керується міжнародними звичаями торговельного мореплавства.

конкуренції. Так, до АМКУ звернулася Українська асоціація вторинних металів із заявою щодо неправомірних дій Акціонерної судноплавної компанії «Укррічфлот», зокрема щодо зміни порядку розрахунку сталійного часу в дочірніх портах АСК «Укррічфлот» (ДП «Запорізький річковий порт», ДП «Миколаївський річковий порт», ДП «Херсонський річковий порт» і ДП «Дніпропетровський річковий порт»). Норми визначення (розрахунку) сталійного часу визначаються у Зводах звичаїв кожного порту, який є основним документом, що регламентує виробничий режим порту, і є обов'язковим для суден, що користуються послугами порту.

У Зводі звичаїв портів, підпорядкованих АСК «Укррічфлот», було зазначено, що до сталійного часу не зараховувалися вихідні (інші неробочі дні та години), якщо вони були в межах сталійного часу, визначеного згідно з нормами завантаження-розвантаження судна, тобто період перебування судна під перевантажувальними роботами продовжувався і фрахтувальник не сплачував за це штрафних санкцій. Внесені зміни стосувалися, зокрема, включення до сталійного часу вихідних, святкових та інших неробочих днів незалежно від того, виконувалася обробка судна чи ні. Це означало можливе збільшення часу простою судна, внаслідок цього до фрахтувальника застосовуються штрафні санкції, які сплачуються судовласнику. Дії АСК «Укррічфлот» були кваліфіковані Комітетом як такі, що містять ознаки зловживання монополієм (домінуючим) становищем. З метою припинення дій АСК «Укррічфлот» АМКУ надав *рекомендації внести зміни до Зводів звичаїв* ДП «Дніпропетровський річковий порт», ДП «Запорізький річковий порт», ДП «Миколаївський річковий порт» і ДП «Херсонський річковий порт» щодо обліку сталійного часу, якими передбачити, що до сталійного часу включаються вихідні, святкові та інші неробочі дні лише у випадках, коли портом у цей період виконуються перевантажувальні роботи і це підтверджується договорами переробки та перевезення вантажів¹.

Звичай як усталене правило поведінки (в певному сенсі доволі консервативне явище) може виявляти разом з тим

¹ Детальніше див.: http://www.amc.gov.ua/protect/2004/2_4.html.

рухливість, здатність до змін), прикладом чого є перетворення звичаю на юридичне джерело.

Так, ст. 7 ЦК передбачено, що звичай може бути зафіксований у відповідному документі, проте, як уявляється, надання звичаю письмової форми досить часто може означати фактичну втрату ним своєї первісної природи і наближення до форми позитивного права¹. Ілюстрацією може бути норма ст. 67 Кодексу торговельного мореплавства України², якою до функцій начальника морського порту віднесено видання низки локальних нормативних актів (постанов, що регулюють питання безпеки руху, охорони вантажів, майна порту і громадського порядку, проведення санітарних і протипожежних заходів у порту, охорони навколишнього природного середовища, порядку заходу суден у морські порти і виходу з них), також і зводу звичаїв порту. Це дає підстави стверджувати, що видані (компільовані) в такий спосіб звичаї порту стають обов'язковим локальним нормативним актом для тих учасників відносин у сфері торговельного мореплавства, що складаються на території відповідного морського порту.

Іншим прикладом такого перевтілення можуть слугувати норми статей 594—597 ЦК про притримання як вид забезпечення виконання зобов'язання. Сутність притримання, особливості його застосування до господарських договірних відносин можуть бути зрозумілими лише з огляду на історію питання³. Як вважають дослідники, притримання як форма самозахисту права може бути віднесена до найбільш давніх форм самоуправства (наприклад, захоплення майна або грабіж як спосіб самозахисту)⁴. В цивільному

¹ Правознавцями зверталася увага на те, що видання різного роду збірок торгових звичаїв певним чином не відповідає природі цього джерела, оскільки в цьому випадку розташування звичаїв в офіційній збірці певною мірою зближує їх за результатами із кодифікацією, крім того, юридичне значення звичаю буде підкріплюватися авторитетом того органу, який видав збірку (*Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. — С. 64*).

² ВВР. — 1995. — № № 47, 48, 49, 50, 51, 52. — Ст. 349.

³ Про історію інституту права притримання див.: *Сарбаш С. В. Право удержания как способ обеспечения исполнения обязательств. — 2-е изд., испр. — М.: Статут, 2003. — С. 15—67.*

⁴ *Сарбаш С. В. Право удержания как способ обеспечения исполнения обязательств. — С. 24, 29.*

законодавстві Російської імперії самостійного значення право притримання не мало і допускалося як виняток у визначених законом випадках, поява ж його в проекті Цивільного уложення зумовлювалася не стільки запозиченням з іноземних правопорядків (зокрема, Німеччини та Швейцарії) та римського права, скільки тим, що притримання (або затримання, за термінологією С. В. Пахмана) як *інститут звичаєвого права* був поширений, насамперед, у селянському побуті¹. В Статуті торговому право притримання не складало самостійного інституту і застосовувалося як окремий випадок відповідно до статті 54-21 у договорі комісії². Право притримання набуло широкого застосування як звичай торгового обороту, в такій якості було визнано державою і судовою практикою, і мало бути включеним до Проекту Цивільного уложення (статті 1642—1645).

¹ Затримання чужого майна (*jus retentionis*) як засіб забезпечення зобов'язання, як зазначав С. В. Пахман, може мати вигляд: 1) зупинення зустрічного виконання зобов'язання; 2) затримання належних боржникові речей до виконання ним свого обов'язку, причому такі речі або вже знаходилися в руках кредитора, або могли бути відібрані ним у боржника (в торговому звичаєвому праві отримання речі повинно було засновуватися лише на будь-якій торговій угоді, але не на її захопленні. — О. Б.). Примітно, що С. В. Пахман вважав, що утримання речі і тим більше її відібрання не вважалися в селянському побуті нормальними засобами забезпечення зобов'язання, більше того вони повільно виходять із вжитку, так що навіть волосними судами такі дії визнаються неправильними, а винуваті навіть караються штрафом чи різками (*Пахман С. В. Обычное гражданское право в России / Под ред. и с предисл. В. А. Томсинова. — М.: Зерцало, 2003. — С. 87*).

² Відповідно до зазначеної статті комісіонеру дозволялося із грошових за рахунок перепоручителя надходжень утримувати комісійну винагороду, витрати (що по суті є заліком, і термін «утримання» — синонімом зарахування. — О. Б.) та видачі перепоручителю або за його рахунок. В рішеннях вищих судових інстанцій містилися правові позиції щодо застосування цієї статті. Зокрема, зазначалося, що комісіонер міг реалізувати це право як судовим, так і явочним порядком, повідомивши комітента про притримання та відповідаючи за будь-яку неправильну дію, яка може завдати шкоди комітенту. Притримати можна лише таку кількість товару комітента, яка є необхідною для забезпечення або покриття, шляхом реалізації, не здійснених йому комітентом платежів (Устав торговый (т. XI, ч. 2, изд. 1903 г., по сводному продолжению 1912 г.). — 2-е изд., пересмотр. и доп. / Сост. присяжный поверенный Я. М. Гессен. — СПб., 1914. — С. 51—52).

У літературі дореволюційного періоду можливість включення в новітню кодифікацію цивільного законодавства Російської імперії норм про право притримання обговорювалася в більш широкому контексті, а саме можливості і доцільності злиття торгового права із цивільним. У зв'язку з цим О. О. Сімолін зазначав, що інститут притримання уособлює в собі властиву торговому праву суворість та жорстокість до боржника, і, підтримуючи позицію Л. Петражицького, категорично заперечував проти включення права притримання в цивільне законодавство, оскільки право притримання дає кредитуру у вищому ступені могутню зброю для примушення боржника до платежу, через що право притримання найбільш тяжко буде впливати на незаможні верстви населення і може давати привід до різноманітних зловживань¹.

У радянський період право притримання зберігалось лише для окремих видів договірних відносин (зокрема, сфери вантажоперевезень стосовно затримки видачі вантажу вантажодержувачу до внесення ним усіх необхідних платежів) і розглядалось в літературі як засіб оперативного впливу юридичного характеру, який нерозривно пов'язаний із зобов'язальними відносинами (на відміну від таких видів самозахисту як необхідна оборона та дії в умовах крайньої необхідності)². Таким чином, генезис права притримання зумовлює необхідність виваженого підходу до можливості поширення його дії на всі господарські договірні відносини, в тому числі обтяжені публічним компонентом, але на це в сучасних юридичних дослідженнях увага не звертається³.

¹ Сімолін А. А. Слияние торгового права с гражданским с точки зрения политики права // Сімолін А. А. Возмездность, безвозмездность, смешанные договоры и иные теоретические проблемы гражданского права. — М.: Статут, 2005. — С. 497—499.

² Грибанов В. Р. Пределы осуществления и защиты гражданских прав // Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав. — М.: Статут, 2000. — С. 133.

³ Це питання буде розглянуто окремо. Воно уявляється вкрай нагальним, оскільки в ГК правовий режим договорів за участю держави, які породжують майново-господарські зобов'язання, не диференційований, через що за буквального тлумаченням ст. 175 ГК, до таких відносин повинні застосовуватися передбачені ЦК види забезпечення виконання зобов'язання, в тому числі право притримання.

Зазначимо, що поряд із можливим перетворенням норми звичаю на норму законодавства не виключається і можливість зворотного процесу, який виявляється у тому, що норми законодавчих актів, які формально втрачають чинність, фактично можуть зберігати свою корисність як виправдані тривалою практикою застосування моделі поведінки у договірних відносинах¹. Наведені приклади є свідченням існуючого взаємозв'язку між різними джерелами господарського договірного права.

Питання про те, чи є звичай (звичай ділового обороту) джерелом сучасного господарського договірного права, могло б мати суто доктринальний характер, зважаючи на те, що в ст. 7 ГК визначено лише систему юридичних (інституційних) джерел господарського права. Застосування інших соціальних джерел, у тому числі звичаїв ділового обороту, до господарських відносин ГК безпосередньо не передбачено². Разом з тим у сучасній теорії господарського права не тільки визнається регулятивне значення інших джерел, але й підкреслюється, що учасники відносин у сфері господарювання, оскільки вони діють у межах *суспільного господарського порядку*, мають дотримуватися при здійсненні своєї діяльності не лише визначених законодавством вимог, але й моральних принципів і норм, ділових правил та звичаїв (незважаючи на відсутність юридичної відповідальності за недодержання останніх)³.

З огляду на зміст ст. 175 ГК слід визначити, які господарські, в тому числі договірні, відносини можуть регулюватися звичаєм; яке місце посідає звичай в ієрархії джерел господарського договірного права, і умови, за яких «запускаються» в дію норми звичаїв у сфері підприємницької діяльності; яким є співвідношення звичаю в сфері господарювання із та-

¹ Прикладом цьому слугує ситуація із інструкціями щодо порядку приймання продукції та товарів за кількістю та якістю, розглянута нами в підрозділі 2.2.

² Не вдаючись до аналізу причин саме такого підходу законодавця до джерел господарського права, зауважимо, що до певної міри вони мають об'єктивний характер (зокрема, нечисленність національних звичаїв у сфері господарської діяльності).

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. Мамутова. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — С. 19.

кими законодавчими конструкціями, як «вимоги, що звичайно ставляться» та «усталена практика відносин між сторонами», і якими є особливості застосування звичаю та названих конструкцій судами (господарськими) при вирішенні спорів, що впливають із господарських договірних відносин.

На цей час ситуація, коли договірні відносини суб'єктів господарювання будуть регулюватися внутрішніми національними звичаями ділового обороту, поки що уявляється достатньо маловірогідною через їх нечисленність. Іншою є ситуація із міжнародними торговими звичаями. Відповідно до чинного законодавства їх застосування допускається із застереженням, що для певних відносин застосування звичаю не заборонено законами України, та пов'язується із можливістю сторін у певних випадках відступати від положень законодавчого¹. Право суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності використовувати відомі міжнародні звичаї, рекомендації міжнародних організацій при складанні тексту зовнішньоекономічного договору (контракту), якщо це не заборонено прямо та у виключній формі законодавчими актами України, було встановлено ст. 6 Закону України від 6 квітня 1991 р. «Про зовнішньоекономічну діяльність»². Необхідність застосування при вирішенні спорів, які виникають у сфері міжнародної торгівлі, торгових звичаїв закріплена в ч. 4 ст. 28 Закону України від 24 лютого 1994 р. «Про міжнародний комерційний арбітраж», якою встановлено, що в усіх випадках третейський суд приймає рішення згідно з умовами угоди і з врахуванням торгових звичаїв, що стосуються даної угоди³.

Системне тлумачення норм статей 4, 7, 175 ГК та 7 ЦК дає підстави стверджувати, що:

1) головною умовою застосування звичаю ділового обороту як джерела господарського договірного права є відсутність в законодавстві норм, які б регулювали відповідні господарські відносини;

¹ Включення в договори, передбачені КТМ, умов про застосування звичаїв торговельного мореплавства дозволяється у разі, коли сторони можуть відповідно до цього Кодексу відступати від його правил (ст. 6 КТМ) // ВВР. — 1995. — № 47, 48, 49, 50, 51, 52. — Ст. 349.

² ВВР. — 1991. — № 25. — Ст. 198.

³ ВВР. — 1994. — № 25. — Ст. 198.

2) сфера застосування звичаю ділового обороту обмежується лише майново-господарськими та організаційними відносинами за участю суб'єктів господарювання, які знаходяться у стані рівності. Це пов'язується із тим, що правове регулювання таких відносин за відсутності спеціальних норм здійснюється на засадах правової уніфікації (інтеграції), тобто нормами ЦК. Не можуть регулюватися звичаєм ділового обороту організаційно-господарські відносини, що виникають в процесі управління господарською діяльністю. Встановлений законодавством правовий режим господарських договорів, однією із сторін в яких виступають органи держави або органи місцевого самоврядування як суб'єкти організаційно-владних повноважень, виключає можливість застосування в таких договорах звичаю, насамперед, через особливості статусу останніх, який встановлюється за правилом «дозволено лише те, що безпосередньо передбачено»¹.

У цілому розширення систем джерел цивільного права в ЦК 2003 р. (статті 4, 7 ЦК) порівняно із ЦК УРСР, зокрема шляхом включення до неї звичаю, в тому числі звичаю ділового обороту, є позитивним явищем, яке втім не слід переоцінювати. Привертають увагу майже протилежні оцінки значення звичаю для регулювання цивільних відносин. Так, в одному з коментарів ЦК 2003 р. зазначається, що в східно-європейській концепції цивільного права, яка прийнята і в Україні, правовому звичаю відводиться другорядна роль². В іншому джерелі стверджується, що в умовах переходу до ринкової організації економіки та розвитку майнового обороту звичай набуває особливого значення³, що уявляється перебільшенням. Т. В. Боднар, посилаючись на норму ч. 2 ст. 7 ЦК, зазначає, що вона (норма) спростовує уяву про звичай ділового обороту як джерело права⁴. Не можна погоди-

¹ У літературі зверталася увага на те, що роль та значення правових звичаїв за рамками приватного права є несуттєвими (*Ровный В. В. Обычай в современном обороте. — С. 178*).

² Цивільний кодекс України: Коментар. — 2-е вид. із змінами станом на 15 січня 2004 р. — Харків: ТОВ «Одіссей», 2004. — С. 13.

³ Цивільний кодекс України: Постатейний коментар у двох частинах: Ч. 1 / Кер. авт. кол. та відповід. ред. проф. А. С. Довгерт, проф. Н. С. Кузнецова. — К.: Юстиніан, 2005. — С. 19.

⁴ *Боднар Т. В. Теоретичні проблеми виконання договірних зобов'язань (цивільно-правовий аспект): Дис. ... докт. юрид. наук. — К., 2005. — С. 87.*

тися з позицією А. С. Довгерта щодо співвідношення звичаю та акту законодавства. Зазначається, що звичай, який по суті є «своєрідною диспозитивною нормою права» діє у випадках відсутності обов'язкового для сторін положення акта цивільного законодавства, і за своєю юридичною силою може поступатися тільки *імперативним нормам* цивільного законодавства (курсив наш. — О. Б.)¹. Безумовно, імперативним нормам законодавства звичай суперечити не може (і на це ми вже звертали увагу), але питання повинно бути поставлене ширше — чи тільки імперативним.

Наведена інтерпретація норми ст. 7 ЦК означає, що у випадку, коли відносини між сторонами договору врегульовані ЦК диспозитивно («...якщо інше не передбачено договором або законом») і сторони не відійшли від запропонованої законодавцем моделі, не узгодивши конкретну умову договору інакше, ніж це визначено диспозитивною нормою кодексу, виникає конкуренція диспозитивної норми закону і норми звичаю. Якщо тільки не визнати, що в цій ситуації відбувається перетворення диспозитивної норми в обов'язкову для застосування (імперативну), то тоді, за логікою А. С. Довгерта, вищу силу буде мати звичай. З точки зору правозастосування це, напевне, має означати, що суд, вирішуючи спір, повинен йти не шляхом застосування звичаю на випадок відсутності договірної умови або норми закону, а розпочинати розгляд справи із пошуку звичаєвої норми, яка регулює конкретні відносини між сторонами і за відсутності якої він лише і може застосувати диспозитивну норму закону.

Такий шлях не може бути визнаний законним і з огляду на те, що спосіб заповнення лакун у цивільному законодавстві визначений: відповідно до статті 8 ЦК ним є аналогія закону та аналогія права. Відповідні положення містяться і в процесуальному законодавстві. Законодавець не передбачає подолання неясності, неповноти або суперечливості актів цивільного законодавства на стадії правозастосування інакше, аніж за допомогою інституту аналогії закону або права (ч. 7 ст. 8 Цивільного процесуального кодексу України).

З огляду на це не можна погодитися з розширеним тлумаченням ч. 1 ст. 8 ЦК, результатом якого є висновок про

¹ Цивільний кодекс України: Постатейний коментар у двох частинах: Ч. 1. — С. 19.

те, що застосування аналогії можливе за умови «існування прогалини в актах цивільного законодавства, що не усунена договором, звичаєм або джерелом позитивного права»¹. Ані договір як засіб саморегуляції відносин між сторонами (або акт правореалізації), ані звичай як позаюрідичне джерело регулювання не слугують засобами усунення лакун у позитивному праві. Вони можуть поєднуватися із законодавчим (тобто державно-владним) регулюванням і домінувати в соціальному регулюванні цивільних та господарських договірних відносин, але при цьому не відбувається їх перетворення на норму закону².

Викликає заперечення і висловлена в літературі думка про те, що «моральні засади суспільства» є категорією звичаєвого права, якій надана обов'язкова сила нормою закону, і яка вимагає додаткового тлумачення шляхом «з'ясування сукупності конкретних звичаїв, що визначають моральні засади суспільства»³. Як вже зазначалося, і норми звичаїв, і норми моралі є різновидами соціальних норм, що, зокрема, означає їх відносну самостійність та самодостатність в механізмі соціального регулювання. Якщо визнання правового звичаю як історичного «попередника» закону джерелом права знаходиться в сфері розсуду законодавця, то регулятивний вплив норм моралі на суспільні відносини не залежить від санкціонування з боку держави. Крім того, включення моральних засад суспільства в матерію звичаєвого права тягне за собою сумнівні висновки стосовно місця звичаю в ієрархії джерел цивільного права, які будуть суперечити змісту ЦК. За правилом ст. 7 ЦК договір має вищу за звичай силу, але як різновид правочину підпорядковується моральним засадам суспільства. Ототожнення останніх із звичаєм фактично означатиме, що договір не повинен суперечити звичаю і має підпорядковуватись йому. Оскільки ці два судження знаходяться у відношенні несуну-

¹ Цивільний кодекс України: Постатейний коментар у двох частинах: Ч. 1. — С. 19, 20.

² Та обставина, що можливість використання звичаю створюється законами, не перетворює його на закон. Місце звичаю в ієрархії правових регуляторів залишається останнім (*Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право: Кн. 1. — С. 65).

³ Цивільний кодекс України: Коментар. — С. 13.

місності, тобто є суперечливими (контрадикторними), за логічним законом виключеного третього («два суперечливих судження не можуть бути одночасно істинними») лише одне із них може бути істинним. Розглядаючи ці два судження в цілному контексті Цивільного кодексу, зокрема основних положень, викладених в главі I, істинним слід визнати судження про те, що в сфері цивільних відносин договірне регулювання в цілому має пріоритет за умови, що воно не здійснюється всупереч закону.

До питання співвідношення нормативно-правових джерел та звичаю зверталися дореволюційні комерціалісти та цивілісти, і відповідь на нього залежала від того, яким визнавався ступінь відособленості торгового права. Зокрема, Г. Ф. Шершеневич вказував на два можливих варіанти співвідношення джерел торгового права: 1) торгові закони — торгові звичаї — цивільні закони у ситуації дуалізму приватного права; 2) торгові закони — цивільні закони — торгові звичаї за відсутності особливої системи торгового права, вважаючи цей варіант відповідним вітчизняній системі¹. Таку ж позицію займав і П. П. Цитович, уточнюючи, що спочатку треба звертатися до торгового закону і не лише в його примусових, але й диспозитивних настановах, після цього — до цивільного закону, знову ж таки без розрізнення примусових і диспозитивних правил, і лише після цього — відшукувати та застосовувати правила торгового звичаю². Ця позиція мала законодавче підґрунтя, оскільки статтею 1 Статуту торгового встановлювалося, що права та обов'язки, які впливають із угод та відносин, торгівлі властивих, визначаються законами торговими, у випадках ж недостатності цих законів застосовуються закони цивільні та прийняті в торгівлі звичаї³.

¹ Шершеневич Г. Ф. Учебник торгового права (по изд. 1914 г.). — Фирма «СПАРК», 1994. — С. 40.

² Цитович П. П. Труды по торговому и вексельному праву: В 2 т. Т. 1: Учебник торгового права; К вопросу о слиянии торгового права с гражданским. — М.: Статут, 2005. — С. 193.

³ Свод Законов Российской империи: Полный текст всех 16 томов, согласованный с последними продолжениями, постановлениями, изданными в порядке ст. 87 Зак. Осн., и позднейшими узаконениями: В пяти кн. Кн. 4. Том XI, ч. I-XII. — СПб., 1913. — С. 965—1117.

Механізм реалізації норм звичаю має певні особливості. Регулятивна сила звичаю, так само як і поширеність його використання, наприклад у договірних відносинах, може бути латентною, опосередкованою волею сторін, і виявлятися незалежно від того, визнає цю силу законодавець чи ні. Одна із причин цього полягає в тому, що основною формою існування звичаю (принаймні, локального) є усна форма. Теоретично сторони можуть в договорі послатися на внутрішній звичай (без його конкретизації) як джерело своїх прав та обов'язків, хоча, як правило, такі випадки мають місце при укладенні зовнішньоекономічних контрактів. Правила наявного звичаю, який відомий сторонам договору, можуть бути втілені в текст договору у вигляді певних прав та/ або обов'язків. У цьому випадку, трансформуючись в умови договору, які за зовнішнім виразом (текстуально) нічим не відрізняються від інших умов договору, правила звичаю в певному розумінні набувають ознак саморегулятивних правил, так само як фіксація звичаю в акті законодавства є перетворенням норми звичаю на норму позитивного права (законодавства). В практичному аспекті це, зокрема, означає, що у випадку виникнення спору, пов'язаного із виконанням договору, та розгляду його судом, обґрунтування своїх вимог сторони посилятимуться саме на умови договору, що в цілому спрощуватиме процес доказування у справі.

У процесуальних законах України (Господарському процесуальному кодексі, Цивільному процесуальному кодексі, Кодексі адміністративного судочинства) відсутні вказівки про застосування внутрішніх звичаїв при розгляді спорів. Разом з тим правила процесуального закону про законодавство, на підставі якого вирішуються спори, мають важливий смислоутворюючий контекст для судової діяльності як такої, оскільки їх дотримання є передумовою реалізації конституційного принципу верховенства права та законності як однієї з основних засад судочинства (статті 8, 129 Конституції України). Новели, що передбачаються ст. 9 «Законодавство, на підставі якого розглядаються справи» проекту ГПК, свідчать про ставлення законодавця до проблеми ієрархії джерел права в цілому. Не зовсім коректним є

використання у назві цієї статті слова «законодавство», оскільки за її змістом господарський суд при розгляді справи застосовує не тільки акти законодавства України, але й міжнародні торговельні звичаї та норми права інших держав. Заслуговує схвалення те, що законодавець повертає в ГПК правила аналогії закону та аналогії права: у разі відсутності закону, що регулює спірні відносини, господарський суд застосовує закон, що регулює подібні відносини (аналогія закону), а за відсутності такого — виходить із загальних засад і змісту законодавства (аналогія права)¹.

Правило про застосування господарським судом звичаїв при вирішенні господарських спорів було введено в ст. 4 чинного ГПК Законом України від 13 травня 1997 р. і практично в незмінному вигляді включено в проект нового ГПК². Як і на цей час, так і на майбутнє законодавець допускає застосування звичаю при здійсненні судочинства із обмеженнями, які не позбавлені певної внутрішньої логіки: господарський суд може застосувати звичаї лише у справах за участю іноземного суб'єкта підприємницької діяльності і, відповідно, такими можуть бути лише ті звичаї, які є вживаними у міжнародному торговельному обігу. Обов'язковою умовою застосування звичаю міжнародного торговельного обороту є відсутність законодавства, що регулює відповідні спірні відносини за участю іноземного суб'єкта господарської діяльності, або наявність угоди сторін.

Відповідно до ч. 3 ст. 11 Закону України від 11 травня 2004 р. «Про третейські суди»³, у разі відсутності законодавства, що регулює певні спірні відносини, третейські суди

¹ Слід нагадати, що ст. 4 Арбітражного процесуального кодексу України в редакції від 11.06.1991 р. передбачалося, що у разі відсутності законодавства, що регулює спірні відносини, арбітражний суд застосовує законодавство, яке регулює подібні відносини, а при відсутності такого законодавства арбітражний суд виходить із загальних засад та змісту законодавства. Пізніше Законом України від 13 травня 1997 р. ця норма з Кодексу була виключена. Крім того, необхідно зазначити, що ані Цивільний процесуальний кодекс 1963 р. (ст. 11), ані Цивільний процесуальний кодекс 2004 р. (ст. 8) взагалі не передбачають можливість застосування звичаю при розгляді цивільних справ.

² <http://www.rada.gov.ua>.

³ ВВР. — 2004. — № 35. — Ст. 412.

застосовують законодавство, яке регулює подібні відносини, а за відсутності такого третейські суди застосовують аналогію права чи керуються торговими та іншими звичаями, якщо останні за своїм характером та змістом властиві таким спірним відносинам. Отже, суд при вирішенні спору має можливість вибору між аналогією права як способом заповнення лакун у законодавстві та звичаєм, причому особливо слід підкреслити, що тим самим забезпечується процедурна можливість покладення в основу рішення третейського суду у спорах, що виникають у господарських відносинах, не обтяжених іноземним елементом, правил внутрішніх (національних) торгових звичаїв. Разом з тим слід звернути увагу на те, що наведена норма ч. 3 ст. 11 Закону не узгоджена із положеннями абзацу 11 ч. 3 ст. 46, відповідно до якого у рішенні третейського суду повинні бути зазначені норми *законодавства* (курсив наш. — О. Б.), якими керувався суд при прийнятті рішення. Для усунення цієї неузгодженості пропонується доповнити цей абзац правилом наступного змісту: «а у випадках, коли третейський суд відповідно до ст. 11 цього Закону застосував до спірних відносин норми права інших держав або торгові та інші звичаї, — відповідні норми та правила звичаїв».

Відсутність норми про особливості застосування звичаїв до спірних правовідносин між вітчизняними суб'єктами господарювання породжує питання про те, чи зобов'язаний суд знати звичай, чи, навпаки, його існування підлягає доведенню тією стороною, яка на нього посилається. В сучасній літературі було висловлено думку про те, що надання звичаю статусу повноцінного джерела права потребує перетворення права суду застосовувати або, навпаки, не застосовувати звичай на його *обов'язок*¹.

Статтею 327 Статуту торгового судочинства передбачалося, що рішення комерційних судів утверджуються на законах, а в тих випадках, на які немає точних та ясних законів, дозволяється приймати в основу звичаї та зразки рішень, які винесені тим же судом і набули остаточно законної сили². Це

¹ Смітюх А. В. Звичаї як джерело права в контексті нового законодавства України (перспективи застосування господарськими судами) // Вісник господарського судочинства. — 2004. — № 1. — С. 347.

² Свод Законов Российской империи: Кн. 4. — С. 1118—1162.

правило в незмінному вигляді було запозичене із ст. 1558 до-реформеного Статуту судочинства в Судах Комерційних¹. До-революційна судова практика ґрунтувалася на тому, що обов'язок доведення існування звичаю покладається на сторо-ну, яка засновує на ньому свої права².

Сучасним прикладом вирішення цього питання може бути німецький досвід. Звичай у німецькому праві визнаний дже-релом права поряд із законом, причому практика торгового обороту не виключає застосування звичаю, який суперечить закону. Але, на відміну від обов'язкового та бездоганного знання норм закону, суд не зобов'язаний знати звичай, тому обов'язок довести існування та зміст звичаю покладається на ту сторону процесу, яка на нього посилається³.

На наш погляд, ця проблема повинна вирішуватися на-ступним чином. Однією з головних правових презумпцій, що стосується закону, є *презумпція відомості* опублікова-ного у встановленому порядку закону та іншого норматив-но-правового акта і суб'єктам правовідносин, і органу пра-возастосування. У випадку із звичаєм з його формальною невизначеністю правозастосовувач не володіє на відміну від закону будь-яким доступним джерелом інформації. Ті ж джерела, що є у його розпорядженні, можуть не мати дос-татнього ступеня достовірності, і вимагають перевірки, яка дуже нагадує процес доказування. Тому вимагати від суду

¹ Свод законов Российской империи, повелением Государя Импера-тора Николая Павловича составленный: Уставы государственного су-доустройства: Ч. 2: Учреждения и Уставы торговые; Кн. 4: Судопроиз-водство в делах торговых. — СПб., 1842. — С. 174—245.

² Як зазначалося в рішеннях Департаменту, застосування звичаю при вирішенні спорів ставилося в залежність від наступних умов: 1) звичай мав бути точно визначений та виражатися у низці постійних та одноманітних дотримань його, причому обов'язок доведення існуван-ня звичаю покладається не на суд, а на сторону, яка засновує на ньому свої права; 2) звичай не може суперечити чинному закону; 3) відсутність в законі норми, розрахованої на певний випадок, або безпосередня вка-зівка на можливість керуватися у відносинах звичаєм; 4) за наявності письмової угоди права та обов'язки сторін не можуть визначатися зви-чаєм (Устав торговый (т. XI, ч. 2, изд. 1903 г., по сводному продолже-нию 1912 г.). — С. 4).

³ Гражданское и торговое право зарубежных государств: Учебник: В 2 т. Т. 1 / Отв. ред. Е. А. Васильев, А.С. Комаров. — 4-е изд., перераб. и доп. — М.: Междунар. отношения, 2004. — С. 53.

знання всіх звичаїв означало б покласти на нього непосильний тягар, який, крім іншого, буде ускладнювати та уповільнювати вирішення конкретного спору¹.

Крайня нечисленність внутрішніх звичаїв ділового обороту зумовлює те, що застосування звичаю при здійсненні судочинства господарськими судами на цей час залишається суто гіпотетичним. Більш вірогідною уявляється ситуація, коли суд, вирішуючи договірний спір, повинен буде досліджувати і давати юридичну оцінку таким обставинам, що несуть на собі відбиток «звичайності», а саме *усталеній практиці відносин між сторонами та вимогам, що звичайно ставляться*². Проте, як уявляється, ця конструкція має розглядатися як синонім ділових узвичаєнь. Нами пропонується розглядати зазначені конструкції складовими більш широкого поняття — *ділових узвичаєнь* як поширеної в певній сфері підприємницької діяльності практики відносин³.

У зв'язку з цим зауважимо, що в іноземних законодавствах «поряд із терміном «звичай» також вживаються схожі конструкції. Так, § 346 Торгового уложення Німеччини встановлює, що комерсанти для встановлення значення та наслідків дій та бездіяльності повинні брати до уваги визнані в торговому обороті звичаї та узвичаєння. Особливу

¹ Поротиков А. И. Обычай в гражданском обороте // Обычай в праве: Сб. — СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2004. — С. 350.

² Хоча в літературі було висловлено й інший погляд. На думку Т. В. Боднар, граматичне тлумачення норми ст. 526 дає підстави для висновку про те, що звичаї ділового обороту є частиною більш широкого поняття — «інших вимог, що звичайно ставляться» (Боднар Т. В. Теоретичні проблеми виконання договірних зобов'язань (цивільно-правовий аспект): Дис. ... докт. юрид. наук. — К., 2005. — С. 88).

³ У зв'язку з цим зазначимо, що особливим видом торгових узвичаєнь П. П. Цитович визначав торговий стиль (*stilus mercatorum*), мову професії, яка є своєрідною в окремих висловах (лексично) та в конструкції фраз (синтаксично). Цей стиль є відомим тим, хто займається торгівлею як професією, а тому також має силу через ст. 1539 ч. 1 X тому Зводу законів цивільних (Цитович П. П. Труды по торговому и вексельному праву: В 2 т. Т. 1. — С. 192). Примітно, що ця стаття встановлювала правила тлумачення договорів за наявності сумнівів в їх змісті та містилася в главі, присвяченій виконанню, припиненню та скасування договору. Сьогодні «торговий стиль» може розглядатися виходячи із змісту ст. 213 засобом тлумачення правочину.

увагу приділено заведеному порядку та торговим узвичаєнням в УСС, відповідно до ст. 1-205 якого «заведений порядок» розглядається як одноманітність попередньої поведінки сторін даної угоди, яка по справедливості може розглядатися як основа взаєморозуміння при тлумаченні змісту угоди (висловлювань, що використані сторонами) або дій сторін¹. Торгове узвичаєння відповідно до ст. 1-205 УСС є будь-якою практикою або порядком ділових відносин, дотримання яких в інших місцях, професіях або сферах діяльності має настільки постійний характер, що виправдовує очікування їх дотримання також і у зв'язку із конкретною угодою. Важливо зазначити, що наявність торгового узвичаєння повинна бути доведена як факт. І заведений порядок, і торгове узвичаєння в певній професії або сфері, якою займаються сторони і яке їм відоме або повинно бути відомим, надають особливо-го значення умовам угоди, доповнюють або обмежують їх.

Не дотримується термінологічна чистота розмежування звичаєвих правил різного виду в міжнародних правових актах². Відповідно до ст. 9 Конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів від 11 квітня 1980 р. сторони зв'язані будь-яким звичаєм, щодо якого вони домовилися, та практикою, яку вони встановили у своїх відносинах. За відсутності інших домовленостей вважається, що сторони мали на увазі застосування до їх договору чи до його укладення звичаю, про який вони знали чи мали знати і який в міжнародній торгівлі широко відомий і постійно додержується сторонами в договорах такого роду й

¹ Українським аналогом «заведеного порядку» можна вважати усталену практику відносин між сторонами, яка відповідно до ч. 4 ст. 213 ЦК є одним із допоміжних засобів тлумачення змісту правочину.

² Так, у Конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів від 11 квітня 1980 р. в англійському та французькому текстах використано термін «usage», під яким найчастіше у Франції та Англії розуміються узвичаєння (проти «coutume» та «custom» — звичаїв), але в російськомовному тексті вживається термін «звичай», який традиційно розуміється як норма. Причому, як зазначають коментатори зазначеної Конвенції, на практиці розмежувати звичай як норму і звичай, який не є такою, значно складніше, аніж в теорії, зважаючи на множинність торгових звичаїв, що відхиляються від закону (Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров: Комментарий. — М.: Юрид. лит., 1994. — С. 34).

відповідній галузі торгівлі. Це ж стосується і *lex mercatoria*, в сфері якого всі усталені правила поведінки в залежності від значення та ступеня застосування поділяються на *власне звичаї* (правила загального характеру, що застосовуються до усіх зовнішньоекономічних угод), *узвичаєння* (правила, що застосовуються в торгівлі певними товарами) та *заведений порядок* (звичайні правила, що склалися між сторонами в певній сфері відносин).

У зв'язку з цим питанням доречно нагадати, що в Принципах міжнародних комерційних договорів (УНІДРУА) співвідношення звичаю та договору визначається на користь останнього. Відповідно до ст. 1.8 «Звичай та практика» сторони зв'язані будь-яким звичаєм, *стосовно якого вони домовились* (курсив наш. — О. Б.), та практикою, яку вони встановили у своїх відносинах. Пунктом 2 цієї статті передбачено критерії для встановлення звичаю, який застосовується за відсутності спеціальної домовленості сторін. У цій ситуації, як зазначає О. С. Комаров, необхідною умовою застосування звичаю є те, що звичай повинен бути широко відомим у міжнародній торгівлі та постійно дотримуваним у відповідній сфері торгівлі, причому характеристика сфери застосування звичаю (міжнародна торгівля) спрямована на уникнення застосування у зовнішньоекономічних угодах звичаїв, пов'язаних виключно із внутрішніми угодами¹. Важливо зазначити, що і така зв'язаність звичаєм міжнародної торгівлі обмежується розумністю його застосування.

Усталена практика відносин між сторонами насамперед стосується *лише конкретних суб'єктів* договірних відносин, складаючись між ними у попередніх договірних відносинах. Безпосередньо в договорі така практика не фіксується, але припускається як така через відсутність заперечень з цього приводу².

¹ Місцеві або національні звичаї можуть застосовуватися лише у виняткових випадках (зокрема, це стосується звичаїв, що існують на деяких товарних біржах, торгових виставках, портах за умови, що вони регулярно дотримуються і стосовно іноземців) (Принципы международных коммерческих договоров. — М.: Междунар. отношения, 2003. — С. 22—23).

² *Зумбулидзе Р.-М.* З. Обычное право как источник гражданского права // Обычай в праве: Сб. — СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2004. — С. 130.

Підтвердженням необхідності розмежування звичаю як регулятора договірних відносин (соціальної норми) та усталеної практики відносин між сторонами може бути наступна судова справа. Господарським судом Донецької області було частково задоволено позов ВАТ «Д...» до орендного підприємства «Ш...» про стягнення заборгованості за послуги водопостачання, пені та 3% річних, зважаючи на недоведеність заявленої суми основного боргу, зокрема через те, що рахунок з боку відповідача був підписаний неповноважною особою. Задовольняючи касаційну скаргу ВАТ «Д...» і передаючи справу на новий розгляд, ВГСУ зазначив, що судами першої та апеляційної інстанції не було дано оцінку тій обставині, що між сторонами договору факт надання послуг відповідачем зазвичай посвідчувався актами-рахунками певної форми, підписаними головним механіком, які приймалися до оплати без заперечень. В опублікованому коментарі до цієї справи зазначається, що за певних умов усталена практика відносин між сторонами відокремлюється і набуває ознак регулятора цих відносин¹. Проте, в цій ситуації скоріше слід було відзначити недобросовісність поведінки сторони договору, яка відмовилася здійснювати оплату наданих послуг, аніж говорити про «усталену практику» підписання не уповноваженою особою документів, які посвідчують виконання договору, як про регулятор відносин. Практика, яка не відповідає вимогам законодавства, не може бути договірним регулятором відносин між сторонами, навіть якщо вона є усталеною.

До певної міри заплутав питання співвідношення звичаю та усталеної практики між сторонами вітчизняний законодавець. Відповідно до ч. 4 ст. 213 ЦК звичай ділового обороту та усталена практика відносин між сторонами визначаються як додаткові засоби тлумачення правочину, тобто засоби виявлення конкретної волі сторін. Не викликає сумніву те, що ані норми звичаю, ані усталена практика відносин не можуть розглядатися як регулятори, що витісняють умови договору. Однак з огляду на викладене вище звичай не може бути прирівняний до усталеної практики відносин

¹ Постанова Вищого господарського суду України від 9 лютого 2005 р. у справі № 27/384 // Вісник господарського судочинства. — 2005. — № 4. — С. 120—122.

насамперед через те, що він є субсидіарним джерелом права. Отже, у випадку, коли звичай не може бути застосований до конкретних відносин сторін, не можна говорити про встановлення змісту договору виходячи із звичаю, так само як і норма законодавства не слугує інструментом тлумачення договору. У зв'язку з цим пропонується виключити із ч. 4 ст. 213 ЦК слова «звичаї ділового обороту».

Вимоги, що звичайно ставляться, на відміну від усталеної практики відносин між сторонами, можуть виходити за рамки відносин конкретних учасників і стосуються практики, що складається у договірних відносинах певного виду (поставки, підряду, перевезення вантажу тощо). Слід сказати, що зазначена конструкція вживалася і в радянському цивільному законодавстві, хоча і в поодиноких випадках. Так, ст. 161 ЦК УРСР було встановлено, що зобов'язання повинні виконуватися належним чином та у встановлений строк відповідно до вказівок закону, акта планування, договору, а *за відсутності таких вказівок* — відповідно із вимогами, що звичайно ставляться. На вимоги, що звичайно ставляться, вказувалося і в ст. 233 ЦК УРСР, хоча ст. 248 ЦК УРСР встановлювалася вимога відповідності якості продукції стандартам, технічним умовам або зразкам, але ж ніяк не вимогам, що звичайно ставляться. Як уявляється, це було не випадковим, адже суб'єктами договору поставки виступали соціалістичні організації. Наразі ч. 1 ст. 193 ГК передбачено, що господарські зобов'язання повинні виконуватися належним чином відповідно до закону, інших правових актів, договору, а за відсутності конкретних вимог щодо виконання зобов'язання — відповідно до вимог, що у певних умовах звичайно ставляться. Схоже правило міститься в ст. 526 ЦК, в якій загальні умови виконання зобов'язання доповнені звичаями ділового обороту.

У ГК визнається можливість використання суб'єктами підприємницьких відносин таких усталених способів поведінки, що мають ознаки «звичайності»: господарське зобов'язання за відсутності конкретних вимог щодо виконання повинно виконуватися відповідно до вимог, що у певних умовах звичайно ставляться (ч. 1 ст. 193 ГК); за погодженням сторін можуть застосовуватися такі види забезпечення виконання зобов'язання, які не суперечать закону і звичай-

но застосовуються у господарському (діловому) обігу (ч. 1 ст. 199 ГК); за відсутності в договорі умов про якість товарів, що поставляються, вона може визначатися відповідно до звичайного рівня якості для предмета договору (ч. 3 ст. 268 ГК); ч. 1 ст. 269 ГК містить вказівку на звичайне приймання поставлених товарів; на звичайний спосіб прийняття виконаних за договором підряду на капітальне будівництво робіт вказується в ч. 3 ст. 322 ГК.

Вимоги, що звичайно ставляться, в законодавстві не встановлюються, і це в більшості випадків є неможливим, хоча законодавцем можуть подаватися критерії такої деталізації. Так, відповідно до ст. 632 ЦК звичайна ціна визначається через ціни на *аналогічні* товари, роботи або послуги на момент укладення договору¹. При безоплатному зберіганні ст. 942 ЦК покладає на зберігача обов'язок піклуватися про річ, *як про свою власну*.

Дискусійним є питання про те, чи може ділове узвичаєння розглядатися як відсутня в тексті умова договору.

На думку І. Б. Новицького, ділові узвичаєння, заведений порядок, звичаї цивільного обороту² виступають *засобом заповнення змісту* конкретного правовідношення, якщо в певній частині ця воля прямо не виражена. Усталене ділове узвичаєння є зразком, яким можна скористатися лише у тому випадку, коли це передбачено в договорі або із договору випливає намір сторін поширити на свої відносини дію того чи іншого узвичаєння³. Інші автори також розглядали ділову практику як юридичний факт (С. І. Вільнянський)⁴ або суб-

¹ Принагідно слід зазначити, що в Законі України від 28 грудня 1994 р. «Про оподаткування прибутку підприємств» для цілей цього Закону звичайною ціною, якщо не доведено інше, вважається ціна, яка узгоджена сторонами в договорі (ВВР. — 1997. — № 27. — Ст. 181). Разом з тим критерії деталізації звичайної ціни, визначені в цьому Законі, можуть, на наш погляд, застосовуватися і при розгляді відповідних договірних спорів.

² Слід звернути увагу на те, що І. Б. Новицький, як і деякі інші автори (зокрема, О. Добров), розглядає звичаї обороту не як різновид звичаїв, а як явище, що має ознаку звичайності.

³ *Новицкий И. Б.* Курс советского гражданского права: Источники советского гражданского права. — М.: Госиздат. юрид. лит., 1959. — С. 67.

⁴ *Вильнянский С. И.* Лекции по советскому гражданскому праву: Ч. 1. — Харьков: Изд-во Харьков. гос. ун-та им. А. М. Горького, 1958. — С. 53.

сидіарний юридичний факт (О. Добров). Але при цьому О. Добров вважав, що за своїм змістом ділові узвичаєння є нічим іншим, як одноманітним змістом установлених у договорі положень, що через свою стереотипність входять до складу певних угод певного кола учасників обороту. Вони вважаються за частину договору, що сама собою розуміється, і діють, доки явно виявлена воля сторін не заведе іншого¹.

О. Ф. Черданцев також звертає увагу на те, що при тлумаченні договору досить часто важливо встановити не тільки те, що міститься в тексті договору, але й визначити напевне ті умови, яких там немає (іншими словами це можна було б назвати *неясністю тексту* договору та *лакунами в тексті* договору — О. Б.). Серед відсутніх в договорі умов О. Ф. Черданцев називає лише ті умови, які передбачені диспозитивними нормами, імперативними нормами та звичаями, але не діловими узвичаєннями, і вказує, що заповнення відсутньої в договорі умови за допомогою звичаю можливе лише стосовно такої умови, яка не регулюється законом (диспозитивно або імперативно) і може бути встановлена лише згодою сторін (випадкова умова)².

Висловлювалася в літературі й інша позиція. В. С. Толстой зазначив, що такі вимоги по суті є такими ж, як і правила державних стандартів і технічних умов, тобто є *технічними нормами*, із тією відмінністю, що вони не розробляються і не затверджуються державою, не містяться в індивідуальному акті, який є підставою виникнення зобов'язання. Така природа вимог, що звичайно ставляться, зумовлює те, що вони *не можуть передбачати права та обов'язки сторін* щодо вчинення дій, і можуть слугувати технічним показником предмета виконання³.

На сьогодні досліджуване питання має вирішуватися не тільки з точки зору чинного законодавства, але й, насамперед, логіки правозастосування. Якщо договірні відносини

¹ Добров О. Правоутворення без законодавця: Нариси з теорії джерел права. — К.: Українська академія наук, 1928. — Ч. 1: Звичаєве право. — С. 69, 79.

² Черданцев А. Ф. Толкование права и договора: Учеб. пособие для вузов. — М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2003. — С. 339.

³ Толстой В. С. Исполнение обязательств. — М.: Юрид. лит., 1973. — С. 40.

між сторонами виникають, розвиваються і припиняються без будь-яких ускладнень, за встановленою моделлю, питання регулятивного впливу на договірні відносини звичаю та застосування ділових узвичаєнь безпосередньо не виникає. І лише тоді, коли у випадку порушення договірного зобов'язання сторона договору звертається за захистом прав та законних інтересів до господарського суду, тобто відносини переміщуються у стадію правозастосування, виникає необхідність в оцінці правових та фактичних підстав позову та заперечень проти нього.

У цілому можливість визнання за діловими узвичаєннями статусу відсутніх (не зафіксованих у тексті) договірних умов не виключається, у зв'язку з чим слід звернути увагу на наступне. Виходячи з того, що за правилом ч. 1 ст. 181 ГК господарський договір існує у письмовому вигляді (або у вигляді єдиного документа, або у вигляді об'єднаних одним змістом комплекту документів, тобто спрощеному), сторони договору в обґрунтування своїх прав та обов'язків не повинні доказувати факт існування наявності певної умови договору саме через її об'єктивованість у тексті договору. Ділове ж узвичаєння (і усталена практика відносин між сторонами, і вимоги, що звичайно ставляться) текстуально не фіксуються, існуючи у неформальному вигляді, так би мовити поза текстом договору як документа (в протилежному випадку їх слід було б розглядати як узгоджені сторонами умови договору), що означає необхідність встановлення факту його існування. Таким чином, ділові узвичаєння можуть бути визнані умовами конкретного договору, але такими, що впливають із необ'єктивованої волі сторін, а не із норми звичаю, і за умови, що цей факт доведений у встановленому процесуальним законом порядку.

Як свідчить практика господарювання, ділові узвичаєння виявляють тенденцію до перетворення у стандартні форми договорів або так зване формулярне право, яке буде предметом розгляду в підрозділі 2.5 цієї роботи.

Завершуючи розгляд питання про звичаї, слід звернути увагу на наступне. Поява світового ринку, діяльність суб'єктів транснаціональної економічної діяльності (Міжнародний валютний фонд, Світовий банк, Світова організація торгівлі, транснаціональні корпорації) спричиняє зменшен-

ня контролю урядів над економікою, залежність бюджету багатьох країн від впливу МВФ та закордонних інвесторів. Основні економічні потоки підпадають під дію міжнародних торгових конвенцій та міжнародних правових звичаїв¹. Через це в сучасному глобалізованому світі роль внутрішніх (в тому числі локальних) звичаїв і надалі буде зменшуватися. В той же час, як уявляється, узвичаєння та практика ділового обороту, що складається між сторонами, буде набувати особливого значення з огляду на зростання договірного (автономного) регулювання господарських відносин. У правовій системі сучасної України наявність традиції (безпосереднього або опосередкованого збереження окремих фрагментів, юридичних конструкцій радянської правової системи) та новації (що виявляється, зокрема, у гармонізації законодавства з правом ЄС) зумовлює незначну роль внутрішніх звичаїв ділового обороту як регулятора господарських договірних відносин.

Формування міжнародних торгових звичаїв стало можливим завдяки «космополітичному» характеру норм торгового права, яке стало продуктом не однієї історичної епохи, і не якогось окремого народу, а склалося поступово і за участю багатьох народів². Розвинене на ґрунті цих звичаїв *lex mercatoria* як автономна нормативна система (в широкому трактуванні) включає в себе всі правові принципи та правила, які не мають походження в будь-якій національній системі права: Принципи УНІДРУА, Принципи Європейського договірного права, документи Міжнародної торгової палати (Правила ІНКОТЕРМС, Уніфіковані правила та звичаї для документарних акредитивів, Уніфіковані правила по інкасо, Уніфіковані правила по договірних гарантіях, Уніфіковані правила для гарантій за першою вимогою тощо).

І якщо внутрішні (національні та місцеві) звичаї, які регулюють господарські договори, на сьогодні є вкрай нечисленними, то міжнародні торгові звичаї зберігають своє зна-

¹ Удовика Л. Антропологічні проблеми права під впливом глобалізаційних процесів // Підприємництво, господарство і право. — 2005 — № 6. — С. 6.

² На це зверталася увага ще в дореволюційній літературі з комерціалістики. (Див., зокрема: Федоров А. А. Введение в курс торгового права. — Одесса, 1901. — С. 17).

чення для тих договорів, що укладаються в процесі здійснення зовнішньоекономічної діяльності.

Звичайно, що включення України в світовий економічний оборот, інтенсифікація зовнішньоекономічної діяльності суб'єктів господарювання означає і підвищення ролі міжнародних звичаїв та узвичаєнь як регуляторів міжнародних економічних відносин. У зв'язку з цим слід звернути увагу на існуючу практику запровадження в українське законодавство міжнародних звичаїв та узвичаєнь як обов'язкових для застосування. Так, Указом Президента України від 4 жовтня 1994 р. № 566/94 «Про заходи щодо впорядкування розрахунків за договорами, що укладають суб'єкти підприємницької діяльності України»¹, було встановлено, що розрахунки за зовнішньоекономічними договорами (контрактами), укладеними суб'єктами підприємницької діяльності України всіх форм власності, предметом яких є товари (роботи, послуги), здійснюються відповідно до Уніфікованих правил та звичаїв для документарних акредитивів Міжнародної торгової палати, Уніфікованих правил з інкасо Міжнародної торгової палати. Цим Указом на суб'єктів підприємницької діяльності України покладено обов'язок забезпечувати додержання вимог, передбачених Уніфікованими правилами, при укладанні та виконанні зовнішньоекономічних договорів (контрактів). Недотримання цієї вимоги передбачає застосування наслідків у вигляді можливості визнання недійсними зазначених договорів.

У такий же спосіб Указом Президента України від 4 жовтня 1994 р. № 567/94 «Про застосування Міжнародних правил інтерпретації комерційних термінів» була встановлена обов'язковість використання вказаних правил при укладанні суб'єктами підприємницької діяльності України всіх форм власності договорів, в тому числі зовнішньоекономічних, предметом яких є товари (роботи, послуги)². І хоча пізніше Указом Президента від 1 липня 1995 р. «Про внесення змін до Указу Президента України від 4 жовтня 1994 р. № 567»³ слова «роботи, послуги» були виключені,

¹ Урядовий кур'єр. — 6 жовтня 1994 р. — № 154—155.

² Там само.

³ Урядовий кур'єр. — 6 липня 1995 р. — № 99—100.

головний юридичний нонсенс — запровадження в національну правову систему міжнародних торговельних звичаїв як імперативних норм, що повинні застосовуватися до будь-яких договорів, в тому числі зовнішньоекономічних, — залишився. Ми підтримуємо думку Н. В. Котигоренко та О. Ф. Висоцького стосовно того, що «Інкотермс» не стали державновладним документом внаслідок прийняття зазначеного Указу, оскільки ні волевиявлення, що в ньому міститься, ні форма та процедура його вираження, ані норми законів і міжнародних угод, що діють в Україні, не дають підстав тлумачити Указ як такий, що позбавив Правила «Інкотермс» їх приватноправового статусу та інкорпорував до національного законодавства¹. Статтею 265 ГК передбачається, що умови договорів поставки повинні викладатися відповідно до вимог Міжнародних правил тлумачення термінів «Інкотермс»². Як відомо, зазначені Правила, затверджені Міжнародною торговою палатою³, яка узагальнює досвід та звичаї міжнародної ділової практики з метою створення універсальних моделей відносин між сторонами зовнішньоторговельних контрактів. За визначенням застосування Правил МТП є добровільним і повністю віддається на розсуд сторін, хоча авторитет МТП спонукає представників бізнесу керуватися Правилами як засобом уникнення невизначеності змісту договору або його неоднокового тлумачення. Більше того, за змістом параграфів 11, 12 Вступу до «Інкотермс-2000» сторони мають право самостійно обрати стандартний текст Правил «Інкотермс» шляхом внесення у свій договір чітких спеціальних застережень, що відповідає принципу автономії волі сторін, яка полягає, зокрема, і

¹ Котигоренко Н. В., Висоцький О. Ф. «Інкотермс-2000»: правовий статус та проблеми застосування // Урядовий кур'єр. — 3 квітня 2002 р. — № 63. — С. 9.

² Хоча це формулювання є некоректним з огляду на те, що Правил «Інкотермс» як таких не існує — натомість відомі «Інкотермс-1936», «Інкотермс-1953», «Інкотермс-1967», «Інкотермс-1976», «Інкотермс-1980», «Інкотермс-1990» і, нарешті, «Інкотермс-2000», в яких репрезентовано модернізовані комерційні звичаї.

³ ІНКОТЕРМС. Офіційні правила тлумачення торговельних термінів Міжнародної палати (редакція 2000 р.). Видання МТП № 560 // Урядовий кур'єр. — 3 квітня 2002 р. — № 63; 10 квітня 2002. — № 68.

у можливості сторін врегулювати свої відносини на основі торгового звичаю¹.

Зазначені правила які є, по суті, міжнародними торговими узвичаєннями², застосування яких залежить від волі сторін, могли бути імплементовані в національну правову систему України як рекомендаційні норми. З огляду на це пропонується виключити з ст. 265 ГК імперативно сформульовану норму частини 4 як таку, що тільки суперечить юридичній природі, призначенню та логіці самих Правил «Інкотермс»³.

Крім того, норма ч. 4 ст. 265 ГК без достатніх підстав обмежує договірну свободу, оскільки примушує сторони формувати умови договору лише у певний спосіб; позбавляє сторони можливості змінювати стандартні норми Правил (хоча це притаманне і Принципам УНІДРУА).

Слід звернути увагу на стриману позицію в цьому питанні ВГСУ, викладену в роз'ясненні Президії ВГСУ від 31 травня 2002 р. № 04-5/608 «Про деякі питання практики розгляду справ за участю іноземних підприємств і організацій». У п. 3.2 цього роз'яснення ВГСУ пояснив, що згідно з Указом Президента України від 4 жовтня 1994 р. № 567/94 правила «Інкотермс» *можуть* (курсив наш. — О. Б.) застосовуватися під час укладання суб'єктами підприємницької діяльності України всіх форм власності договорів, у тому числі зовнішньоекономічних договорів (контрактів), предметом яких є товари. Отже, господарський суд у вирішенні спору застосовує

¹ За змістом параграфу 4 Вступу до «Інкотермс-2000» комерсанти, інкорпоруючи Правила у свій договір, повинні чітко зазначати, що їх договір регулюється «Інкотермс-2000» з метою уникнення майбутніх спорів стосовно версії Інкотермс, яка застосовується у договірних відносинах. Але при цьому не виключається застосування більш ранніх редакцій Правил у стандартних формах або в бланках замовлень. Іншими, словами відсутність посилання на поточну редакцію Правил і застосування більш ранньої не виключається, але може призводити до конфлікту інтерпретацій.

² Існує точка зору й стосовно того, що зазначені Правила є звичаями, але це принципово не впливає на висловлену нами позицію.

³ Крім того, ця норма відкриває можливості для недобросовісного контрагента заявляти вимогу про визнання договору поставки не дійсним лише на тій підставі, що умови договору сформульовані сторонами не у відповідності із Правилами, тобто використовуючи як юридичну підставу позову норму ч. 1 ст. 207 ГК щодо недійсності господарського зобов'язання, що не відповідає вимогам закону.

звичаї у сфері міжнародної торгівлі у разі відсутності законодавства, що регулює спірні відносини, або (курсив наш. — О. Б.) якщо угодою сторін передбачено застосування правил цих звичаїв (Правил «Інкотермс», Уніфікованих правил та звичаїв для документарних акредитивів в редакції 1993 р., Уніфікованих правил по інкасо в редакції 1978 р.)¹.

Принагідно слід звернути увагу на те, що в п. 3.2 цього роз'яснення ВГСУ надав розширене тлумачення норми ч. 5 ст. 4 ГПК, оскільки зазначена норма не містить вказівки на можливість застосування судом правил міжнародних торгових звичаїв у випадку, коли це передбачено угодою сторін. Логічний сполучник «або», застосований ВГСУ і виділений нами вище, перетворив норму ч. 5 ст. 4 ГПК на диз'юнктивне судження (сильну диз'юнкцію), яке характеризується тим, що його члени (альтернативи) не можуть бути одночасно істинними. Таке роз'яснення дає підстави для висновку про можливість застосування господарським судом звичаїв і за наявності законодавства, що регулює відносини за участю іноземного суб'єкта, якщо про це є відповідна угода сторін. De lege ferenda така позиція мала б право на існування, але de lege lata ВГСУ пішов шляхом створення нової норми.

2.4. Судова практика

Проблематика судової практики (судової правотворчості) залишається понад століття наскільки актуальною, настільки дискусійною². У правознавстві продовжується полеміка з широкого кола питань: від власне поняття судової практики, її співвідношення із правотворчістю законодав-

¹ Вісник господарського судочинства. — 2002. — № 3. — С. 100—101.

² Різні аспекти пізнання, в тому числі судового, відповідають поділу логіки на діалектичну та формальну. Якщо формально-логічні закони обумовлюють правильний вибір необхідної правової норми, то питання вибору найбільш доцільного рішення як раз і не розглядається формальною логікою. Власне, прийняття рішення в його уявній логічній формі є насамперед однією з ланок у ланцюжку усього процесу застосування права (так би мовити його психофізичний бік). Проте прийняття правового рішення як частина процесу управління повинно розглядатися і як соціальне явище (*Казимирчук В. П.* Право и методы его изучения. — М.: Юрид. лит., 1965. — С. 58, 59).

чого органу до можливості визнання судової практики джерелом права. Сам факт наукової постановки цих питань та тривалість дискусії свідчать про те, що судова практика беззастережно не може бути віднесена ані до нормативно-правових джерел, зважаючи на сутнісні характеристики судової діяльності та судового рішення як одного з її «продуктів», ані до інших джерел права, оскільки судочинство є різновидом владної (державної) діяльності по усуненню юридичного конфлікту¹.

Конституційна норма про поширення юрисдикції судів на всі правовідносини, що виникають у державі (ч. 2 ст. 124 Конституції України), доповнюється, зокрема, нормою ч. 6 ст. 4 ГПК, якою встановлено заборону відмови у розгляді справи з мотивів неповноти, неясності, суперечливості чи відсутності законодавства, яке регулює спірні відносини. Цей припис має досить давню історію. Вперше заборона відмови у розгляді справи під приводом лакуни в законі, незрозумілості або недосконалої (недостатності) закону та можливість притягнення судді до відповідальності за відмову у правосудді була закріплена в ст. 4 Французького цивільного кодексу². Це правило в дещо зміненій редакції було запозичене в процесі проведення в Російській імперії судової реформи 1864 р.³.

Статутом цивільного судочинства, по-перше, було встановлено обов'язок усіх судових установ вирішувати спра-

¹ На суспільну значимість судової практики справедливо звертав увагу К. П. Побєдоносцев, говорячи про необхідність державницької позиції суду і наполягаючи на пріоритеті правила «*Salus populi suprema lex*», звертав увагу на непоодинокі випадки, коли суд в рішенні розсудив тільки «моє та твоє» право (*meum et tuum*), в той час як підстави рішення можуть бути ганебними для *державного інтересу або цілої маси населення* (курсив наш. — О. Б.) (*Побєдоносцев К. П. Вопросы жизни // Соч. — СПб.: Наука, 1996. — С. 199.*)

² Французский Гражданский кодекс. — СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2004. — 1101 с.

³ До того часу судова влада не була відділена від законодавчої і вища судова інстанція (державна рада) була разом з тим і законодавчою установою. У випадку, коли суд вбачав неясність або неповноту законодавства, справа, переходячи з однієї інстанції в іншу, розглядалася врешті-решт затвердженою імператором думкою державної ради, тобто законодавчим порядком.

ви за точним смислом діючих законів, а у випадку їх неповноти, недостатності або суперечності ґрунтувати рішення на загальному смислі законів (ст. 9 Статуту), а, по-друге, заборонено зупиняти вирішення під приводом неповноти, неясності, нестачі або суперечності закону під загрозою притягнення винних до відповідальності як за відмову у здійсненні правосуддя¹. Саме тут, як не без іронії зауважив П.І. Стучка, розпочалася роз'яснювальна діяльність суду взагалі і особливо Сенату, яка спільно із правознавцями все ж таки пристосувала зовсім негодящі «цивільні закони» X тому (Зводу законів Російської імперії. — О. Б.) до умов доволі розвиненого капіталістичного суспільства². В російській юридичній літературі дожовтневого періоду у ставленні до судової правотворчості (судової практики як джерела права) позиції поважних правознавців були полярно розділені: від визнання за судовою практикою самостійної правоутворюючої сили (М. М. Коркунов³, О. Д. Градовський⁴, Є. М. Трубецької⁵) до її запе-

¹ Устав гражданского судопроизводства (Св. зак. т. XVI ч. 1, узд. 1892 г., по Прод. 1906, 1908 и 1910 гг.). — 3-е изд., испр. и значительно доп. / Сост. И. М. Тютрюмов. — СПб., 1912. — 1984 с.

² Стучка П. И. Введение в теорию гражданского права. — М.: Изд-во Коммунистической академии, 1927. — С. 100.

³ Набуття судовою практикою статусу джерела права М. М. Коркунов пов'язував із судовою реформою 1864 р., якою, зокрема, було скасовано попередню заборону тлумачення законів. «В дійсності наша судова практика, особливо касаційна, внаслідок неповноти та казуїстичного характеру законодавства за необхідністю має творчий характер» (Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. — СПб., 1909. — С. 307).

⁴ Пояснення змісту закону, що міститься в судовому рішенні, є особливий і самостійний елемент права. Судова інтерпретація у тих випадках, коли судові місця заповнює пробіл у законодавстві (рішення за схожістю) стає самостійним джерелом права, конкурує із законодавством (Градовский А. Начала русского государственного права: Т. 1: О государственном устройстве. — СПб., 1875. — С. 76).

⁵ Не обмежуючись лише одним застосуванням закону до відповідних випадків, але доповнюючи існуюче законодавство новими і навіть доволі суттєвими нормами, суд тим самим виявляє творчу діяльність (Трубецкой Е. Н. Лекции по энциклопедии права // Тр. по философии права / Вступ. ст., сост. и примеч. И. И. Евлампиева. — СПб: Издательство РХГИ, 2001. — С. 365).

речення (К. П. Победоносцев¹, Й. О. Покровський², Г. Ф. Шершеневич³. Є. В. Васьковський зазначав, що суд не створює права, застосовуючи закон та звичаї до окремих фактів життя, і його роль наближується до ролі законодавця *лише в одному випадку*: коли він заповнює лакуни в праві через аналогію, але й тут він керується нормами чинного права та його духом.

Судове рішення будь-якої інстанції як «закон для даної справи» може бути *зразком (в силу його внутрішньої доцільності та розумності)* для інших судових рішень лише тоді, коли в ньому правильно витлумачені та застосовані відповідні закони. В практиці, як зазначає Є. В. Васьковський, усталився інший погляд на касаційні рішення сенату як обов'язкові для усіх *однорідних* справ, попри те, що вчені одностайно відкинули таке тлумачення ст. 815 Статуту цивільного судочинства. Власне, від такого розширення влади сенату не було б біди, а лише велика користь, якби сенат постійно проводив у своїх рішеннях одні й ті ж засади, а не

¹ «Судді повинні пам'ятати, що їх посада *«право судити»* (ius disere), а не *«суд створювати»* (ius dare), тлумачити закон, а не створювати закон, або давати закон». Інакше, пише К. П. Победоносцев, це було б схожим на владу, яку приписує собі Римська церква: вона під приводом пояснення Святого письма не сумнівається додавати до нього та змінювати його, заявляти те, що в ньому відсутнє, та робити нововведення під виглядом стародавності (*Победоносцев К. П. Вопросы жизни // Соч. — СПб.: Наука, 1996. — С. 197.*)

² Розглядаючи питання суддівської правотворчості крізь призму проблеми визначеності права, Й. О. Покровський на підставі критики сучасних йому течій *«вільного права»* констатував, що теорія вільного суддівського правотворення містить в собі органічну та неминучу загрозу суддівського свавілля, якщо вона саму неясність права підносить до рівня принципу, а тому, вочевидь, вона йде врозріз із інтересами людської особистості, яка розвивається. Показово, що Й. О. Покровський пов'язував свою позицію і з *«прагненням»* до суворой *законності* як обов'язкової риси і цивільного, і публічного права (*Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. — М.: Статут, 1998. — С. 105.*)

³ «Рішення касаційних департаментів можуть мати таке ж значення джерел права, як і наука, тобто вони переконують у правильності свого тлумачення, але обов'язкова сила їм чужа... Ніде в нашому законодавстві не визнано за сенатом видавати закони, не можна відкрити його і в ст. 815 Статуту цивільного судочинства» (*Шершеневич Г. Ф. Учебник гражданского права. — СПб., 1907. — 64—65.*)

перебував у «вічних хитаннях», видаючи діаметрально протилежні роз'яснення¹.

Після Жовтневої революції діяльність судів виходить за межі власне правозастосування². Декретом про суд від 22 листопада (5 грудня) 1917 р. проголошувалося, що місцеві суди, які створювалися замість загальних судових установ (окружних судів, судових палат і Урядового Сенату з усіма департаментами, військових та морських судів усіх найменувань, а також комерційних судів), вирішують справи іменем Російської Республіки та керуються в своїх рішеннях та вироках законами повалених урядів настільки, наскільки вони не скасовані революцією та не суперечать революційній совісті та революційній правосвідомості³. Оскільки скасованими визнавалися всі закони, які суперечили декретам Центрального виконавчого комітету Ради робочих, солдатських та селянських депутатів та Робочого і Селянського уряду, а також програмам-мінімум Російської соціал-демократичної робочої партії та партії соціалістів-революціонерів, це практично безмежно і автоматично розширювало сферу розсуду місцевих судів стосовно тлумачення законів та їх застосування, а точніше, незастосування.

Широкого застосування створеними судами при здійсненні правосуддя набула категорія справедливості⁴. Так, відповідно до ст. 36 Декрету про суд № 2 від 12 лютого 1918 р., прийнятого в розвиток Декрету про суд № 1, цивільний суд, не обмежуючись формальним законом, а зав-

¹ Васьковський Е. В. Учебник гражданского права. — М.: Статут, 2003. — С. 84—86.

² Новий радянський суд П. І. Стучка називав «прямим правотворцем» нарівні із римським претором та англійським суддею (*Стучка П. І. Введение в теорию гражданского права.* — М.: Изд-во Коммунистической академии, 1927. — С. 176).

³ Декреты Советской власти: Т. 1. 25 октября 1917 г. — 16 марта 1918 г. — М.: Госиздат. полит. лит., 1957. — С. 124—126.

⁴ На цьому хотілося б зробити наголос. У даному випадку в принципі не має значення відмінність революційних уявлень про справедливість від сучасних, адже поняття справедливості є мінливим і у різних народів змінюються від однієї епохи до іншої. Йдеться про законодавче визнання можливості застосування в судовій практиці того часу не лише законодавчих норм, які підлягали відповідному оцінюванню судом, але й, за сучасною термінологією, суто соціальних регуляторів.

жди керуючись міркуваннями доцільності, може відкинути будь-яке посилення на пропуск строку давності або іншого строку, і, *всупереч* тим чи іншим запереченням формального характеру, присудити *явно справедливе рішення* (курсив наш. — О. Б.)¹. Ця ідея втілювалася в життя і в період нової економічної політики. Так, один з авторів коментарю до Цивільного кодексу УРСР від 16 грудня 1922 р.², зазначав, що за необхідності заповнити будь-який пробіл у чинному законодавстві, коли суд має вирішити життєвий казус, який не знаходить повної регламентації в чинному законі загалом та в Цивільному кодексі зокрема, *суддя наш* (визначення О. Малинецького. — О. Б.) наділений правом не тільки створити нову норму права так, неначе він законодавець, — чим пишається Швейцарський Цивільний кодекс³, — але й владою надати букві закону таке тлумачення, яке відповідає загальному духу усього радянського законодавства, усієї радянської політики. Адже революційна законність полягає зовсім не у схиланні перед буквою, але й у проникненні загальним духом та смыслом усього революційного права⁴.

Показовим є також той факт, що п. 6 Постанови Всеукраїнського Центрального виконавчого комітету про введення в дію Цивільного кодексу УРСР 1922 р. було заборонено тлумачення норм Кодексу на основі законів повалених урядів та практики дореволюційних судів. Ця заборона оцінювалася сучасниками як правові обмеження приватно-господарського обороту, що не могли довільно розширюватися: дореволюційна судова практика прагнула до прилаштування застарілих правових норм або недостатньо гнучких законів до нових форм капіталістичного обороту, і через

¹ Декреты Советской власти. — С. 466—476.

² Собр. Узак. УССР. — 1922. — № 55. — Ст. 780.

³ Як відомо, ст. 1 Швейцарського цивільного уложення 1907 р. говорить: якщо в законі не може бути віднайдено відповідної настанови, суддя повинен вирішити справу на основі звичаєвого права, а за відсутності такого — за правилом, яке він встановив би в якості законодавця; при цьому суддя додержується вказівок науки і практики.

⁴ Гражданский кодекс советских республик / Текст и практический комментарий под ред. А. Малинецкого, Председателя Гражданской кассационной коллегии Верховного Суда. — Госиздат. Украины, 1923. — С. 9—10.

повну протилежність цих норм основним цілям та лінії радянського законодавства суди не могли керуватися ними не тільки ззовні, але й по суті як матеріалом для висновків та рішень суду¹.

Як зазначалося вище, в цілому радянська правова доктрина та практика правосуддя заперечували свободу «суддівського розсуду», яка розумілася як можливість суддівської правотворчості, хоча і в загальнотеоретичних, і галузевих роботах 1940—1950-х років зустрічалися винятки, коли джерелом права в основному визнавалися керівні вказівки Пленуму Верховного Суду СРСР з питань судової практики, виданих на основі розглянутих Верховним Судом СРСР судових справ. Зазначалося, що такі вказівки, оскільки вони містять правила, яких немає в законі та в підзаконних актах органів державного управління, свідчать про можливість нормотворчої діяльності Пленуму Верховного Суду СРСР². В процесуалістиці було висловлено думку стосовно керівних вказівок Пленуму Верховного Суду СРСР як *джерела судового рішення*³.

У деяких працях повоєнних часів ще можна було зустріти в переліку джерел права поряд із законами та підзаконними актами звичаї, судову та арбітражну практику, до якої відносилися керівні роз'яснення (директиви — за термінологією авторів) Пленуму Верховного Суду СРСР, рішення арбітражу по окремих спорах між соціалістичними організаціями та акти Державного арбітражу при Раді Міністрів СРСР, що видаються на підставі права інструктування республіканських, обласних та відомчих арбітражів⁴. У 1956 р. в журналі «Советское государство и право» було опубліковано редакційну статтю⁵, в якій було проведено думку про те,

¹ Гражданский кодекс советских республик. — С. 21.

² Денисов А. И. Теория государства и права. — М.: Юрид. изд-во Министерства юстиции СССР, 1948. — С. 447.

³ Гражданский процесс: Учебник / Под общ. ред. С. Н. Абрамова. — М.: Юрид. изд-во Министерства юстиции СССР, 1948. — С. 299.

⁴ Зимелева М. В., Серебровский В. И., Шкундин З. И. Гражданское право: Учебник для юрид. школ / Под ред. С. Н. Братуся. — М.: Юрид. изд-во Министерства юстиции СССР, 1947. — С. 11—13.

⁵ О юридической природе руководящих указаний Пленума Верховного Суда СССР // Советское государство и право. — 1956. — № 8. — С. 13—21.

що поняття джерела права не обов'язково пов'язане з актами, що встановлюють нові правові норми. В статті зазначалося, що керівні роз'яснення Пленуму Верховного Суду СРСР в силу свого загального характеру та неодноразовості застосування є джерелами права — підзаконними нормативними актами, і одночасно підкреслювалося, що така правотворча діяльність при виданні деяких постанов не означає наділення вищого судового органу законодавчими функціями. В юридичній літературі ця позиція було піддана критиці¹.

Питання про арбітражну практику як джерело господарського права в цілому заслуговує на окрему увагу, оскільки в радянський період вона тривалий час відігравала значну роль у регулюванні господарської діяльності. Історія створення та діяльності органів державного арбітражу в СРСР, розвиток законодавства про арбітраж свідчать про поступове підвищення ролі держарбітражу не тільки як органу, що здійснював юрисдикційні функції, але й неюрисдикційні, в тому числі нормотворчу. Арбітражні комісії як прообраз сучасних господарських судів² були утворені для

¹ Зокрема, П. О. Недбайло з цього приводу писав, що в соціалістичному суспільстві волю народу виражає законодавець і суд не може його випереджувати; у суду немає і не може бути такого привілею, аби на свій лад пристосовувати закон до нових обставин шляхом його тлумачення (*Недбайло П. Е. Применение советских правовых норм.* — М.: Госиздат. юрид. лит., 1960. — С. 341, 354).

² Принаймні, в тому вигляді, в якому арбітражні суди існували до проведення «малої» судової реформи та здійснювали розгляд господарських спорів на основі особливих принципів (насамперед, арбітрування, претензійного порядку врегулювання господарських спорів). В сучасній літературі здійснюються спроби відшукування коріння арбітражних судів України в «глибині віків» (див., зокрема: *Притыка Д. Н. Арбитражный суд: проблемы организации и деятельности: Монография.* — К.: Оріяни, 2000. — С. 69—78). Проте, як уявляється, тут можна скоріше констатувати схожість етимологічного порядку, ніж сутнісного, оскільки становлення сучасних господарських судів України як органів спеціальної (господарської) юрисдикції відбувалося у специфічний спосіб і лише в існуючому вигляді вони можуть бути об'єктом коректного історичного порівняння із спеціалізованими (комерційними, торговими) судами дореволюційного періоду. Скоріше слід наголошувати на тому, що динамічність торгового обороту завжди потребувала спеціальної — такої ж динамічної — процедури розгляду спорів між

розгляду спорів між підприємствами і організаціями різних відомств відповідно до постанови ЦВК і РНК РСФСР від 21 вересня 1922 р.¹, розглядалися на той час як «*установи, наділені судовими функціями*» (ст. 1 Основ судочинства Союзу РСР і союзних республік 1924 р.)². Згодом арбітражні комісії були трансформовані в органи державного арбітражу, що входили до системи органів виконавчої влади із відповідними повноваженнями, хоча в юридичній літературі правова природа органів державного арбітражу була предметом дискусій⁴. Нормотворча функція державного арбітражу оцінювалася як складова його попереджувальної діяльності, тобто діяльності, за визначенням В. С. Щербини, по застосуванню системи організаційних, економіко-правових та виховних заходів безпосередньо і у взаємодії з іншими органами, спрямованої на усунення причин та умов господарських правопорушень або їх послаблення і тим самим — на забезпечення їх скорочення у сфері господарської діяльності та управління нею⁵.

Відповідно до статей 2, 24 Закону СРСР від 30 листопада 1979 р. (із наступними змінами) «Про державний арбітраж в СРСР»⁶ одним із завдань органів держарбітражу було розроблення на основі вивчення і узагальнення практики застосування законодавства при вирішенні господарських

професійними комерсантами (торговцями, купцями). У зв'язку з цим можна навести наступні слова Д. І. Мейера. Важливе значення, яке уряд надає заснуванню комерційних судів, та їх склад, який засновується винятково на обранні його *самими купцями* та допускає перевагу купецьких голосів над думкою членів-некупців, вказують на значущість юридичного розвитку тієї торгової спільноти, для якої існує комерційний суд (Мейер Д. І. Юридические исследования относительно торгового быта Одессы // Мейер Д. И. Избр. произведения по гражданскому праву. — М.: АО «Центр ЮрИнфоР», 2003. — С. 166).

¹ СУ РСФСР. — 1922. — № 60. — Ст. 769.

² СЗ СССР. — 1924. — № 23. — Ст. 203.

⁴ Огляд позицій див., зокрема: Побирченко И. Г. Советский арбитражный процесс. — К.: Выща школа, 1988. — С. 99—117.

⁵ Побирченко И. Г. Советский арбитражный процесс. — К.: Выща школа, 1988. — С. 217—245; Щербина В. С. Попередження господарських правопорушень. — К.: Либідь, 1993. — С. 67—79.

⁶ Ведомости Верховного Совета СССР. — 1979. — № 49. — Ст. 844; 1987. — № 2. — Ст. 35; № 7. — Ст. 92; № 25. — Ст. 355; 1988. — № 1. — Ст. 3.

спорів пропозицій і здійснення заходів, спрямованих на вдосконалення правового регулювання господарської діяльності, а також діяльності державного арбітражу і арбітражів міністерств, державних комітетів і відомств. Державний арбітраж СРСР та державний арбітраж союзної республіки у випадках, передбачених відповідно законодавством Союзу РСР чи союзної республіки, або за дорученням Ради Міністрів СРСР чи Ради Міністрів союзної республіки затверджували нормативні акти, які регулюють господарську діяльність, а також розглядали проекти таких актів, що подавалися на погодження; давали міністерствам, державним комітетам і відомствам роз'яснення щодо застосування відповідно рішень Ради Міністрів СРСР та Ради Міністрів союзної республіки, які регулюють господарську діяльність; видавали в межах своєї компетенції обов'язкові для органів арбітражу, міністерств, державних комітетів, відомств, підприємств, установ і організацій інструктивні вказівки з питань застосування законодавства Союзу РСР або союзної республіки при вирішенні господарських спорів та їх доарбітражному врегулюванні¹.

Становище держарбітражу та його місце в системі органів держави були суттєво змінені Указом Президії Верховної Ради СРСР від 18 лютого 1987 р. «Про внесення змін та доповнень до законодавства Союзу РСР про державний арбітраж»². Відповідно до цього Указу держарбітраж був виведений із системи органів державного управління і зайняв *самостійне* місце в системі органів радянської держави поряд із органами правосуддя та прокуратури. Були підсилені і контрольні функції держарбітражу (за додержанням договірної дисципліни в народному господарстві, за діяльністю відомчих арбітражів та інших органів, які вирішують

¹ Зокрема, такими нормативними актами стали згадувані вище Інструкція про порядок прийомки продукції виробничо-технічного призначення і товарів народного споживання за кількістю, затверджена постановою Держарбітражу СРСР від 15 червня 1965 року № П-6 та Інструкція про порядок прийомки продукції виробничо-технічного призначення і товарів народного споживання за якістю, затверджена постановою Держарбітражу СРСР від 25 квітня 1966 р. № П-7, а також Особливі умови поставок.

² Відомості Верховної Ради СРСР. — 18 лютого 1987 р. — № 7. — Ст. 92.

господарські спори, що передбачало і їх інструктування). Встановлювалося, що нормативні акти, які видавалися міністерствами та відомствами СРСР та союзних республік з питань *укладення та виконання господарських договорів* (курсив наш. — О. Б.), обов'язкових для інших міністерств, відомств та підвідомчих їм підприємств, установ та організацій, попередньо повинні були узгоджуватися із Державним арбітражем СРСР або державним арбітражем союзної республіки. Розробка пропозицій, спрямованих на вдосконалення правового регулювання господарської діяльності, покладалася і на Держарбітраж УРСР Положенням про органи державного арбітражу в Українській РСР, затвердженим постановою Ради Міністрів УРСР від 5 жовтня 1988 р. № 519¹.

Роль держарбітражів союзних республік у прийнятті нормативних актів у галузі господарської діяльності була підвищена у зв'язку з прийняттям Закону СРСР від 9 квітня 1990 р. «Про основи економічних відносин Союзу РСР, союзних і автономних республік»², яким розширювалася самостійна законотворчість союзної республіки в галузі регулювання господарської діяльності на території республіки (статті 1, 2 Закону). Стаття 114 Конституції (Основного закону) СРСР³, відтворена в ст. 8 Закону СРСР від 17 травня 1991 р. «Про Вищий арбітражний Суд СРСР»⁴, визнавала за Головним державним арбітром СРСР право законодавчої ініціативи на З'їзді народних депутатів і у Верховній Раді СРСР. Це свідчило, серед іншого, і про дію зворотного зв'язку між законодавством та арбітражною практикою, оскільки саме в процесі застосування арбітражними судами норм права виявлялися недоліки у регулюванні господарської діяльності. В цілому істотність впливу судової практики на правове регулювання договірних відносин, пов'язувалася із

¹ ЗПУ УРСР. — 16 вересня, 5 жовтня 1988 р. — № 10. — Ст. 43.

² Ведомости съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР. — 1990. — № 16. — Ст. 270.

³ Конституція (Основний Закон) Союзу Радянських Соціалістичних Республік: Із змінами і доп., внесеними Законом СРСР від 1 грудня 1988 р. — К.: Політвидав України, 1988.

⁴ Відомості З'їзду народних депутатів СРСР і Верховної Ради СРСР. — 5 червня 1991 р. — № 23. — Ст. 651.

застосуванням аналогії закону та аналогії права і вказувалося на те, що вплив судової практики на законодавство може бути безпосереднім та побічним¹.

Застосування судом аналогії права здатне впливати на процеси правотворення. Вітчизняній правовій системі відомі випадки безпосереднього впливу судової практики на законодавство. Зокрема, в статтях 16, 17 Основ цивільного законодавства Союзу РСР та союзних республік 1961 р. та відповідно статті 80, 83 ЦК УРСР були закріплені напрацьовані судовою практикою правила стосовно наслідків пропуску позовної давності та непоширення позовної давності на вимоги державних організацій про повернення державного майна від незаконних володільців². Цивільно-правова ідея про існування в цивільному праві особливого виду зобов'язань, що виникають із діяльності по запобіганню шкоди, не тільки була висунута і сформульована судовою практикою³, підтримана наукою, але й знайшла законодавче

¹ Виходячи із змісту радянського законодавства безпосередній вплив розумівся як обов'язковість керівних роз'яснень Пленуму Верховного Суду СРСР з питань застосування права для суду, який вирішує конкретну справу. Побічний вплив розумівся як сприйняття положень, сформульованих в окремих судових актах, іншими судами, що розглядали аналогічні справи, виключно в силу переконливості аргументації прийнятого рішення з позицій чинного законодавства (*Ярошенко К. Б.* Судебная практика и гражданское право // Судебная практика в советской правовой системе. — М.: Юрид. лит., 1975. — С. 121—122).

² *Туманов В. А.* Роль судебной практики в развитии советского права // СССР — Франция: социологический и международно-правовой аспекты сравнительного правоведения. — М.: ИГПАН АН СССР, 1987. — С. 39.

³ Хрестоматійним прикладом є ухвала судової колегії у цивільних справах Верховного Суду СРСР у справі за позовом Ф. І. Марценюка до Управління залізниці ім. Держинського про відшкодування особистої та майнової шкоди, яка була отримана позивачем внаслідок того, що під час руху поїзду залізницею він добровільно взяв участь у гасінні пожежі на рухомому складі. Оскільки норми для вирішення такого випадку не було, Верховний Суд зазначив, що «відмова в позові за формальною ознакою не є правильною, оскільки позивач діяв не в особистих інтересах, а в інтересах охорони державної соціалістичної власності, обов'язок зберігати і укріплювати яку визначений статтею 131 Конституції СРСР» (1937 р. — О. Б.). Зміст ухвали подається за: *Гражданский процесс: Учебник / Под общ. ред. С. Н. Абрамова.* — М.: Юрид. изд-во Министерства юстиции СССР, 1948. — С. 302.

втілення в Основах цивільного законодавства Союзу РСР та союзних республік 1961 р. та цивільних кодексах союзних республік¹ (див. главу 41 ЦК УРСР «Зобов'язання, що виникають внаслідок рятування соціалістичного майна» — О. Б.).

Трансформація органів державного арбітражу в систему судових органів, яка відбувалася в контексті поступового втілення в життя ідеї поділу влади, означала неможливість подальшого існування нормотворчої функції Вищого арбітражного суду СРСР (а пізніше — Вищого арбітражного суду України). Законом СРСР від 17 травня 1991 р. «Про Вищий арбітражний суд СРСР», який вводився в дію з 1 липня 1991 р.², були визначені завдання цього органу: забезпечення захисту прав та охоронюваних законом інтересів організацій шляхом здійснення правосуддя, сприяння правовими засобами додержанню законодавства в економічних відносинах, забезпечення однакового і правильного застосування законодавства при вирішенні господарських спорів (ст. 3). Законодавець звільнив арбітражний суд як юрисдикційний орган від функцій, пов'язаних з управлінням економікою, залишивши за ним такі повноваження, як узагальнення практики застосування законодавства та розробка пропозицій щодо вдосконалення законодавства (відповідно статті 23 та 24 Закону). Слід зазначити, що на відміну від оцінки діяльності державного арбітражу і як правозастосовчої, і як правотворчої³, в літературі не було єдиного погляду на природу інструктивних вказівок Державного арбітражу СРСР та державних арбітражів союзних республік, які виконували важливу роль у забезпеченні правильного застосування норм матеріального та процесуального права. Найчастіше інструктивні вказівки визнавалися офіційним нормативним тлумаченням, яке має обов'язкове значення⁴.

¹ Красавчиков О. А. Советская наука гражданского права (понятие, предмет, состав и система) — С. 205—208.

² Відомості З'їзду народних депутатів СРСР і Верховної Ради СРСР. — 5 червня 1991 р. — № 23. — Ст. 651.

³ Побирченко И. Г. Советский арбитражный процесс. — С. 109; Арбитраж в механизме социалистического хозяйствования стран—членов СЭВ. — М.: Наука, 1988. — С. 132—133.

⁴ Арбитраж в механизме социалистического хозяйствования стран—членов СЭВ. — М.: Наука, 1988. — С. 146; Арбитраж в СССР: Учеб. пособие / Под ред. К. С. Юдельсона. — М.: Юрид. лит., 1984. — С. 24; Арбитраж в СССР: Учеб. пособие / Под ред. М. С. Шакарян. — М., 1981. — С. 35.

Перетворення системи держарбітражів УРСР в арбітражні суди України відбулося на підставі Закону України від 4 червня 1991 р. «Про арбітражний суд»¹. Тривалий час відповідно до п. 2 ст. 12 зазначеного Закону роз'яснення Вищого арбітражного суду з питань практики застосування законодавства України, яке регулює відносини в господарській сфері та порядок вирішення господарських спорів, визначалися як обов'язкові для суддів і учасників господарських правовідносин, що застосовують законодавство, з якого дано таке роз'яснення, і лише із проведенням в 2001 р. «малої» судової реформи така обов'язковість була скасована².

Стаття 93 Конституції України не визнає права законодавчої ініціативи за вищими судовими інстанціями. І хоча п. 5 ч. 2 ст. 44 Закону України «Про судоустрій України» передбачено, що Президія Вищого господарського суду вносить в установленому порядку пропозиції щодо необхідності змін чинного законодавства, проте реалізація цього повноваження є наразі суто гіпотетичною, оскільки порядок його реалізації законодавчо не визначений. Законом «Про судоустрій України» навіть не передбачено аналогічного повноваження Пленуму Верховного Суду України, який відповідно до п. 7 ч. 2 ст. 55 Закону лише приймає рішення про звернення до Конституційного Суду України з питань конституційності законів та інших правових актів, а також щодо офіційного тлумачення Конституції України та законів. У зв'язку з цим ми підтримуємо позицію А. Й. Осетинського щодо необхідності нормативного закріплення повноваження вищих спеціалізованих судів щодо внесення пропозицій на адресу суб'єктів законодавчої ініціативи стосовно необхідності вдосконалення чинного законодавства³.

Чинним Законом України «Про судоустрій України»⁴ передбачено право вищого спеціалізованого суду давати спеціалізованим судам нижчого рівня рекомендаційні роз'яснення з питань застосування законодавства щодо вирішен-

¹ ВВР. — 1991. — № 36. — Ст. 469.

² Закон України від 21 червня 2001 р. «Про внесення змін до Закону України «Про арбітражний суд» // ВВР. — 2001. — № 40. — Ст. 194.

³ Осетинський А. Й. Організація та функціональні засади діяльності касаційної інстанції (на прикладі судової палати Вищого господарського суду): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2005. — С. 5.

⁴ ВВР. — 2002. — № 27—28. — Ст. 180.

ня справ відповідної судової юрисдикції (п. 3 ч. 1 ст. 39 Закону). Відповідно до п. 2 ч. 2 ст. 47 Закону «Про судоустрій України» Верховний Суд має право давати судам роз'яснення з питань застосування законодавства на основі узагальнення судової практики та аналізу судової статистики, а також у разі необхідності визнавати нечинними роз'яснення вищого спеціалізованого суду, які приймаються відповідно до п. 1 ч. 2 ст. 44 цього Закону¹. Отже, в сучасних умовах судова система України в цілому не може справляти безпосередній вплив (зворотний зв'язок) на удосконалення законодавства в цілому, в тому числі і господарського.

Завершуючи короткий екскурс в історію питання, зазначимо, що на відміну від питання про поняття судової практики та невизнання за нею статусу джерела права (як домінуючої позиції), в радянському правознавстві беззаперечно визнавалося важливе значення судової практики як фактора укріплення соціалістичної законності². Слід сказати, що свого часу результати узагальнення юридичної, в тому числі арбітражної та судової практики, високо оцінювалися в юридичній літературі³.

¹ Слід звернути увагу на те, що статтями 38—15 та 40 Закону УРСР від 5 червня 1981 р. «Про судоустрій» із наступними змінами та доповненнями (ВВР. — 1981. — № 24. — Ст. 357), який втратив чинність 2002 р., було передбачено право Верховного Суду України та вищого спеціалізованого суду давати відповідні роз'яснення, але воно не супроводжувалося вказівкою на їх обов'язковість. Проте ст. 12 Закону України від 4 червня 1991 р. «Про арбітражний суд» (ВВР УРСР. — 1991. — № 36. — Ст. 469) в редакції, що діяла до внесення змін Законом України від 21 червня 2001 р., передбачалося, що роз'яснення Вищого арбітражного суду є обов'язковим для суддів і учасників господарських правовідносин, що застосовують законодавство, з якого дано таке роз'яснення. Очевидно, що така норма в законодавстві про арбітражні суди була даниною традиції радянського законодавства, яким Державному арбітражу при Раді Міністрів СРСР було надано право видавати нормативні акти в межах своєї компетенції.

² Див., наприклад, передмову проф. С. М. Братуся до колективної монографії — Судебная практика в советской правовой системе. — М.: Юрид. лит., 1975. — С. 3—6).

³ Так, О. О. Красавчиков визнавав за постановами Пленуму Верховного Суду СРСР, Державного арбітражу при Раді Міністрів СРСР у багатьох відношеннях статус *наукового* документа (курсив О. О. Красавчикова), оскільки в цих документах містяться теоретичні судження не лише про те, як, але й чому саме так слід застосовувати відповідні норми права (Красавчиков О. А. Советская наука гражданского права (понятие, предмет, состав и система) // Красавчиков О. А. Категории науки гражданского права: Избр. тр.: В 2 т. Т. 1. — М.: Статут, 2005. — С. 205).

Погоджуючись з тим, що однаковість судової практики є важливим чинником підтримання правопорядку, водночас зауважимо, що однакове застосування судами законів не в меншому ступені має забезпечувати реалізацію принципу *правової рівності* як вияву справедливості.

В юридичній літературі склалися різні підходи до розуміння судової практики: як єдності такого виду судової діяльності по застосуванню правових норм, що пов'язаний із розробкою правоположень на основі розкриття смислу та змісту норм, а у необхідних випадках — їх конкретизації та деталізації, та власне специфічного результату, підсумку цієї діяльності¹; як усїєї предметно-практичної діяльності судових органів по вирішенню справ незалежно від того, чи об'єктивуються її результати у формі правоположень або просто у вигляді рішень по конкретних справах²; як напрацьованих у ході судової діяльності «правових положень», визначень-дефініцій, правил, вказівок, що мають певну ступінь узагальненості, загальноновизнаності та (принаймні деякі з них) обов'язковості³.

В українському правознавстві, останні роки пожвавилася дискусія щодо можливості визнання якщо і не судового прецеденту як джерела права, то принаймні, прецедентного характеру судової практики. Проте в чинному законодавстві Україні такі зрушення у поглядах на судову практику як джерело права поки що не знайшли закріплення. Натомість в ньому простежуються дві суперечливі тенденції: з одного боку, невизнання за узагальненнями судової практики вищими судовими інстанціями (ВСУ та ВГСУ) обов'язкового характеру, з іншого — різне застосування ВГСУ одного й того ж положення закону чи іншого нормативного правового акта у аналогічних справах як підстава для оскарження до ВСУ постанов ВГСУ.

¹ Див., зокрема: *Братусь С. Н., Венгеров А. Б.* Понятие, содержание и формы судебной практики // Судебная практика в советской правовой системе. — М.: Юрид. лит., 1975. — С. 16—17.

² Див., зокрема: *Сырых В. М.* Метод правовой науки: (Основные элементы, структура). — М.: Юрид. лит., 1980. — С. 40.

³ Див., зокрема: *Туманов В. А.* Роль судебной практики в развитии советского права // СССР — Франция: социологический и международно-правовой аспекты сравнительного правоведения. — М.: ИГПАН АН СССР, 1987. — С. 36.

Разом з тим об'єктивне існування судової практики¹ як параметра порядку у господарських договірних відносинах певною мірою звільняє дослідника від пошуку єдино можливої та прийнятної дефініції «судова практика». Так чи інакше, конкретизація загальної норми в процесі її застосування до конкретного правовідношення вносить в зміст норм дещо нове додатково до вираженого в законі, зокрема, як це має місце в результаті тлумачення оціночних понять, використаних в законі². Вірним є і те, що в судовій практиці закладено діалектичне протиріччя між загальним та конкретним, оскільки акт правосуддя «переводить» абстрактну правову норму в площину конкретної, тобто унікальної, одиничної життєвої ситуації³. Як відомо, одним з найбільш поширених аргументів «проти» визнання за судовою практикою статусу джерела права є те, що судові рішення стосується сторін спору і вичерпується його виконанням. Але, з іншого боку, судові рішення може стати фактичним підґрунтям для винесення рішень по інших справах, тотожних за предметом та правовими підставами позову.

На наш погляд, у питанні про судову практику як джерело права слід відійти від схоластичного спору щодо назви тих судових актів, що справляють регулятивний вплив в цілому на договірні відносини, і стати на прагматичну позицію, виходячи, насамперед, з того, що на сьогодні де-факто суди нижчих інстанцій так чи інакше формують свою правову позицію при вирішенні господарських спорів та винесенні рішень по конкретних справах із врахуванням правоположень вищих судових інстанцій.

Для цілей нашого дослідження уявляється доцільним розрізнення судової практики як діяльності, що організа-

¹ Для цілей цього дослідження надалі ми будемо під судовою практикою розуміти, насамперед, практику господарських судів України.

² Теорія права и государства: Учебник / Под ред. проф. В. В. Лазарева. — С. 292.

³ Звідси і складність визначення поняття «аналогічна справа», яке живається у ст. 111-15 ГПК України, хоча саме воно слугує критерієм для виявлення різного застосування Вищим господарським судом України одного і того ж положення закону як підстави для оскарження до Верховного Суду України постанов ВГСУ.

ційно впливає на господарські договірні відносини, виступаючи при цьому проміжною ланкою між законодавством та договором, та *результату цієї діяльності (досвіду)*, який і слугує джерелом господарського договірного права¹.

У діяльнісному аспекті пропонується розглядати судову практику як поняття, що позначає: 1) всю діяльність судів, в тому числі господарських, по відправленню правосуддя, тобто вирішенню спору по суті, перегляду судових рішень в апеляційному та касаційному порядку; 2) діяльність Конституційного Суду України як органу конституційної юрисдикції.

З точки зору *формалізації результатів* розгляду справи за ієрархію актів судових органів, що відображає «глибину індивідуалізації» судового регулювання, можна виділити:

— акти правотворчості у вигляді рішень Конституційного Суду України з визнання неконституційними нормативно-правових актів та рішення інтерпретаційного характеру (квазіпрецеденти)²;

— *узагальнюючу* судову практику, тобто акти Верховного Суду України та Вищого господарського суду України, спрямовані на забезпечення однаковості застосування судами норм законодавства;

— *казуальну* практику, тобто акти (рішення та постанови), що ухвалюються господарськими судами при вирішенні господарських спорів по суті (первісна практика) або

¹ Юридичний досвід, який формується в процесі виділення в юридичних діях, прийнятих рішеннях, соціально-правових результатах найбільш доцільного, загального та корисного, що має значення для правового регулювання суспільних відносин та подальшого удосконалення юридичної практики, посідає центральне місце в змісті судової практики. Такий досвід як складова соціально-правового досвіду визначається через термін «правоположення», тобто достатньо усталені, напрацьовані протягом тривалого часу приписи загального характеру, які акумулюють соціально-ціннісні та стабільні фрагменти певної діяльності (Общая теория государства и права: Академический курс в 2 т. / Под ред. проф. М. Н. Марченко. — Т. 2. Теория права. — С. 348).

² Малишев Б. В. Судовий прецедент у правовій системі Англії (теоретико-правовий аспект): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2002. — С. 5.

при апеляційному та касаційному перегляді¹ судових рішень².

У зв'язку із запропонованим поділом судових актів, який є робочим для мети нашої роботи, слід звернути увагу на наступне. Правова дійсність є такою, що *поряд із правоположеннями* вищих судових інстанцій (узагальненнями судової практики рекомендаційного характеру) *джерелом sui generis* виділяється такий досвід, який фактично має імперативний характер і, існуючи в латентному вигляді, скерує суд першої інстанції з метою правильного застосування матеріального та процесуального права. Такий висновок підкріплюється і положеннями чинного законодавства. Відповідно до статей 111-12 та 111-21 ГПК Верховний Суд України та Вищий господарський суд, скасовуючи відповідні судові акти (об'єкти касаційного перегляду) та передаючи справу на новий розгляд до суду першої інстанції, повинні у постанові дати вказівки, які є *обов'язковими* для суду першої інстанції під час нового розгляду справи. Очевидно, такі обов'язкові вказівки і слід визначати як юридичний (соціально-правовий) досвід як елемент змісту юридичної, в тому числі судової, практики. Причому цей досвід напрацьовується не лише при здійсненні ВГСУ касаційної функції, але й виступає результатом реалізації ВГСУ *організаційних функцій*, передбачених Законом України «Про судоустрій України».

Властивості судової практики та її значення як для нормативно-правового рівня регулювання, так і саморегуляції господарських договірних відносин виявляються через інтеграційні властивості правової системи країни. Тому су-

¹ У літературі досвід застосування законодавства, виражений в рішеннях вищих судових інстанцій по конкретних справах, в яких подається зразок однозначного тлумачення і застосування права, якому повинні наслідувати інші суди було запропоновано визначати як прецедентну практику. При цьому спеціально підкреслюється, що прецедентну практику слід відрізнити від судового прецеденту (*Лебедев В. М.* Судебная власть в современной России: проблемы становления и развития. — СПб.: Санкт-Петербургский гос. ун-т, юрид. фак., 2001, Изд-во «Лань», 2001. — С. 187—189).

² Очевидно, що до таких актів не можуть бути віднесені ухвали, що виносяться господарськими судами у випадках, коли господарський спір в порядку позовного провадження не вирішується по суті.

довою практикою в широкому розумінні ми будемо визнавати різновид юридичної практики — діяльності по виданню (тлумаченню, реалізації тощо) юридичних приписів, що взята в єдності з накопиченим соціально-правовим досвідом¹. У вузькому значенні під судовою практикою буде розумітися відповідний *об'єктивований досвід* — *результат правозастосування*, який виступає джерелом господарського договірної права.

Якщо змістити акценти у питанні про судову практику як джерело господарського договірної права від пошуку її дефініцій та характеру (нормативного, піднормативного тощо) в площину практичної діяльності суду та вирішуваних ним завдань, можна стверджувати наступне. Судова практика як джерело права, тобто різновид соціального *досвіду*, що формується в процесі судового регулювання суспільних відносин, виконує завдання підтримання належного деонтичного стану системи права в цілому, і господарського договірної права як нормативної підсистеми зокрема. Судова практика як джерело права заповнює *лакуни*, або, іншими словами, виправляє деонтичну недосконалість нормативної підсистеми. Ця мета досягається за допомогою інтерпретації (тлумачення) судами норм права² та застосування аналогії.

У рішеннях КСУ юридичне значення та регулятивний вплив мають не тільки резолютивна частина, в якій дається відповідь на питання, порушені в клопотанні суб'єктами конституційного звернення, але й мотивувальна частина рішення, в якій відображено той інтелектуальний шлях, яким КСУ

¹ Общая теория государства и права: Академический курс в 2 т. / Под ред. проф. М. Н. Марченко. — Т. 2. Теория права. — С. 344.

² Питання судового тлумачення договорів буде окремо розглянуто в наступному розділі роботи. Питання видів та способів тлумачення закону, які в загальній теорії права в різний час досліджувалися достатньо ґрунтовно, предметом нашого дослідження не охоплюються (Див., зокрема: *Васьковский Е. В.* Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов. — М.: АО «Центр ЮрИнфоР», 2002. — 508 с.; *Черданцев А. Ф.* Толкование права и договора: Учеб. пособие для вузов. — М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2003. — 381 с.; *Його ж.* Толкование советского права: (Теория и практика). — М.: Юрид. лит., 1979. — 168 с.; *Недбайло П. Е.* Применение советских правовых норм. — М.: Госиздат юрид. лит., 1960. — 512 с.; *Власов Ю. Л.* Проблемы тлумачення норм права: Монографія. — К.: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2001. — 180 с.).

дійшов певних висновків, особливо це є важливим для інтерпретаційних рішень КСУ¹. Тому уявляється виправданою практика господарських судів, в тому числі ВГСУ та Судової палати у господарських справах ВСУ, посилення в судових актах, що виносяться по справі, не тільки на відповідний висновок, що міститься в резолютивній частині рішення КСУ, але й наведення його мотивувальної частини².

На цей час де-юре статусом обов'язкових наділені інтерпретаційні акти Конституційного Суду України як єдиного органу конституційної юрисдикції в Україні, який вирішує питання відповідності законів та інших правових актів Конституції України та здійснює офіційне тлумачення Конституції та законів України (статті 147, 150 Конституції України, ст. 13 Закону України «Про Конституційний Суд України»). За дев'ять років своєї діяльності КСУ прийняв біля 70 рішень щодо офіційного тлумачення норм Конституції і законів України, причому питома вага справ щодо конституційності законів, що регулюють правовідносини, спори в яких підвідомчі господарським судам, є досить незначною. Тому основне значення для проблематики нашого дослідження мають інтерпретаційні рішення КСУ, оскільки сформовані в них правові позиції стосовно розуміння окремих понять мають у цілому міжгалузеве, універсальне для практики правозастосування значення³. В сучас-

¹ Крім того, в мотивувальній частині рішення КСУ формулює правові позиції («сентенції») універсального характеру (наприклад, стосовно інтересів держави, правового принципу справедливості тощо).

² Див., наприклад, постанову Судової палати у господарських справах Верховного Суду України від 22 лютого 2005 р. у справі за позовом прокурора Харківської області в інтересах Міністерства палива та енергетики в особі акціонерної компанії «Харківобленерго» // Архів Верховного Суду України. — 2005 р.

³ Як зазначає М. Тесленко, правові позиції КСУ, сформульовані за результатами тлумачення Конституції України та законів України, можуть розглядатися як судові прецеденти, що заповнюють лакуни в законодавстві і формують судову практику застосування чинного законодавства, забезпечуючи її однаковість (Тесленко М. Юридична сила і значення правових позицій Конституційного Суду України // Вісник Конституційного Суду України. — 2003. — № 4. — С. 37—39). З такою позицією можна погодитися, але із застереженням про те, що такий «судовий прецедент» із судовим прецедентом в країнах загального права має мало спільного, скоріше можна говорити про наявний термінологічний збіг.

ний період процес формування «прецедентної» судової практики Конституційного Суду України та вищих судових інстанцій, зокрема судового тлумачення як змістовної основи касаційного перегляду господарських справ, вже стали об'єктом уваги дослідників¹.

Слід звернути увагу на те, що, відповідно до ч. 2 ст. 152 Конституції України визнані неконституційними закони, інші правові акти або їх окремі положення втрачають чинність з дня ухвалення КСУ відповідного рішення, але механізм виконання інтерпретаційних рішень КСУ не встановлюється ані Конституцією України, ані Законом «Про Конституційний Суд України». Це не тільки значно знижує регулятивне значення таких рішень, але й негативно впливає на їх авторитет, оскільки відповідно до ст. 150 Конституції України, ст. 69 Закону «Про Конституційний суд України» рішення КСУ є обов'язковими до виконання на території України, остаточними і не можуть бути оскаржені. Разом з тим невизначеність процедури виконання інтерпретаційних рішень негативно позначається на вирішенні господарськими судами і тих спорів, що виникають із договірних відносин.

Як постановив КСУ в рішенні від 14 грудня 2000 р. № 15-рп/2000 у справі за конституційним поданням Президента України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Постанови Верховної Ради України «Про чинність Закону України «Про Рахункову палату», офіційного тлумачення положень ч. 2 ст. 150 Конституції України, а також ч. 2 ст. 70 Закону України «Про Конституційний Суд України» стосовно порядку виконання рішень Конституційного Суду України (справа про порядок виконання рішень Конституційного Суду України), положен-

¹ Див., зокрема: *Тесленко М.* Юридична сила і значення правових позицій Конституційного Суду України. — С. 36—41; *Осетинський А. Й.* Організація та функціональні засади діяльності касаційної інстанції (на прикладі судової палати Вищого господарського суду): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2005. — 20 с.; *Белянович В. Е.* Про «запровадження» судового прецеденту // Вісник господарського судочинства. — 2002. — № 3. — С. 173—177; *Белянович В. Е.* Прецедентність судової практики: деякі аспекти дослідження проблеми. — Бюлетень Міністерства юстиції. — 2005. — № 11. — С. 73—80.

ня ч. 2 ст. 150 Конституції України щодо виконання рішень КСУ необхідно розуміти так, що закони, інші правові акти або їх окремі положення, визнані за цими рішеннями неконституційними, *не підлягають застосуванню* (курсив наш. — О. Б.) як такі, що відповідно до ч. 2 ст. 152 Конституції України втратили чинність з дня ухвалення КСУ рішення про їх неконституційність.

КСУ також вказав на право Конституційного Суду України у разі необхідності визначити у своєму рішенні, висновку порядок і строки його виконання та покласти обов'язок на відповідні державні органи забезпечити це виконання. При цьому незалежно від того, чи визначено в рішенні, висновку КСУ порядок його виконання, відповідні державні органи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України. До питання про порядок виконання інтерпретаційних рішень КСУ у зазначеній справі не звертався¹. М. Ф. Селівон обгрунтовано звертає увагу на те, що цей пункт резолютивної частини рішення означає, що обов'язком державних органів щодо виконання рішень КСУ є внесення згідно із конституційно встановленою законодавчою процедурою відповідних змін до нормативно-правових актів, що забезпечує належну реалізацію рішень². Разом з тим регулятивне значення рішень КСУ виявляється і в тому, що всі суб'єкти правовідносин та правозастосовчі органи в своїй діяльності мають діяти відповідно до рішень КСУ. Іншими словами, виконання рішень КСУ не може ставитися в безпосередню залежність від внесення змін до чинного законодавства. В протилежному випадку це означало б відсутність самостійності та самодостатності органу конституційної юрисдикції, діяльність якого залежить лише від законослухняності парламенту³.

¹ ОВУ. — 2000. — № 51.

² Селівон М. Конституційний Суд України: дев'ятиріччя діяльності // Вісник Конституційного Суду України. — 2005. — № 4. — С. 15.

³ Так, рішенням КСУ у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень ст. 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) № 15-рп/2004 від 2 листопада 2004 р.) положення ч. 1 ст. 69 Кримінального кодексу України

Відсутність законодавчо визначеного механізму реалізації інтерпретаційних рішень КСУ іноді заповнюється судовою практикою. Прикладом може бути ситуація, яка склалася із реалізацією рішення КСУ у справі за конституційним зверненням ТОВ «Торговий Дім «Кампус Коттон клуб» щодо офіційного тлумачення положення ч. 2 ст. 124 Конституції України (справа про досудове врегулювання спорів) від 9 липня 2002 р. № 15-рп/2002. У мотивувальній частині зазначеного рішення зазначається, що обов'язкове досудове врегулювання спорів, яке виключає можливість прийняття позовної заяви до розгляду і здійснення за нею правосуддя, порушує право особи на судовий захист. Можливість використання суб'єктами правовідносин досудового врегулювання спорів може бути додатковим засобом правового захисту, який держава надає учасникам певних правовідносин, що не суперечить принципу здійснення правосуддя виключно судом, і використання досудових процедур є правом, а не обов'язком особи, яка потребує такого захисту.

Право на судовий захист не позбавляє суб'єктів правовідносин можливості досудового врегулювання спорів. Це може бути передбачено цивільно-правовим договором, коли суб'єкти правовідносин добровільно обирають засіб захисту їх прав. Досудове врегулювання спору може мати місце також за волевиявленням кожного з учасників правовідносин і за відсутності у договорі застереження щодо такого врегулювання спору¹. Листом ВГСУ № 01-8/978 від 30 серпня 2002 р. «Про рішення Конституційного Суду України від 09.07.2002» до відома господарських судів було доведено, що до внесення відповідних змін до Господарського процесуального кодексу України та інших актів законодавства господарським судам слід виходити з того, що правові норми, якими встановлено

було визнано таким, що не відповідає Конституції України (Урядовий кур'єр. — 17 листопада 2004 р. — № 219). Тому не можна погодитися із М. Ф. Селівом в тому, що бездіяльність парламенту, який до цього часу не вніс до Кримінального кодексу України відповідних змін, не може розглядатися як обставина, що унеможливорює призначення особам, які вчинили злочини невеликої тяжкості, більш м'якого покарання, ніж це передбачено законом (Селівон М. Конституційний Суд України: дев'ятиріччя діяльності. — С. 8).

¹ ОВУ. — 2002. — № 28. — Ст. 1333.

порядок досудового врегулювання спорів, а також наслідки недотримання вимог зазначених норм не можуть застосовуватися у вирішенні господарських спорів¹. Слід визнати, що цим листом було певним чином скоординовано практику застосування господарськими судами відповідних процесуальних норм, оскільки зміни до ГПК було внесено майже через три роки після винесення рішення КСУ: Законом України від 23 червня 2005 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо досудового врегулювання спорів»² із ГПК було виключено норми п. 7 ч. 1 ст. 63, п. 2 ч. 1 ст. 65, п. 3 ч. 1 ст. 80, п. 3 ч. 1 ст. 81, якими встановлювалися негативні процесуальні наслідки недотримання встановленого порядку досудового врегулювання спорів.

Однак законодавцем при цьому не було враховано те, що у випадку, коли сторони в договорі передбачили досудовий порядок врегулювання спору, така умова договору повинна виконуватися контрагентами так само, як і будь-яка інша умова. І в такій ситуації повернення позовної заяви або залишення позову без розгляду у випадку, коли позивач не вжив заходів досудового порядку, передбачених договором, не може розглядатися за змістом рішення КСУ як обмеження права особи на звернення до суду за захистом своїх прав та інтересів. З огляду на це вважаємо, що недотримання досудового порядку врегулювання спору, передбаченого договором, повинно бути підставою для повернення позовної заяви без розгляду (ст. 63 ГПК) та залишення позову без розгляду (ст. 81), а в перспективі в новому ГПК — як підстава для залишення позовної заяви без розгляду до відкриття провадження у справі (залишення позовної заяви без руху).

Рішення КСУ про офіційне тлумачення Конституції України та законів України за визначенням не може містити висновків щодо неконституційності окремих законодавчих актів і, аналогічно рішенням про неконституційність законів та інших нормативних актів, не може означати втрату чинності певних нормативних актів із дня проголошення рішення. Тому, на наш погляд, *реалізація інтерпретаційного рішення КСУ полягає в тому, що всі інші особи, в*

¹ Вісник господарського судочинства. — 2002. — № 4.

² ВВР. — 2005. — № 33. — Ст. 427.

тому числі господарські суди, повинні сприйняти інтерпретаційний шлях, який призвів КСУ до певних логічних висновків, як власний і не надавати тим самим нормам відмінного, іншого тлумачення. В цілому своїми правовими позиціями КСУ формує правосвідомість у суспільстві, сприяє розумінню таких важливих правових цінностей, як верховенство права та справедливість¹.

Але наскільки суди є вільними у тлумаченні Конституції України та законодавчих актів на предмет їх конституційності? Як зазначає М. Тесленко, у разі відсутності в Конституції України правового регулювання органи судової влади мають керуватися змістом конституційної норми, який офіційно витлумачив Конституційний Суд України, зважаючи на наявність в рамковій, тобто самодостатній та відкритій, Конституції України резервів для вдосконалення усєї судової практики². Це твердження є цілком вірним на той випадок, коли КСУ здійснив таке тлумачення, але воно не дає відповіді на те, яким чином має діяти суд у ситуації, якщо КСУ не здійснював тлумачення норм Конституції України, а певні відносини ані Конституцією, ані законами України відносини не регулюються?³. Разом з тим,

¹ Селівон М. Конституційний Суд України: дев'ятиріччя діяльності. — С. 16.

² Тесленко М. В. Відносини Конституційного Суду України з Верховним Судом України та вищими спеціалізованими судами // Бюлетень Міністерства юстиції. — 2005. — № 9. — С. 9.

³ У п. 2 постанови Пленуму ВСУ № 9 від 1 листопада 1996 р. «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя» наводиться вичерпний перелік випадків, коли суд безпосередньо застосовує Конституцію: 1) коли зі змісту норм Конституції не випливає необхідність додаткової регламентації її положень законом; 2) коли закон, який був чинним до введення в дію Конституції чи прийнятий після цього, суперечить їй; 3) коли правовідносини, що розглядаються судом, законом України не врегульовано, а нормативно-правовий акт, прийнятий Верховною Радою або Радою міністрів Автономної Республіки Крим, суперечить Конституції України; 4) коли укази Президента України, які внаслідок їх нормативно-правового характеру підлягають застосуванню судами при вирішенні конкретних судових справ, суперечать Конституції України. Але в постанові не називається ситуація, коли відсутнє правове регулювання відносин, в яких виник спір (Постанови Пленуму Верховного Суду України 1972—2002: Офіц. вид. / За заг. ред. В. Т. Маляренка. — К.: Вид-во А.С.К., 2003. — С. 9—14).

як свідчить практика, саме в такій ситуації позивачеві найбільш складно нормативно обґрунтувати факт порушення своїх прав та законних інтересів. Очевидно, що в цьому випадку суди, застосовуючи конституційні норми-принципи за аналогію права, повинні самостійно тлумачити норми Конституції.

В літературі зверталася увага на підпорядкованість загальної юрисдикції конституційній, яка зумовлюється не лише верховенством конституційного права над іншими галузями права. Специфіка юрисдикції КСУ полягає у тому, що предметом його розгляду є правові акти у відірваності від реальної життєвої ситуації (тобто у статичному стані. — О. Б.), в той час як практика судів загальної юрисдикції, в тому числі господарських, впливає із досвіду вирішення безлічі юридичних конфліктів, адже ці суди завжди розглядають спори, що виникають у конкретних правовідносинах між конкретними особами (тобто таких, що перебувають у динамічному стані. — О. Б.)¹.

Немає в літературі і єдності у поглядах на суб'єктів офіційного тлумачення Конституції України. Так, М. Тесленко, посилаючись на ст. 147 Конституції, говорить про виключну прерогативу КСУ щодо такого тлумачення². Як уявляється, буквально тлумачення зазначеної норми не дає підстав для такого категоричного твердження, оскільки і за смислом чинного законодавства, і з позицій логіки правозастосування неможливе без інтелектуального процесу усвідомлення (інтерпретації) суддею змісту нормативно-правових актів, в тому числі їх законності. Тому, як уявляється, має сенс позиція В. І. Борденюка стосовно того, що функція *офіційного* тлумачення Конституції та законів України не є і не повин-

¹ *Куйбіда Р. О.* Спеціалізація, територіальність та інстанційність в організації системи судів України // Бюлетень Міністерства юстиції. — 2005. — № 9. — С. 83.

² Крім того, як уявляється в судженнях авторки є певні внутрішні суперечності, оскільки в цій же статті вона зазначає, що суди загальної юрисдикції можуть відповідно до ст. 144 Конституції визнати такими, що не відповідають Конституції чи законам України, рішення органів місцевого самоврядування, а згідно із ст. 124 Конституції — акти органів державної виконавчої влади. (*Тесленко М. В.* Відносини Конституційного Суду України з Верховним Судом України та вищими спеціалізованими судами. — С. 7, 9).

на бути прерогативою органу конституційної юрисдикції, оскільки в широкому розумінні офіційне тлумачення фактично здійснюють всі органи державної влади. Наслідком такого офіційного казуального тлумачення є видання (прийняття) цими органами офіційних правових актів, які тягнуть певні юридичні наслідки, є обов'язковими до виконання та забезпечуються державним примусом¹.

У постанові Верховного Суду України від 19 листопада 2002 р. за позовом СП «МН ЕКСІМ» до ТОВ «Сантанна» за участі третіх осіб: МО України та МПП «Антар», про внесення змін до договору про реінвестування будівництва зазначалося, що визнання господарськими судами з власної ініціативи договорів недійсними і такими, що втратили чинність, поза межами заявлених позивачем вимог суду суперечить конституційному принципу диспозитивності сторін судового процесу. У зв'язку з цим норма п. 1 ч. 1 ст. 83 Господарського процесуального кодексу України (про право господарського суду визнавати недійсним повністю чи у певній частині пов'язаний з предметом спору договір, який суперечить законодавству) на підставі ст. 8 Конституції України не повинна застосовуватися².

Таким чином, деонтична недосконалість системи права, про яку ми говорили вище, зумовлює необхідність офіційного тлумачення законів та інших нормативно-правових актів судом як при здійсненні ними судочинства (тлумачення виступає тут первісним етапом інтелектуального процесу застосування загальної норми до конкретних правовідносин), так і при узагальненні практики застосування законодавства.

Підсумовуючи викладені особливості інтерпретаційної практики КСУ як джерела права, необхідно звернути увагу також на те, що правотлумачення, здійснюване КСУ, не може йти врозріз із положеннями чинних міжнародних договорів і конвенцій (зокрема, Європейської конвенції з прав людини), які стали частиною національного законодавства України. При цьому виникає необхідність у залученні

¹ Борденюк В. І. Судова влада як складова механізму держави та державного управління // Вісник господарського судочинства. — 2005. — № 2. — С. 160.

² Юридическая практика. — 2004. — № 1—2.

рішень Європейського суду з прав людини¹, які є джерелом *acquis communautaire*. Опосередковуючись актами правотлумачення КСУ, практика Європейського суду з прав людини здатна впливати на здійснення судочинства господарськими судами України. Принагідно зазначимо, що на цей час визнання практики Європейського суду джерелом права знайшло юридичне закріплення в ст. 8 КАС, якою передбачено, що адміністративні суди при вирішенні справ застосовують принцип верховенства права з урахуванням судової практики Європейського суду з прав людини. Проте ані ЦПК, ані проект нового ГПК не передбачають такого правила.

У загальній теорії права радянського періоду постанови пленумів Верховних судів СРСР та союзних республік оцінювалися як нормативні акти, змістом яких є інтерпретаційні норми, що вказують на певне розуміння законів. Це положення *intra legem* (всередині закону), але не *extra legem* (поза законом)². Статус роз'яснень вищих судових інстанцій дискутується в сучасній літературі в масштабі пострадянського простору, при цьому висловлюються полярні погляди. Зокрема, вказується на те, що незалежність суду, в тому числі і від обов'язкових роз'яснень вищої судової інстанції, яка є головною цінністю та основою істинного правосуддя, передбачає рекомендаційний характер роз'яснень, які із врахуванням високого авторитету цього органу, кваліфікованості та наукової обґрунтованості його рекомендацій може слугувати орієнтиром для правильного та однакового застосування законів³. За оцінкою В. І. Борденюка, роз'яснення пленумів відповідних судів фактично мають характер нормативного тлумачення норм законодавства, а тому

¹ Рабінович П. М., Раданович Н. М. Європейська конвенція з прав людини: проблеми національної імплементації (загальнотеоретичні аспекти). — Львів: Астрон, 2002. — С. 136—137. — (Серія І. Дослідження та реферати; Вип. 4).

² Черданцев А. Ф. Толкование советского права: (Теория и практика). — М.: Юрид. лит., 1979. — С. 157.

³ Рарог И. А. Правовое значение разъяснений Пленума Верховного Суда РФ // Государство и право. — 2001. — № 2. — С. 57. Ми вважаємо коректним навести погляд російського вченого, зважаючи на схожість судових систем України та РФ та однаковість тих проблем судової практики, що підіймаються в правовій науці.

фактично є обов'язковими при розгляді конкретних справ, що є порушенням принципу підкорення судів лише закону¹. Можливо, в такій інтерпретації актів судового тлумачення змішується нормативне та офіційне тлумачення, адже судові тлумачення, що здійснюються при вирішенні спорів, є офіційним за визначенням (зважаючи на сутність судової влади як гілки державної влади), але за змістом чинного законодавства лише рішення органу конституційної юрисдикції мають нормативний, тобто загальнообов'язковий, характер. Проте, якими б різними не були оцінки фахівців, судова практика демонструє зазначену «фактичну обов'язковість».

Достатньо чітко сформулював своє ставлення до власних постанов (правоположень) Пленум Верховного Суду. Насамперед, слід згадати постанову Пленуму ВСУ від 1 листопада 1996 р. № 9 «Про застосування Конституції України при здійсненні судочинства», в якому звертається увага судів на те, що роз'яснення Пленуму ВСУ щодо застосування чинного законодавства, дані до введення в дію Конституцію України, можуть *застосовуватися* при розгляді справ *у частині, що не суперечить* Конституції (п. 24) (курсив наш. — О. Б.)². Крім того, як зазначається в абзаці 4 пункту 6 постанови від 29 грудня 1976 р. № 11 «Про судові рішення»³, мотивувальна частина кожного рішення повинна містити, крім посилання на норми Конституції України, закон, нормативно-правові акти матеріального права, норми процесуального права, а в необхідних випадках — також на відповідні *постанови Пленуму Верховного Суду України* з питання застосування законодавства при вирішенні цивільних справ. На дотримання цієї вказівки орієнтується в своїй діяльності і Судова колегія у господарських справах Верховного Суду України.

Як свідчить аналіз постанов Судової палати у господарських справах Верховного Суду України, в деяких випадках

¹ Борденюк В. І. Судова влада як складова механізму держави та державного управління // Вісник господарського судочинства. — 2005. — № 2. — С. 155.

² Постанови Пленуму Верховного Суду України 1972—2002. — С. 14.

³ Постанови Пленуму Верховного Суду України 1972—2002. — С. 255—259.

ВСУ в мотивувальній частині постанов¹ звертає увагу на те, що ВГСУ при прийнятті оскаржуваного акту *не були враховані роз'яснення*, викладені в постановах Пленуму Верховного Суду України (зокрема, в постановах від 28 квітня 1978 р. № 3 «Про судову практику в справах про визнання угод недійсними»² та від 29 грудня 1976 р. № 11 «Про судові рішення»). Показово, що роз'яснення, необхідність врахування яких наголошується ВСУ, містять в собі саме тлумачення норм права, які в законодавстві викладені в загальному вигляді і не конкретизовані. Зокрема, це стосується тлумачення в п. 1 постанови Пленуму ВСУ від 29 грудня 1976 р. № 11 законності рішення («рішення є законним тоді, коли суд, виконавши всі вимоги цивільного процесуального законодавства і всебічно перевіrivши обставини, вирішив справу у відповідності з нормами матеріального права, що підлягають застосуванню до даних правовідносин, а при їх відсутності — на підставі закону, що регулює подібні відносини, або виходячи із загальних засад і змісту законодавства України») та обґрунтованості рішення («обґрунтованим визнається рішення, в якому повно відображені обставини, які мають значення для даної справи, висновки суду про встановлені обставини і правові наслідки є вичерпними, відповідають дійсності і підтверджуються достовірними доказами, дослідженими в судовому засіданні).

Так, у постанові від 25 січня 2005 р. у справі за позовом ТОВ «Північно-західна промислова компанія» до державного підприємства «Укренергокомплект» та ВАТ «Західенерго» про повернення майна ВСУ звернув увагу на те, що судами першої та апеляційної інстанцій не було надано юридичної оцінки всім договорам, котрі були укладені з метою проведення розрахунків за поставлене майно, та не дослі-

¹ Див., зокрема: постанову Судової палати у господарських справах ВСУ від 25 березня 2002 р. у справі за позовом державного підприємства Український центр по обслуговуванню пасажирів на залізничному транспорті України до ТОВ «Декон» (Постанови Верховного Суду України та Вищого господарського суду України у господарських справах. — 2003. — Вип. 2. — С. 101—103).

² Постанови Пленуму Верховного Суду України 1972—2002. — С. 74—80.

джено порядок проведення розрахунків з акціонерним товариством «Ленінградський металічний завод» як поставальником продукції¹. Іншим прикладом можуть бути посилення ВСУ на пункт 2 постанови Пленуму ВСУ від 28 квітня 1978 р. № 3 («при задоволенні позову суд в одному рішенні постановляє про визнання угоди недійсною і про застосування передбачених законом наслідків»). Тобто можна стверджувати, що найвищий судовий орган сам сприймає постанови Пленумів як джерело права, що має обов'язково застосовуватися господарськими судами при розгляді справ та перегляді судових актів.

Слід зробити застереження стосовно того, що досить часто в постановах Пленуму ВСУ та правових позиціях Судової палати у господарських справах ВСУ містяться нагадування, а по суті — цитування змісту законодавчого акта. Це свідчить про те, джерелом права можна визнавати не всі акти вищих судових інстанцій, а лише ті, які спрямовуються на заповнення лакун у нормативній системі.

У цілому найбільш наближеною до реалій існування правової системи уявляється позиція тих авторів, які зазначають, що судова практика не повинна протиставляється законам як первинному джерелу, є джерелом вторинного, допоміжного характеру, завданням якого є не заміна вже існуючих джерел, а уточнення, розвиток, пристосування їх до нових суспільних умов². Крім того, судова практика, зокрема ВГСУ, повинна запобігати неоднозначному застосуванню положень нормативних актів при розгляді аналогічних справ, і, вимушено заповнюючи прогалини, чітко вказувати орієнтир для судів системи³.

Про складність проблеми забезпечення однаковості судової практики свідчить наступна статистика. У 2004 р. кількість змінених та скасованих ВГСУ рішень місцевих

¹ Юридичний вісник України. — 2005. — № 19—20.

² Осетинський А. Реформування системи судів господарської юрисдикції в аспекті реалізації конституційного статусу касаційної інстанції // Право України. — 2005. — № 6. — С. 6.; Топорнин Б. Н. Система источников права: тенденции развития // Судебная практика как источник права. — М.: Юристъ, 2000. — С. 44.

³ Осетинський А. Знач. праця. — С. 6.

господарських судів, що набрали законної сили, становить 56,2% розглянутих касаційних скарг на такі судові акти, частка змінених та скасованих судових актів господарських судів апеляційної інстанції — 41,4% кількості розглянутих касаційних скарг. У 2004 р. Верховним Судом України переглянуто в порядку повторної касації 536 справ (у 2003 р. — 406). За результатами їх перегляду змінено та скасовано 463 (у тому числі — 270) постанов ВГСУ проти 376 (у тому числі 203 постанов) у 2003 р., що становить 1,8% загальної кількості за наслідками розгляду касаційних скарг¹.

Але для того, щоб не тільки на рівні доктрини, а, можливо, в перспективі — законодавчо визнавати за судовою практикою статус джерела права, в суспільній свідомості, в тому числі професійній, судові акти повинні бути наділені високим авторитетом. Це залежатиме як від справедливості судових актів та їх законності, так і дотримання судами процесуальних норм розгляду спорів. Джерелом права не може визнаватися судовий акт, постановлений із порушенням законодавства. В цілому такі порушення вищими судовими інстанціями не просто знижують авторитет судової влади, але й негативно впливають на суспільну думку щодо цінності судової практики як джерела права. Зокрема, це стосується позиції Судової колегії у господарських справах ВСУ, яка неодноразово викладалася в постановах, прийнятих за результатами перегляду актів ВГСУ. Йдеться про вихід ВСУ за межі своїх повноважень, встановлених ст. 111-18 ГПК. ВСУ, обґрунтовуючи необхідність задоволення касаційної скарги і *залишення в силі рішення* місцевого господарського суду, що не передбачено процесуальним законом, не вважає ст. 111-18 ГПК правовою перешкодою на такому шляху². Парадоксаль-

¹ Постанова спільного засідання Пленуму Вищого господарського суду України та Ради суддів господарських судів України від 25 лютого 2005 р. «Про підсумки роботи господарських судів України у 2004 році та завдання з підвищення ефективності господарського судочинства» // Вісник господарського судочинства. — 2005. — № 2. — С. 14.

² Див., зокрема: Постанова Судової палати у господарських справах Верховного Суду України від 8 квітня 2002 р. у справі за позовом ВАТ «Пришибський комбінат хлібопродуктів» до АТ «Наш банк» про визнання неукладеними кредитних договорів // Постанови Верховного Суду України та Вищого господарського суду України з господарських справ. — Вип. 2. — 2003. — С. 47—49.

но, але на виправдання незаконності процесуальних дій ВСУ посилається на ст. 125 Конституції України та статті 2, 39 Закону України «Про судоустрій» як такі, що визначають його завдання забезпечити законність у здійсненні правосуддя.

Підсумовуючи викладене, слід сказати, що усі види судової практики як джерела господарського договірного права перебувають у ієрархічному зв'язку. Так само, як рішення КСУ через свою загальнообов'язковість мають задавати напрям і «тональність» правозастосування всіх судів України, спрямовувати узагальнюючу практику вищих судових інстанції та казуальне право, так і узагальнююча практика ВСУ та ВГСУ має складати основу казуального права, яке формується при розгляді конкретних спорів і не може конфліктувати із законом як нормативно-правовим джерелом регулювання господарських договірних відносин. Очевидно, що значною мірою це залежатиме від обґрунтованості самої узагальнюючої практики, від коректності інтерпретації вищими судовими інстанціями норм права, особливо норм-принципів (наприклад, принципу свободи підприємницької діяльності у договірних відносинах приватизації державного майна).

Так, в одній із публікацій, в якій аналізувалися питання укладення договору купівлі-продажу об'єкта приватизації у випадку ухилення однієї із сторін, було висловлено небезспірну думку про те, що спонукати до укладення договору в судовому порядку можна лише продавця (державний орган приватизації). Але у випадку пред'явлення такого позову до покупця суд повинен відмовити у задоволенні позовної вимоги «з мотивів недопустимості ущемлення майнових прав та інтересів покупця, порушення свободи підприємницької діяльності, гарантованої законами України та принципами міжнародного права»¹. Через деякий час Вищий арбітражний суд в листі від 25 квітня 2001 р. № 01/-8/500 «Про деякі питання практики застосування у вирішенні спорів законодавства про приватизацію державного майна» «санкціонував» цю думку, зазначивши, що арбітражний суд

¹ Овечкін В. Е. Деякі проблемні питання застосування чинного законодавства при розгляді спорів за участю сторін за договором купівлі-продажу державного та комунального майна // Вісник Вищого арбітражного суду України — 1999. — № 3. — С. 112.

вправі спонукати укласти названий договір лише продавця за умови, що рішення про приватизацію об'єкта не суперечить закону (абзац 1, 2 п. 19)¹.

Переходячи від питань інтерпретації законодавчих актів до заповнення судовою практикою як джерелом права лакун у господарському договірному праві, слід звернути увагу на наступне. Відповідно до ч. 6 ст. 14 Закону України «Про судоустрій України» суддям забезпечується свобода неупередженого вирішення судових справ відповідно до їх *внутрішнього переконання, що ґрунтується на вимогах закону*. В пункті 2 постанови Пленуму ВСУ від 12 квітня 1996 р. № 4 «Про застосування законодавства, що забезпечує незалежність суддів» зазначається, що суддя при здійсненні правосуддя та прийнятті рішення у судовій справі повинен керуватися лише законом, виходити із *власного його розуміння та переконання*, які ґрунтуються на всебічному, повному й об'єктивному дослідженні всіх обставин справи, бути не залежним від правової позиції прокурорів, захисників, інших учасників судового процесу, так і від представників влади, юридичних чи фізичних осіб².

Іншими словами, чинне законодавство не надає судді право діяти на підставі внутрішніх уявлень про справедливість, добро, ігноруючи при цьому несправедливу з його точки зору норму закону, хоча, як зазначалося вище, закон і уявлення про справедливість можуть конфліктувати між собою. До речі, П. О. Недбайло в контексті критики буржуазних теорій лакун у праві зазначав, що визнання можливості заповнення правових лакун не за рахунок змісту самого права, а із зовнішніх джерел означатиме не просто панування розсуду правозастосувача як його особистої справи.

¹ ВАСУ, витлумачивши положення Закону «Про приватизацію державного та комунального майна», дійшов правильного висновку про те, що у випадку прийняття рішення щодо приватизації об'єкта, орган приватизації є зв'язаним цим рішенням і в подальшому не вправі відмовити в укладенні договору купівлі-продажу об'єкта приватизації. Але ВАСУ не врахував тієї обставини, що договірні відносини приватизації регламентуються спеціальним законодавством, яке навряд чи дає підставі інтерпретувати спонукання покупця до укладення договору як ущемлення його прав та законних інтересів.

² Постанови Пленуму Верховного Суду України 1972—2002. — С. 23—30.

За такого підходу під лакуною буде розумітися відсутність бажаної для правозастосувача норми за фактичної наявності не угодної йому норми¹.

Проблема лакун у праві є досить складною і в кінцевому підсумку змикається із проблемою праворозуміння. В літературі і радянського, і сучасного періоду, як правило, констатується наявність лакун у праві, хоча в різні часи і висловлювалися сумніви щодо їх існування². Так, поглядів на безлакунарність права дотримувалися Ф. К. Савіньї та Регельсбергер, міркування якого з приводу існування лакун у праві («і так, і ні залежно від того, що розуміти під правом») Є. В. Васьковський прокоментував наступним чином: лакуні у праві, безсумнівно, існують, але судді та взагалі громадяни повинні вчиняти так, начебто ніяких лакун і немає³. У радянській літературі також висловлювалися погляди щодо презумптивно-повної правової урегульованості соціалістичних суспільних відносин⁴.

Під лакуною у праві, як правило, розуміється повна або часткова відсутність нормативних приписів, *необхідність* яких зумовлена розвитком суспільних відносин, що *перебувають у сфері правового впливу*, та потребами практичного рішення справ, основними принципами, політикою, смыслом та змістом чинного законодавства. Хоча слід зазначити, що іноді до лакун у праві прирівнюється і наявність декількох норм, що суперечать одна одній, та норм, які відрізняються повною «темністю та незрозумілістю»⁵. Втім,

¹ Недбайло П. Е. Применение советских правовых норм. — С. 452.

² Хоча в цілому рівень заглиблення в проблему лакун у праві в працях радянських правознавців був значно ґрунтовнішим, зокрема в частині критики так званих буржуазних теорій інтерпретації закону та безлакунарності права. Див., зокрема: Лазарев В. В. Пробелы в праве и пути их устранения. — М.: «Юрид. лит.», 1974. — 184 с.; Недбайло П. Е. Применение советских правовых норм. — М.: Госиздат юрид. лит., 1960. — 512 с.; Забигайло В. К. Проблема «пробелов в праве»: К критике буржуазной теории. — К.. Наукова думка, 1974. — 135 с.

³ Васьковский Е. В. Цивилистическая методология: Учение о толковании и применении гражданских законов. — М.: АО «Центр ЮрИнфоР», 2002. — С. 342.

⁴ Гурвич М. А. Судебное решение: Теоретические проблемы. — М.: Юрид. лит., 1976. — С. 113.

⁵ Васьковский Е. В. Цивилистическая методология: Учение о толковании и применении гражданских законов. — С. 277.

на наш погляд, така суперечність відноситься скоріше до питання узгодженості нормативної системи, аніж до питання її повноти. Існування лакун у праві в літературі пояснюється різними причинами¹. Уявляється, що оцінка причин (об'єктивних або суб'єктивних) утворення правових «порожнин» завжди матиме характер вірогідності, оскільки різними суб'єктами даватиметься неоднакова оцінка не тільки власне нагальності самої потреби у нормативно-правовому врегулюванні певних відносин, але й «глибини» такого врегулювання. Така оцінка залежить від рівня фахової підготовки оцінювача, його професійного досвіду, наукових поглядів тощо, а тому і воля законодавця, об'єктивована ззовні, і його мовчання можуть дістати протилежних оцінок².

Роль судової практики як джерела права в забезпеченні належного деонтичного стану господарського договірною права пов'язується із застосуванням судом при вирішенні конкретного спору аналогії закону та права. Як відомо, питання сутності та умов висновків за аналогією порушувалося в юриспруденції з давньоримських часів, а у дореволюційному правознавстві на рівні теорії в найбільш довершеному вигляді узагальнене Є. В. Васьковським, за визначенням якого аналогією є вирішення не передбаченого чинним правом випадку на основі норми, яка визначає схожий випадок. Допустимість такого поширення дії норм права, зазна-

¹ Наприклад, про об'єктивні і суб'єктивні причини лакун у праві говорить В. В. Лазарєв (*Лазарєв В. В. Пробелы в праве и пути их устранения.* — С. 17—21). О. Ф. Скакун поділяє лакунарність на *первісну* (невміння законодавця відобразити в нормативних актах усю множинність життєвих ситуацій, які потребують правового регулювання) та *послідуючу* (неможливість передбачити появу нових ситуацій як результату суспільної динаміки та виконати відповідні законодавчі дії) (*Скакун О. Ф. Теория государства и права.* — С. 434).

² «Мовчання права» може розцінюватися і як дефект системи права (у випадку наявності об'єктивної потреби у врегулюванні певного виду відносин), і як свідома позиція законодавця стосовно невизнання певних відносин такими, що піддаються нормативній регламентації і з існуванням яких повинні пов'язуватися певні юридичні наслідки. В літературі завжди проводилася межа між неврегульованістю тих суспільних відносин, які не підлягають правовому впливу (сферою *non jus*), від лакун на тих ділянках, які знаходяться у сфері законодавчої регламентації.

чав Є. В. Васьковський, ґрунтується на необхідності заповнення лакун у праві та на припущенні, що законодавець, який є справедливим, нормував би даний випадок так само, як він унормовував би схожі випадки (*ubi eadem legis ratio, ubi eadem legis disposition*)¹.

Слід сказати, що в радянський період більшістю дослідників заперечувалася можливість заповнення судом лакун у праві, і визнавалося лише *подолання* їх судом при вирішенні конкретної справи за допомогою аналогії закону та аналогії права².

Паліативом було визнання *проміжного* значення судової практики у правотворчості: результати застосування аналогії, викладені в постановах Пленумів Верховного Суду СРСР, стають нормою права за умови *подальшого* закріплення в *законодавчих актах* (курсив наш. — О. Б.)³.

Позиції вчених розійшлися у питанні про те, чи є застосування аналогії актом правотворчості. Так, деякі автори визнавали, що правотворчий характер діяльності суду складно заперечувати у випадку застосування аналогії права, тобто вирішення справи на основі загальних принципів та смислу законодавства⁴. Інші, заперечуючи це, вважали, що правозастосувач ніби то створює в своїй свідомості правило для вирішення певної категорії справ і вирішує справу на його основі (умовному значенні), але це правило існує лише у свідомості цієї особи, воно може бути виражено у мотивувальній частині рішення, але цим його значення і обмежується⁵. На

¹ *Васьковский Е. В.* Цивилистическая методология: Учение о толковании и применении гражданских законов. — С. 341—342.

² *Пиголкин А. С.* Обнаружение и преодоление пробелов в праве // Советское государство и право. — 1970. — № 3. — С. 57; *Лазарев В. В.* Пробелы в праве и пути их устранения. — М.: Юрид. лит., 1974. — С. 11, 134.

³ *Лазарев В. В.* Пробелы в праве и пути их устранения. — С. 173; *Туманов В. А.* Роль судебной практики в развитии советского права. — С. 38.

⁴ *Лазарев В. В.* Пробелы в праве и пути их устранения. — С. 134; *Братусь С. Н., Венгеров А. Б.* Понятие, содержание и формы судебной практики // Судебная практика в советской правовой системе. — М.: Юрид. лит., 1975. — С. 47—49.

⁵ *Пиголкин А. С.* Обнаружение и преодоление пробелов в праве // Советское государство и право. — 1970. — № 3. — С. 57.

окрему увагу заслуговує позиція М. А. Гурвича, який, аналізуючи правило застосування судом аналогії закону та права при здійсненні цивільного судочинства, зазначав, що воно по суті містить в собі дві норми. Фактичний склад гіпотези першої полягає у відсутності закону, що регулює спірне правовідношення, за наявності закону, який регулює схожі відносини. Тому так звана, як говорить М. А. Гурвич, аналогія закону полягає не у заповненні або подоланні лакуни в законодавстві, а у включенні спірного правовідношення, в регламенті якого немає безпосередньої диспозиції, в гіпотезу норми, яка регулює схожі відносини, і підпорядкуванні диспозиції цієї норми. У випадку, коли необхідним стає застосування аналогії права, відсутня і гіпотеза, і диспозиція норми, тобто виникає ситуація неможливості застосування «відсутнього» правила. Виходячи з цього, застосування аналогії права визначалося М. А. Гурвичем як правомірний судовий акт індивідуального регулювання за допомогою суддівського розсуду, можливість якого (акта) передбачена законом і реалізується у випадках, передбачених законом. Специфічна риса такого акта полягає у тому, що він пов'язаний не із ситуаційною нормою, а з повною відсутністю норми, яка регулює спірне правовідношення¹.

Однак, якщо поглянути на проблему лакунарності права з точки зору законодавчої заборони відмови у здійсненні правосуддя господарським судом під приводом, зокрема, неповноти чи відсутності законодавства, то застосування аналогії права та аналогії закону вже не можна розглядати виключно як засоби подолання чи заповнення лакун у праві, але, в першу чергу, як інтелектуальні засоби вирішення конкретного спору за відсутності відповідних правових норм².

Необхідно звернути увагу і на особливості застосування аналогії закону та аналогії права.

Правова оцінка відносин при застосуванні аналогії закону відбувається у формі умовиводу за аналогією, якому зав-

¹ Гурвич М. А. Судебное решение: Теоретические проблемы. — М.: Юрид. лит., 1976. — С. 112—114.

² Слід підкреслити, що в цьому дослідженні ми розглядаємо лише ті випадки, коли застосування аналогії не є законодавчо забороненим (як при притягненні особи до кримінальної відповідальності або за правопорушення адміністративного характеру).

жди передує операція порівняння двох об'єктів. Застосування аналогії закону дає можливість логічного переходу від відомого знання до невідомого за правилом: якщо два одиничних предмети схожі в певних ознаках, то вони можуть бути схожими і в інших ознаках, які виявляються в одному із порівнюваних предметів¹. Таким чином, правомірність і надійність висновків суду при застосуванні аналогії закону залежатиме від того, наскільки коректним виявилася операція порівняння і які саме ознаки судом були визнані саме як суттєві або, навпаки, несуттєві.

При застосуванні аналогії права найбільш яскраво виявляється особливе положення принципів в структурі права як основоположних регулятивних елементів, їх сутність, за висловом Л. С. Явича, як механізму саморегулювання в системі права². При застосуванні аналогії права правова оцінка відбувається не у формі умовиводу за аналогією, а у формі силогізму, більшою посилкою якого є конкретне положення загальних засад законодавства (наприклад, верховенство права, справедливість, свобода підприємницької діяльності тощо). Тобто інститут аналогії права, відповідно, не має безпосереднього відношення до умовиводу за аналогією, а тому тут має місце суто термінологічний збіг³.

Важливо також зазначити наступне. Якщо формально-логічні закони зумовлюють *вибір* необхідної *правової норми*, то питання *вибору найбільш доцільного рішення*, коли норма пропонує декілька рішень як раз і не розглядається формальною логікою⁴. Таким чином, судова практика як інтелектуальний результат діяльності по вирішенню правових конфліктів формується не лише за законами формальної логіки (правилами і формулами готових суджень), а й діалектичної логіки, зосередженої на русі форм мислення.

Проте існують і певні проблеми у застосуванні аналогії. Зокрема, в літературі висловлювалася позиція стосовно того, що пошук норми, яка регулює аналогічний випадок,

¹ Кириллов В. И., Старченко А. А. Логика: Учебник для юрид. вузов. — 5-е изд., перераб. и доп. — М.: Юристъ, 2001. — С. 184, 190.

² Явич Л. С. Право развитого социалистического общества. Сущность и принципы. — М., 1978. — С. 33.

³ Кириллов В. И., Старченко А. А. Логика. — С. 193.

⁴ Казимирчук В. П. Право и методы его изучения. — С. 58.

повинен відбуватися спочатку в межах тієї ж галузі права, а за відсутності такої норми — в іншій галузі та законодавстві в цілому¹. Але наскільки можливим уявляється такий шлях у випадку існування спеціального правового регулювання певних відносин? Якщо виходити з того, що спеціальне регулювання зумовлюється об'єктивними причинами, то воно має ґрунтуватися на вихідних ідеях (принципах) і мати певну мету. Такі принципи повинні закріплюватися у відповідних нормах-принципах, хоча мета спеціального регулювання може впливати із чітко сформульованої преамбули законодавчого акта² або його назви³. Найбільш небезпечним є підміна в процесі правозастосування спеціальних норм нормами-принципами (або просто певними уявленнями про те, якими є ці принципи).

Слід сказати, що в практиці господарських судів іноді має місце помилковість застосування загально-цивілістичних принципів до договірних відносин за участю держави, про свідчить наступна судова справа. Рішенням господарського суду міста Києва за позовом ТОВ «М...» з Державного підприємства «У***» було стягнуто збитки, в тому числі упущена вигода, на суму 2711790 грн. Судом встановлено, що сторонами 20.05.2003 р. був укладений договір на реалізацію товарів з державного матеріального резерву на загальну суму 3429439 грн., відповідно до однієї з умов якого відпуск товарів здійснюється позивачу (покупцеві) на умовах стовідсоткової оплати протягом п'яти банківських днів з моменту підписання договору. Але в той же день (20.05.2003) сторони уклали додаткову угоду до договору, відповідно до якої відпуск товару може бути здійснений як на підставі його повної оплати, так і на ос-

¹ Скакун О. Ф. Теория государства и права. — С. 436.

² Наприклад, відповідно до преамбули Закону України від 22 лютого 2000 р. «Про закупівлю товарів, робіт, послуг за державні кошти» метою цього Закону є створення конкурентного середовища у сфері державних закупівель, забезпечення прозорості процедур закупівель товарів, робіт і послуг за державні кошти та досягнення оптимального і раціонального їх використання (ВВР. — 2000. — № 20. — Ст. 148).

³ Як, наприклад, Закону України від 16 червня 2005 року «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо додаткових гарантій захисту фінансових інтересів держави» // Урядовий кур'єр. — 27 липня 2005 року. — № 137.

нові отримання покупцем банківської гарантії на термін дії договору. Незважаючи на те, що покупцем була представлена банківська гарантія, відповідач (продавець) відмовився передати товар, посилаючись на Указ Президента України від 21.01.1998 р. «Про запровадження режиму жорсткого обмеження видатків та інших бюджетних витрат, заходи щодо забезпечення доходів до бюджету і запобігання фінансовій кризі», яким заборонено відпускати цінності з державного матеріального резерву без попередньої оплати (абзац 6 п. 15).

Суд, витлумачивши зазначений Указ, дійшов висновку про обмеженість строку його дії (в тому числі зазначеної заборони) 1998 роком і неможливість застосування його договірних відносин, що виникли у 2003 р. Разом з тим судом не було оцінено обставини виникнення реальних збитків у покупця та втраченої ним вигоди, адже одержаний з державного матеріального резерву товар за ціною 3,60 грн. за одиницю покупець мав перепродати за іншим контрактом Міністерству оборони України, але вже за значно вищою ціною 5,02 грн. за одиницю. Суд, визнаючи за сторонами право змінювати умови договору, не звернув увагу на те, що цей договірний «ланцюжок» явно шкодить інтересам держави, і не дав оцінку засадам функціонування Державного матеріального резерву України та поставок продукції для державних потреб. Показовим у цій справі є те, що і апеляційна інстанція, скасовуючи зазначене рішення, не дала правової оцінки договору позивача із Міністерством оборони як такого, що безпосередньо пов'язаний із предметом спору, як це передбачається п. 1 ч. 1 ст. 83 ГПК¹.

Підґрунтям сучасної доктрини судової практики як джерела права може слугувати теорія Є. В. Васьковського про логічний розвиток норм. Вчений, констатуючи існування лакун у праві, називав декілька шляхів їх заповнення, серед яких найбільш справедливим і доцільним засобом називав заповнення лакун за допомогою наявного матеріалу законодавства, тобто вилучення з існуючих норм ще й інших, явно не виражених, але імпліцитно присутніх в

¹ Справа № 10/393 // Архів господарського суду міста Києва за 2003 рік.

них¹. Такий шлях і був названий вченим логічним розвитком². Ця теорія уявляється особливо придатною для потреб господарського договірного права, зважаючи на те, що його норми перебувають у складних зв'язках із нормами цивільного права, і, як можна припустити, лакуни в ньому можуть утворюватися саме на ділянках правової інтеграції (уніфікації), а, з іншого боку, — правової конкретизації. Цей шлях, який включає в себе і застосування аналогії, веде до створення судової казуальної норми, яка в нашому розумінні соціальної регуляції суспільних відносин є одним із способів упорядкування договірних відносин.

Використовуючи зазначену теорію, ми можемо розглядати норми права (в контексті цього дослідження — господарського договірного права) як судження аксіоматичного характеру в тому розумінні, що вони є достовірними з огляду на вираження в них обов'язкової для усіх адресатів волі законодавця. Принаймні, достовірність правової норми має безумовний характер до моменту визнання КСУ її такою, що суперечить Конституції України, або встановлення гос-

¹ Особливо слід підкреслити те, що Є. В. Васьковський не ставився прихильно до надання права судам створювати правові норми самостійно, оскільки за відсутності визнаного усіма критерію справедливості та спірності принципів права взагалі така правотворчість може бути зведена до безкарного зловживання владою під прикриттям личини справедливості та сумнівних юридичних принципів (*Васьковський Е. В. Цивилистическая методология: Учение о толковании и применении гражданских законов. — С. 278, 279*).

² Відволікаючись від проблем договірного права, можна навести приклад логічного розвитку норм виборчого права в рішенні ВСУ від 3 грудня 2004 р. у справі за скаргою довіреної особи кандидата на пост Президента України В. А. Юценка в єдиному загальнодержавному виборчому окрузі по виборах Президента України М. Д. Катеринчука на бездіяльність Центральної виборчої комісії, дії по встановленню результатів повторного голосування з виборів Президента України 24 листопада 2004 р. та на рішення про оголошення Президентом України В. Ф. Януковича (Урядовий кур'єр. — 2004. — 8 грудня. — № 234). ВСУ, *формулюючи, встановлюючи* спосіб захисту порушених прав та законних інтересів суб'єкта виборчого процесу, виходив як із змісту статті 98 Закону України «Про вибори Президента України», так і встановлених статтями 38, 71, 103 Конституції України принципів виборчого права та засад виборчого процесу, передбачених ч. 2 ст. 11 Закону «Про вибори Президента України».

подарським судом при вирішенні спору невідповідності акта державного чи іншого органу законодавству України. Оскільки кожне достовірне судження здатне бути основою умовиводів, з норм права за правилами логіки також можуть вилучатися судження, настільки ж достовірні та обов'язкові, наскільки й самі норми. Власне, отримання достовірних суджень і є метою *логічного розвитку норм*¹. У радянському правознавстві теорія Є. В. Васьковського піддавалася критиці, зокрема П. О. Недбайло зазначав, що вона містить в собі начала відходу від принципу законності, оскільки «правом оголошується не тільки те, що міститься в законах, але й те, що логічним шляхом з нього виводиться (особливо у випадках, коли в основу цієї операції кладеться *вимога справедливості, милосердя і таке інше*»² (курсив наш. — О. Б.).

Із поправкою на сучасну термінологію, теорію та правову практику можна стверджувати, що застосування аналогії (отже, і створення судової казуальної норми як регулятора договірних відносин) допускається у майново-господарських договірних відносинах (визначення яких подається в ст. 175 ГК), за наявності двох обставин: 1) відсутності в системі права норми, яка б безпосередньо регулювала певні відносини; 2) схожості спірних відносин за своїми суттєвими ознаками за несуттєвості відмінностей.

Необхідно дати відповідь на питання про те, наскільки можливим є застосування аналогії закону та аналогії права в організаційних договірних відносинах за участю органа державного управління — суб'єкта організаційно-господарських повноважень. Виходячи із конституційного принципу «дозволено лише те, що прямо передбачено законом», очевидно, що визнавати існування за державним органом права, яке не передбачено законом, іншими словами за допомогою судової казуальної норми розширювати його компетенцію, неможливо.

У сфері господарських відносин за змістом ч. 1 ст. 174 ГК господарські зобов'язання можуть виникати із угод, як передбачених законодавством, так і тих, що йому не супе-

¹ *Васьковский Е. В.* Цивилистическая методология: Учение о толковании и применении гражданских законов. — С. 281, 282.

² *Недбайло П. Е.* Применение советских правовых норм. — С. 451.

речать. Отже, вирішуючи справу за аналогією, суд створює правову норму у власному значенні слова, яка, за визначенням В. А. Туманова, не є самостійною, оскільки схожа з іншою, вона створюється за аналогією. Однак це нова норма, оскільки, якщо б суд міг застосувати ту норму, до якої звертається за аналогією, то це б означало, що в дійсності лакуни у праві немає¹. Втім, з суто прагматичної точки зору, тобто здійснення судом захисту порушеного права та законного інтересу суб'єкта господарювання, навряд чи мають значення термінологічні нюанси: застосував суд «самостійну» норму чи, навпаки, сформулював «несамостійну» норму.

З незрозумілих причин Законом України від 13 травня 1997 р. «Про внесення змін до Арбітражного процесуального кодексу України»² із тексту ст. 4 ГПК було виключено норму про застосування господарськими судами аналогії закону та аналогії права. Проте, на наш погляд, її відсутність не може бути перешкодою для використання інституту аналогії як інтелектуальної операції в процесі судового пізнання та винесення рішення по справі. Уявляється справедливим твердження про те, що для правових норм, які регулюють нормальні, звичайні відносини, застосування аналогії можливе і без спеціальної вказівки закону, оскільки воно є таким, що розуміється само собою³.

Підсумовуючи викладене, можна стверджувати, що судова практика як джерело господарського договірного права, що займає проміжне становище в соціальному регулюванні між його нормативною та індивідуальною складовими, не тільки здатна, але й повинна коригувати, виправляти деонтичні недоліки системи права, забезпечуючи, насамперед, його повноту через заповнення лакуни у господарському договірному праві як нормативній підсистемі.

¹ Туманов В. А. Роль судебной практики в развитии советского права. — С. 38.

² ВВР. — 1997. — № 25. — Ст. 171.

³ Пиголкин А. С. Обнаружение и преодоление пробелов в праве // Советское государство и право. — 1970. — № 3. — С. 56.

2.5. Формулярне право

У соціальному регулюванні господарських договірних відносин, як нами зазначалося вище, виділяються нормативний та індивідуальний компоненти. В попередніх підрозділах нами був розглянутий нормативний компонент та відповідні йому юридичні джерела (форми) господарського договірного права та інші соціальні джерела (норми моралі та звичаї), а також судова практика як результат судового регулювання господарських договірних відносин. У тому чи іншому обсязі кожне із цих названих джерел права було предметом уваги і теоретиків права, і представників галузевих юридичних наук. Проблематика ж так званого формулярного права, яка в цілому є новою для вітчизняного правознавства, поки що досліджується фрагментарно. Власне, сам термін «формулярне право» є достатньо неоднозначним, на що зверталася увага в літературі, і досить часто використовується без додаткових пояснень. Так, С. В. Бахін говорить про те, що, хоча типові проформи і не є правом, цей термін може використовуватися для позначення сукупності правових норм, спрямованих на регулювання угод, при укладенні яких були використані типові контракти або стандартні (загальні) умови¹. На наш погляд, формулярне право відноситься до нормативного компонента соціального регулювання і може бути назване «квазіправом» («начебто правом», «несправжнім правом»). Норми ж чинного законодавства, якими регулюються окремі питання договорів приєднання є, по-перше, настільки нечисленними, що, дійсно, інакше, ніж простою сукупністю, визнаватися не можуть, а, по-друге, вони як норми законодавчих актів не складають якогось самостійного джерела по відношенню до нормативно-правових джерел господарського договірного права.

Виникненням формулярного права позначилися друга половина XIX — початок XX ст. у зв'язку із надзвичайно широким поширенням стандартних договорів (проформ,

¹ Бахін С. В. Субправо (международные своды унифицированного контрактного права). — СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2002. — С. 207.

формулярів) і охоплення ними окремих сфер господарювання (залізничні перевезення, страхування, банківська діяльність)¹. Саме тоді правознавці почали говорити про так зване формулярне право², яке в країнах з розвинутою ринковою економікою має важливе значення в регулюванні майнових відносин не лише за участю споживачів, але й між підприємцями.

Формулярне право пов'язується із так званими договорами приєднання, під якими сучасний український законодавець розуміє договір, умови якого встановлені однією із сторін у формулярах або інших стандартних формах, і який може бути укладений лише шляхом приєднання другої сторони до запропонованого договору в цілому, а друга сторона не може запропонувати свої умови договору (ч. 1 ст. 634 ЦК)³. Через це, на перший погляд, його можна було б включити до сфери індивідуального регулювання, яка включає в себе адресовані конкретним особам та розраховані на упорядкування конкретної життєвої ситуації разові регулятивні акти, ключовим серед яких є договір, в тому числі господарський. Проте зміст договорів приєднання, які розраховані на невизначене коло потенційних контрагентів, наближується саме до норм в їх первісному етимологічному сенсі⁴. Іншими словами, умови договорів приєднання виступають такою мірою прав та обов'язків сторін за договором, яка має прийматися усіма і кожним з таких потенцій-

¹ Крім того, договори приєднання пов'язувалися із трудовими правовідносинами, зокрема практикою укладення колективних договорів між роботодавцями та профспілками, в яких визначалися загальні умови праці, що мали силу стосовно кожного робітника, а також встановлення власником підприємства правил розпорядку (регламенту), який приймається робітником в силу факту його найму і не може ним обговорюватися (*Ориу М.* Основы публичного права / Пер. с фр. под ред. Е. Пашуканиса. — М.: Изд-во Коммунистической академии, 1929. — С. 202).

² Гражданское и торговое право капиталистических государств. — 3-е изд., перераб. и доп. — М.: Междунар. отношения, 1993. — С. 31—32.

³ Іноді «формулярами» поряд із типовими договорами, статутами, установчими договорами про створення господарських товариств називаються внутрішньо-державні нормативні договори. Як уявляється, такий погляд не узгоджується із характеристиками нормативно-правових договорів, про які йшлося у першому розділі цієї роботи.

⁴ Лат. *norma* — зразок, правило, міра, величина.

них контрагентів без обговорення¹. З огляду на це для цілей нашого дослідження під формулярним правом ми будемо розуміти ті правила, які одноособово встановлені суб'єктом господарювання, закріплені в стандартній формі (тексті) договору певного виду, є загальнообов'язковими для усіх осіб, які можуть виступати контрагентами такого суб'єкта. Іншими словами, такого роду квазіправове регулювання здійснюється множиною автономних центрів (на рівні окремого суб'єкта), що зумовлює не тільки особливості об'єктивації (фіксації) таких правил в численних розрізних текстах, але й складнощі їх сприйняття².

Поява договорів приєднання в літературі була розцінена як одна з найважливіших подій у сфері договірної права. Так, В. Ансон вказав на те, що *ідея згоди, яка вільно досягається сторонами, поступилася місцем необхідності мати одноманітний набір віддрукованих умов, що можуть застосовуватися неодноразово і великим колом осіб*³. Поширення стандартних договірних умов, що виникають завдяки діловій практиці і застосовуються неодноразово, було названо правовим аналогом промислової революції ХІХ ст. В сучасній літературі використання таких договорів пояснюється не тільки тими можливостями, які є в економічно сильнішої сторони, в тому числі монополіста, і які дають їй змогу диктувати договірні умови⁴, але й необхідністю раціоналізації процесу укладення договорів, коли витрати на пе-

¹ Якщо вірним, пише Ж.-Л. Бержель, є те, що індивідуальні акти породжують нові правила для тих, кого вони стосуються, і тим самим змінюють загальний правопорядок, то найбільш яскраво зміна цього правопорядку спостерігається у сфері так званого формулярного права. Сучасна епоха стала свідком стрімкого поширення «актів-правил», «договорів приєднання», «типових договорів», договорів про створення асоціацій або товариств, колективних договорів, з яких походять норми, що застосовуються до цілої категорії або спільноти людей (Бержель Ж.-Л. *Общая теория права*. — С. 100).

² На відміну від нормативно-правових актів, обов'язковою умовою чинності яких є доведення їх до відома населення (ст. 57 Конституції), законом не передбачено оприлюднення текстів формулярів.

³ Ансон В. *Договорное право* / Пер. с англ. — М.: Юрид. лит., 1984. — 113 с.

⁴ Підприємці і в умовах конкуренції досить часто застосовують стандартні умови, конкуруючи не по особливих умовах договорів, а здебільшого по цінах та якості товарів, робіт, послуг.

реговори або на пошуки більш привабливої пропозиції перевищуватимуть одержану вигоду¹.

Можна припустити, що історично перші договори приєднання почали застосовуватися у відносинах із суб'єктами, що домінували у певних сферах продажу товарів, виконання робіт або надання послуг, в тому числі у сфері природних монополій (зокрема, при перевезеннях вантажів залізницею), коли контрагент змушений був враховувати відсутність конкуренції, а тому погоджуватися на умови, які містяться у формулярі. На особливості окремих стандартних договірних форм, які наближуються до формулярів, зверталася увага в російській дореволюційній комерціалістиці. Зокрема, П. П. Цитович зазначав, що така однаковість типу відображена у заздалегідь та по встановленій формі виготовлених бланках формулярів з однаковими рубриками, звідси договори залізничного перевезення не стільки формальні, скільки *формулярні* (курсив П. П. Цитовича). Разом з тим у сфері залізничних перевезень за концесію або за субсидію уряд покладає на перевізника обов'язки не тільки перед собою, але й перед публікою, через що справа переходить з рухливого ґрунту приватної автономії на тверду основу урядової регламентації². Таким чином, у певний момент договір залізничного перевезення із договору приєднання перетворюється на публічний договір, і правове регулювання останнього стає державною справою, що підтверджується, зокрема, нормами сучасного законодавства України про залізничний транспорт. Крім того, у договорах приєднання знайшли відображення звичаї та узвичаєння ділового обороту, зокрема у сфері зовнішньоекономічної діяльності.

З огляду на час появи договорів приєднання вони не одержали правову регламентацію в класичних кодифікаціях цивільного та торгового законодавства³. Появу ж відповідних

¹ Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2 т. Т. 2 / Пер. с нем. — М.: Междунар. отношения, 1998. — С. 19—21.

² Цитович П. П. Очерк основных понятий торгового права. — М.: АО «Центр ЮрИнфоР», 2001. — С. 312—313.

³ Слід сказати, що в дореволюційному цивільному праві Російської імперії конструкція договорів приєднання не вживалася. Не передбачалася вона і в Проекті Цивільного уложення.

приписів в сучасному цивільному та торговельному законодавстві західних країн слід розцінювати як реакцію законодавця на економічні реалії та небезпеку для публічних інтересів, яку можуть нести в собі такі договори. Так, у ст. 1379 Цивільного кодексу Квебеку, який набув чинності з 1 січня 1994 р., подаються дихотомічні класифікації договорів (під договором розуміється «узгодження (курсив наш. — О. Б.) волі, відповідно до якого одна або декілька осіб зобов'язуються перед іншою особою або особами до здійснення надавання»), першою з яких є «договори приєднання та договори з взаємно узгодженим змістом». За змістом ст. 1379 договором приєднання є договір, істотні умови якого були включені або складені однією із сторін, від її імені або відповідно до її вказівок, і які не були вільно обговорені. Будь-який договір, який не відноситься до договорів приєднання, є договором із взаємно узгодженими умовами¹. Положення про договори приєднання знайшли місце і в цивільних кодексах пострадянських країн. Норми, аналогічні правилам ст. 634 ЦК містяться в ст. 428 ЦК Російської Федерації², ст. 389 ЦК Республіки Казахстан³, ст. 398 ЦК Республіки Білорусь⁴. Значною своєрідністю відрізняються правила глави третьої «Стандартні умови договору», яка міститься в розділі «Договірне право» ЦК Грузії⁵.

Формуляри, як правило, розробляються великими підприємствами та об'єднаннями, які фактично і користуються благом свободи договору, і пропонуються контрагенту для підписання, при цьому в останнього відсутня навіть незначна можливість погодження волі, обговорення змісту договору, що вихолощує принцип свободи договору та автономії волі. Як зауважує О. С. Комаров, зміст конкретних

¹ Гражданский кодекс Квебека. — М.: Статут, 1999. — 472 с.

² Гражданский кодекс Российской Федерации: Части 1 и 2: С постоянными материалами из практики Высшего Арбитражного суда Российской Федерации. — М.: Издательская группа НОРМА—ИНФРА-М, 1999. — 832 с.

³ Гражданский кодекс Республики Казахстан. — СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2002. — 1029 с.

⁴ Гражданский кодекс Республики Беларусь. — СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2003. — 1059 с.

⁵ Гражданский кодекс Грузии. — СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2002. — 750 с.

комерційних договорів визначається не стільки взаємними господарськими інтересами контрагентів, скільки можливостями та бажанням сильнішої сторони в угоді та необхідністю, яку диктує конкретна ситуація слабкішої сторони¹.

У цілому говорити про реалізацію принципу свободи договору у формулярному праві можна лише із значними застереженнями. Якщо в праксеологічному аспекті термін «свобода» віднести до тієї сфери, в межах якої індивід, що діє, в змозі обирати між альтернативними способами дії², то, очевидно, що в договорах приєднання доволі часто альтернативного способу дій для особи, що приєднується, як раз і не існує³, і саме

¹ Комаров А. С. Ответственность в коммерческом обороте. — М.: Юрид. лит., 1991. — С. 24.

² Мизес Людвиг фон. Человеческая деятельность: трактат по экономической теории / Пер. с 3-го испр. англ. изд. А. В. Куряева. — Челябинск: Социум, 2005. — С. 264.

³ Договір та здатність суб'єкта укласти договори далеко не завжди, як зазначають дослідники, були невід'ємним і таким, що розуміється сам по собі, принципом будь-якого правопорядку. Більш того, протягом багатьох сторіч права та обов'язки індивіда визначалися його соціальним статусом, що залишався незмінним з моменту народження і до смерті. Але поступово із розвитком суспільного поділу праці відбувається еволюція природи правовідносин між індивідами, які визначаються вже не їх соціальним становищем, а на основі договорів, що вільно укладаються ними. І тому так часто цитуються слова Генрі Мейна про те, що рух суспільства по шляху прогресу являв собою рух від соціального статусу до договору (*Цвайгерт К., Кетц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. — С. 7). Більшістю західних юристів визнається та обставина, що в договорах приєднання відсутня навіть незначна можливість погодження волі, обговорення змісту договору, що веде до перетворення свободи договору та автономії волі сторін у фетиш. На думку американського юриста Ф. Кеслера, могутні промислові та торговельні компанії «нав'язують свій власний феодальний порядок, який полягає в повороті назад від договору до статусу». Близькою за змістом є оцінка договорів приєднання засновником теорії інституціоналізму М. Оріу, який зазначав, що регламентарний характер договорів приєднання наближує їх до соціальних корпоративних інститутів (як елементів соціальної організації). Корпоративний інститут є об'єктивною соціальною організацією, яка реалізує *сама в собі* найвищу ступінь правопорядку, оскільки має одночасно суверенітет влади, конститутивний устрій цієї влади з визначеними статутами та юридичною автономією, і, як кожна соціальна організація (інститут) переслідує певні кінцеві цілі, реалізуючи певний ступінь свободи (*Ориу М.* Основы публичного права / Пер. с фр. под ред. Е. Пашуканиса. — М.: Изд-во Коммунистической академии, 1929. — С. 114—116).

договори приєднання найбільш наочно демонструють те, що у правознавстві було названо «поворотом від договору до статусу».

Як зазначав М. І. Кулагін, поширення таких договорів призводить до того, що в рамках торгового права формується самостійна галузь, але створюється вона не державними органами, а великими компаніями, що привласнили собі нормотворчі повноваження. При цьому спостерігається тенденція перетворення типових договорів, що нав'язуються великими компаніями своїм контрагентам через їх повсюдне поширення, у звичай. Враховуючи процес вирівнювання юридичної сили звичаю і закону, положення цивільного та торгового законодавства просто не застосовуються у відповідній сфері без їх формального скасування¹. Іншими словами, не будучи джерелами права офіційно, формуляри створюють автономну, іноді вичерпну систему регулювання відносин між сторонами договору, яка знаходиться поза межами законодавства².

У літературі зазначалися переваги, які пов'язані із використанням стандартних форм договорів, зокрема: зменшення невизначеності у взаємовідносинах сторін, оскільки формулювання контракту мають забезпечувати однозначне тлумачення їх сторонами; прискорення укладення угоди, оскільки сторонам не потрібно витратити час на ретельну розробку умов договору; уникнення помилок, пов'язаних із тим, що сторони забувають обумовити в контракті певні обставини, оскільки розроблені на основі попередньої практики аналогічних угод стандартні умови оптимізують права та обов'язки сторін, відсікаючи усе зайве³.

Проте використання договорів приєднання попри очевидні переваги несе в собі і певну небезпеку, оскільки в таких договорах доволі часто сторона, яка приєднується, ставить у нерівне становище (обмежується відповідальність

¹ Кулагин М. И. Предпринимательство и право: опыт Запада // Избр. тр. — М.: Статут, 1997. — С. 212—213.

² Гражданское и торговое право зарубежных государств: Учебник: В 2 т. Т. 1 / Отв. ред. Е. А. Васильев, А. С. Комаров. — 4-е изд., перераб. и доп. — М.: Междунар. отношения, 2004. — С. 39.

³ Бахин С. В. Субправо (международные своды унифицированного контрактного права). — С. 191—192.

сторони, яка розробила формуляр, не встановлюються штрафні санкції для сторони, що надала договір для приєднання, не включаються захисні застереження, правила щодо розподілу витрат та ін.).

Таким чином, у договорах приєднання ми маємо справу із ззовні традиційною правовою формою відносин між суб'єктами у сфері господарювання (договірною), але за змістом — із односторонньо (одноособово) сформульованими стороною договору правилами поведінки, які поширюються на невизначене коло осіб¹. Таким чином, на відміну від договору, зміст якого узгоджується сторонами в процесі укладення договору, договір приєднання є не стільки актом саморегулювання, автономним відносно зовнішнього регулювання, скільки нормотворчим актом однієї особи (автора формуляру), який також є достатньо автономним від нормативно-правового регулювання².

Саме своєрідність форми та змісту такого виду регуляції договірних відносин, яка притаманна договорам приєднання, зумовлює підходи до аналізу їх як джерел господарського договірного права, насамперед, в частині того, наскільки це джерело повинне підпорядковуватися іншим джерелам господарського договірного права (нормативно-правовим та судовій практиці).

Конструкція договору приєднання, як зазначалося вище, з'явилася в українському законодавстві із прийняттям Цивільного та Господарського кодексів України, причому в кожному з цих кодексів регулювання зазначеного договору є фрагментарним, і лише в сукупності норми ЦК та ГК

¹ У термінологічному плані доцільно було б розрізнити власне формуляр як текст (об'єктивоване джерело), в якому зафіксовані правила для контрагентів, та спосіб укладення договору на основі формуляру — шляхом приєднання.

² Механістичне включення в текст договору тих прав та обов'язків, які імперативно встановлені для контрагентів чинним законодавством у принципі не впливає на кваліфікацію договору як договору приєднання, якщо усі інші умови встановлено винятково однією із сторін і мають прийматися іншою без обговорень. І навпаки, якщо зміст договору визначається нормативно-правовим актом, немає підстав говорити про існування договору приєднання, а лише про обмеженість принципу свободи договору для суб'єктів господарювання в силу приписів абзацу 4 ч. 4 ст. 179 ГК.

створюють певний режим таких договорів у сфері господарювання. Визначення договору приєднання, яке міститься в ч. 1 ст. 634 ЦК, є придатним для як договорів, що укладаються суб'єктом підприємницької діяльності із споживачами, так і для відповідних господарських договорів, суб'єктний склад яких визначається відповідно до ст. 175 ГК. Регламентация договорів приєднання ГК обмежується вказівкою на те, що при укладенні господарських договорів сторони можуть визначати зміст договору на основі договору приєднання, запропонованого однією стороною для інших можливих суб'єктів, коли ці суб'єкти у разі вступу в договір не мають права наполягати на зміні його змісту (ч. 4 ст. 179)¹. Тим самим законодавець надає виключну перевагу волі однієї з сторін, яка виявляється в тому, що така сторона диктує свою волю не тільки окремому суб'єкту, а й невизначеному колу осіб. У зв'язку з цим уявляється справедливим твердження про те, що, якщо публічний договір є прикладом захисту публічних інтересів і однією з публічних засад в цивільному законодавстві, то договір приєднання є «гімном» приватному інтересу найбільш сильної в економічному відношенні сторони².

Із змісту наведених норм ЦК та ГК випливає, що синонімом до словосполучень «не може запропонувати» та «не мають права» виступає слово «зобов'язані» («повинні»). З огляду на конституційний принцип «ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством» (стаття 19 Конституції України) це повинно означати наявність в законодавстві відповідних приписів (позитивних зобов'язувань), проте в статтях, що розглядаються, таких позитивних зобов'язувань немає. Закон також не визначає, хто має право розробляти формуляри, отже автором договору приєднання теоретично може бути будь-який суб'єкт

¹ Очевидним є порушення логічної побудови цього правила, оскільки при укладенні такого договору сторона, що приєднується, може або прийняти запропоновані їй умови в цілому, або відмовитися від укладення договору, тобто вона в принципі позбавлена можливості визначити зміст такого договору. Згода є можливою тільки стосовно самого факту укладення такого договору.

² Богданов Е. В. Договор в сфере предпринимательства. — Харків: Консум, 1997. — С. 36.

господарювання, якщо для цього існують певні економічні передумови (певна сфера діяльності, економічний статус суб'єкта тощо).

При дослідженні договору приєднання слід враховувати існування у вітчизняному законодавстві традицій термінологічного характеру. Йдеться про існування типових договорів як актів нормативного характеру, які є обов'язковими для учасників господарських договірних відносин, і які вже були предметом нашої уваги. Аналогом терміна «типовий договір» («типові умови договорів»), який вживається у законодавстві західних країн, в українській юридичній лексиці та *de lege ferenda* міг би бути термін «стандартний договір».

Аналізуючи співвідношення договору приєднання із типовими та примірними договорами як джерелами (формами) господарського договірного права, слід звернути увагу на необхідність їх чіткого розрізнення.

Типові та примірні договори як джерела нормативно-правові, тобто державно-владні за походженням, складають самостійну площину нормативного соціального регулювання. Договори приєднання як явище нормативне продукуються принципово інакше, а саме автономними господарюючими суб'єктами, на чому наголошувалося вище.

З цього випливає таке. У випадку, коли договір укладається на основі типового договору, обидві сторони зв'язані його умовами відповідно до абзацу 4 ч. 4 ст. 179 ГК, що не виключає можливості існування переддоговірного спору щодо умов договору у випадках конкретизації умов типового договору. Тим більше така можливість існує стосовно умов тих договорів, для яких законодавець запропонував рекомендаційну модель, яку за змістом абзацу 3 ч. 4 ст. 179 ГК можна змінювати та доповнювати, іншими словами, сторони не зв'язані рекомендацією і можуть врегулювати відносини на власний розсуд, *узгодивши* умови договору. Можливість існування переддоговірного спору по умовах договору приєднання в сфері господарювання, який міг би бути предметом судового розгляду, в принципі виключається. Крім того, буквально тлумачення положень ст. 634 ЦК та ст. 179 ГК не дає підстав стверджувати про існування обов'язку у суб'єкта підприємницької діяльності, який розро-

бив *формуляр*, укладати договір з кожним, хто буде до нього звертатися.

Не можна не звернути увагу і на те, що укладання господарського договору на основі типового договору ззовні може бути схожим із договором приєднання з огляду на неможливість узгодження якщо не всіх, то абсолютної більшості умов такого договору. Але при укладенні договору на основі типового така неможливість існує для обох адресатів нормативно-правового акта (контрагентів). Частина таких умов, які неможливо узгоджувати («таких, що розуміються»), в різних видах договорів коливається і може складати від декількох відсотків до основної частини змісту в найбільш детально врегульованих сферах діяльності (перевезення, енергопостачання тощо)¹. На співвідношення договору приєднання та типового договору звернув увагу П. Гуйван, проте його позиція уявляється уразливою з огляду на прирівнювання юридичної сили типових договорів, затверджених державою, до примірних та зразкових і кваліфікацію їх (типових договорів) як рекомендацій для учасників договірних відносин².

Слід сказати, що в сучасних умовах, коли господарські договірні відносини досить детально регламентовані нормативно-правовими актами, складно уявити сферу господарювання, в якій би могли існувати договори приєднання, що повністю склалися б із сформульованих лише однією стороною умов. Тому сьогодні скоріше слід говорити про окремі умови договорів, які включаються в проформи без обговорення («стандартні умови»)³.

Правила формулярів застосовуються винятково на розсуд тієї сторони, яка їх розробила, нею визначається і

¹ Пугинский Б. И. Гражданско-правовой договор // Вестник Москов. ун-та. — 2002. — № 2. — С. 43. — (Сер. 11, Право).

² Гуйван П. Стандартный договор и его место в регулировании договорных отношений // Підприємництво, господарство і право. — 2003. — № 9. — С. 10—13.

³ Досить точним, на наш погляд, є визначення стандартних умов договору в ст. 342 ЦК Грузії: стандартними умовами договору є заздалегідь сформульовані, призначені для багаторазового використання умови, які одна сторона (та, що робить пропозицію) надає іншій стороні і за допомогою яких повинні бути встановлені правила, що відрізняються від встановлених законом норм або поповнюють їх (Гражданский кодекс Грузии. — СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2002. — 750 с.).

доцільність, і можливість його використання у своїй господарській діяльності, насамперед у випадках, коли договори укладаються масово, а їх умови повторюються багаторазово і є стандартними.

Оскільки формулярне право існує у відносинах, що мають договірну форму, необхідно зупинитися на співвідношенні понять договору приєднання та публічного договору. Правилами ст. 633 ЦК про публічні договори невичерпно визначені сфери діяльності, в яких застосовується конструкція публічного договору. Стаття 178 ГК, яка регулює публічні зобов'язання суб'єктів господарювання, відсилає у визначенні таких видів діяльності до законодавства та установчих документів суб'єкта господарювання.

При віднесенні конкретного договору до договору приєднання слід виходити із способу його укладення, і договором приєднання може виявитися практично будь-який цивільно-правовий договір¹, в той час як не кожний публічний договір буде укладатися як договір приєднання.

Щодо цього питання висловлюються різні точки. Так, В. В. Луць зазначає, що договори приєднання найчастіше застосовуються у відносинах підприємців з громадянами, коли стандартні умови договорів повторюються неодноразово, при цьому такі договори приєднання є одночасно публічними². В літературі було висловлено позицію відносно того, що при укладенні публічного договору як договору приєднання пріоритет має бути наданий нормам про публічний договір³. У зв'язку з цим виникає питання: чи всі публічні договори водночас є договорами приєднання. І, навпаки, чи існують договори приєднання, що не є публічними. Від відповіді на ці питання залежить можливість поширення правил про публічні договори на договори приєднання (зок-

¹ *Забоев К. И.* Правовые и философские аспекты гражданско-правового договора. — СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2003. — С. 100—101.

² *Луць В.* Проблеми договірної регулювання майнових відносин за новим Цивільним та Господарським кодексами України // Українське комерційне право. — 2003. — № 4. — С. 27.

³ *Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный).* — М.: Юридическая фирма КОНТРАКТ; ИНФРА-М, 1998. — С. 693.

рема, щодо обов'язковості укладення таких договорів для відповідних суб'єктів, умов дійсності, порядку та підстав зміни або розірвання, тлумачення, відповідальності).

Основними ознаками публічного договору, що дозволяють виділити його як юридичну конструкцію, є:

— *спеціальний статус суб'єкта*, який зобов'язаний укладати договір певного виду із кожним, хто буде до нього звертатися: суб'єкт господарювання (за змістом ст. 178 ГК) або підприємець (за змістом ч. 1 ст. 633 ЦК);

— *характер діяльності*, яку здійснює такий суб'єкт: роздрібна торгівля, перевезення транспортом загального користування, послуги зв'язку, медичне, готельне, банківське обслуговування тощо (відповідно до ч. 1 ст. 633 ЦК). У частині 1 ст. 178 ГК «Публічні зобов'язання суб'єктів господарювання» аналогічного переліку видів діяльності, здійснюючи які суб'єкт господарювання повинен укладати публічні договори, немає, але на публічність господарської діяльності по забезпеченню споживачів електроенергією, зв'язком, послугами залізничного та інших видів транспорту вказується в ч. 6 ст. 179 ГК. Звичайно, що в найширшому розумінні будь-який вид господарської діяльності, в тому числі підприємницької, як діяльності у сфері *суспільного виробництва*, спрямованої на виготовлення та реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, є публічним. Проте господарська діяльність може розумітися як публічна в більш вузькому, власне юридичному значенні. Така публічність впливає із імперативних норм чинного законодавства, яким здійснюється спеціальне регулювання окремих видів господарської/підприємницької діяльності:

а) у сфері природних монополій та суміжних ринків. Відповідно до ст. 3 Закону України «Про природні монополії» до законодавства про природні монополії відносяться, зокрема, Кодекс торговельного мореплавства України, Закон України «Про транспорт», Закон України «Про трубопровідний транспорт», Закон України «Про залізничний транспорт», Закон України «Про електроенергетику». При цьому статтями 5 та 6 Закону «Про природні монополії» визначені переліки сфер діяльності суб'єктів природних монополій та суміжних ринків, які регулюються цим Зако-

ном. Суб'єкт природних монополій відповідно до ст. 10 Закону «Про природні монополії» зобов'язаний, зокрема, забезпечувати на недискримінаційних умовах реалізацію вироблених ними товарів споживачам, а також не чинити перешкод для реалізації угод між виробниками, що здійснюють діяльність на суміжних ринках, та споживачами;

б) в інших сферах (банківській діяльності, страховій діяльності тощо), в яких *не виключається конкуренція*.

Публічні договори мають досить високий рівень типізації, проте виникнення між сторонами переддоговірного спору, який може бути розглянутий господарським судом відповідно до правил підвідомчості господарських спорів (ст. 12 ГПК), не виключається. Такий переддоговірний спір може виникнути: 1) щодо умов договору у випадках конкретизації окремих умов типового договору; 2) щодо спонукання до укладання договору у випадку ухилення від цього зобов'язаної сторони. Можливість укладення публічного договору в судовому порядку впливає із змісту ч. 1 ст. 187 ГК. Ілюстрацією цього можуть бути норми Закону України «Про електроенергетику»¹ та Закону України «Про транспорт»². За змістом ч. 2 ст. 915 ГК договір перевезення вантажу, пасажирів, пошти, багажу є публічним договором. Відповідно до ст. 22 Закону України «Про транспорт» перевізники не мають права відмовляти пасажирів та відправників вантажу в перевезенні, крім випадків, передбачених Статутом залізниць України³. Відповідно до ст. 24 Закону «Про електроенергетику» енергопостачальники, що здійснюють постачання електричної енергії на закріпленій території, не мають права відмовити споживачу, який роз-

¹ ВВР. — 1998. — № 1. — Ст. 1.

² ВВР. — 1994. — № 517 — Ст. 446.

³ Як зазначав Б. Б. Черепакін, договору залізничного перевезення вантажу притаманний так званий Kontrahierungszwang, тобто спонукання до вступу у договір і щодо самого укладення договору, яке є обов'язковим для залізниці, так і в розумінні жорсткого нормування змісту типових договорів залізничного перевезення з *безумовним усуненням довільного визначення сторонами умов кожного окремого договору* (курсив наш. — О. Б.) (Черепакін Б. Б. Ответственность грузополучателя по требованиям из договора железнодорожной перевозки // Труды по гражданскому праву. — М.: Статут, 2001. — С. 128—129).

ташований на цій території, в укладенні договору на постачання електричної енергії.

Як роз'яснив Вищий господарський суд України в інформаційному листі від 25.02.98 № 01-8/73 «Про Закон України «Про електроенергетику»¹ споживач має право звернутися до господарського суду із заявою про спонукання відповідного енергопостачальника до укладення договору на постачання електричної енергії. Оскільки ст. 26 зазначеного Закону визначено, що споживання електроенергії можливе лише на основі договору з постачальником, вимоги енергопостачальника щодо спонукання споживача енергії укласти договір користування електричною енергією можуть бути задоволені з урахуванням причин відмови в укладенні такого договору та інших обставин і матеріалів конкретної справи. Показово, що законодавчо закріплений обов'язок певних категорій суб'єктів укладати публічні договори наштотувив деяких дослідників на спробу кваліфікації публічного договору як зобов'язання з невизначеною множинністю осіб (кредиторів), в якому обов'язок боржника укласти публічний договір кореспондує праву множини кредиторів вимагати його укладення. При цьому така множинність умовно називається невичерпною, оскільки більшість публічних договорів може укладатися з одним і тим же кредитором неодноразово².

Беззаперечним є вплив законодавця на визначення умов публічного договору, що, зокрема, впливає із змісту ст. 633 ЦК, відповідно до якої актами цивільного законодавства можуть встановлюватися правила, обов'язкові для сторін при укладанні і виконанні публічного договору. Нікчемність умов публічного договору, які не відповідають таким правилам, а також тих, що не є однаковими для всіх споживачів, визначається ч. 6 цієї ж статті³.

¹ Вісник Вищого арбітражного суду України. — 1998. — № 2.

² *Ершов Ю. Л.* О возможности существования обязательств с неопределенной множественностью лиц // *Цивилистические записки: Межвуз. сб. науч. тр.* — М.: Статут. — Екатеринбург: Ин-т частного права. — 2002. — Вып. 2. — С. 353—358.

³ Уявляється, що коректніше було б говорити про нікчемність умов публічного договору, які встановлюють не передбачені законодавством пільги для певного споживача/категорії споживачів.

Ми приєднуємося до висловленого в літературі погляду на те, що дійсно ці конструкції є близькими, але договір приєднання в певному сенсі є скоріше *способом укладення договору*, ніж його видом, що не виключає укладення публічного договору саме як договору приєднання. Проте договір приєднання виступає як більш широке поняття, ніж публічний договір, оскільки не містить обмежень по суб'єктному складу та виду діяльності сторін¹.

Враховуючи аномальний, за висловом М. І. Брагінського², характер таких договорів, основним завданням, що має вирішуватися законодавцем, є правовий захист слабкішої у таких відносинах сторони — сторони, що приєднується. Про прагнення законодавця контролювати формулярне право як автономну нормотворчість свідчать положення частин 2 та 3 ст. 634 ЦК про особливості зміни та розірвання договору приєднання. За змістом зазначених норм певні «пільги» слабкішій стороні в договорі приєднання законодавець надає після того, як вона уклала договір: така сторона може заявити вимогу про зміну або розірвання договору приєднання, якщо вона позбавляється прав, які звичайно мала, а також якщо договір виключає чи обмежує відповідальність другої сторони за порушення зобов'язання або містить інші умови, явно обтяжливі для сторони, яка приєдналася.

Втім реалізація такої «пільги» можлива тільки за умови, що сторона, яка приєдналася, доведе, що вона виходячи зі своїх інтересів не прийняла б цих умов за наявності у неї можливості брати участь у визначенні умов договору, а тому є маловірогідною. Становище ж сторони, яка приєднується до договору, у зв'язку із здійсненням господарської діяльності відповідно до ч. 3 ст. 634 ЦК є ще більш вразливим: договір не може бути змінений або розірваний, якщо сторона, яка надала договір для приєднання, доведе, що сторона, яка приєдналася, знала або могла знати, на яких умовах вона приєдналася до договору. Слід зауважити, що норма ч. 3 ст. 634 ЦК сформульована некоректно, оскільки

¹ *Забоев К. И.* Правовые и философские аспекты гражданско-правового договора. — СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2003. — С. 101.

² *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право: Кн. 1. — С. 259.

вимога про зміну або розірвання договору приєднання (позовна вимога) може бути задоволена лише судом. Таким чином, оцінка того, що підприємець знав або лише міг знати про всі умови формуляру, повністю буде залежати від наданих суду доказів.

Правила зміни або розірвання договору приєднання повинні оцінюватися з огляду на ст. 651 ЦК, яка визначає загальні підстави для зміни або розірвання договору: договір може бути змінено або розірвано за рішенням суду на вимогу однієї із сторін у разі істотного порушення договору другою стороною та в інших випадках, встановлених договором або законом. Виникає питання, чи можуть бути зазначені підстави застосовуватися до договорів приєднання, враховуючи спеціальні підстави зміни або розірвання договору приєднання. Якщо сторона, до якої приєдналися, істотно порушує договір¹, то було б несправедливим позбавлення слабкішої сторони можливості вимагати зміни або розірвання договору. Оскільки правила частин 2 та 3 ст. 634 ЦК стосуються тільки особливих підстав зміни або розірвання договору, які заявлені стороною, що приєдналася, то можна дійти висновку, що норми цієї статті повинні застосовуватися субсидіарно із нормами ст. 651 ЦК.

Можна стверджувати, що зміна умов договору приєднання (формуляру) незалежно від того, ким вона ініційована, з огляду на стандартність умов договору приєднання та їх неодноразову повторюваність у відносинах із невизначеним колом контрагентів (за винятком випадків визнання відповідної умови недійсною) до певної міри підриватиме стандартизованість формулярного права. Але така вірогідність і не виключається, оскільки сторона, яка розробила формуляр, може сама внести до нього зміни, але при цьому вона повинна повідомити про це всіх своїх контрагентів і зафіксувати такі зміни у договорах з кожним з них. Якщо певна умова договору приєднання змінюється (або за ініціативою сторони, яка надала такий договір, або за рішенням суду), то відповідні зміни повинні бути внесені у всі подібні договори за участю інших осіб з тим, щоб зберігся формуляр як

¹ У розумінні істотного порушення як такого, коли внаслідок завданої цим шкоди друга сторона значною мірою позбавляється того, на що вона розраховувала при укладенні договору.

такий. У протилежному випадку змінений договір приєднання перетворюється у договір із узгодженими умовами (навіть якщо зміни стосувалися лише однієї умови).

Підсумовуючи викладене, можна стверджувати, що в цілому ст. 634 ЦК спрямована на захист інтересів сторони, до якої приєднуються, але саме через це увага законодавця до договорів приєднання має бути підвищеною, враховуючи легальне визнання примату волі однієї із договірних сторін в таких відносинах. Втім головна проблема, яка має вирішуватися на законодавчому рівні, полягає у захисті сторони, яка приєднується, від недобросовісних умов формуляру, насамперед щодо звільнення особи, якою запропоновано формуляр, від відповідальності за порушення договору. І хоча в літературі зазначалося, що договори приєднання за своєю природою належать до таких конструкцій, правове регулювання яких ґрунтується не на їх захисті, а скоріше на настороженому ставленні законодавця до них¹, аналіз чинного законодавства України свідчить про недостатній захист інтересів слабкішої сторони в цих договорах.

З огляду на це метою сучасного договірного права замість декларативної абсолютизації договірної свободи слід визначити захист слабкішої сторони в договорі за умови «нерівності переговорних можливостей» від зловживання економічною владою з боку сильнішого, забезпечення балансу інтересів сторін у таких договорах і побудові їх на засадах добросовісності та справедливості. Причому досягти цього можна лише шляхом застосування імперативних норм, що є виключенням з диспозитивного регулювання договірних відносин, домінуючого на сьогодні в законодавстві України. Крім того, враховуючи, що зміст договорів приєднання може здебільшого знаходитися поза межами нормативних приписів, основний тягар по захисту слабкішої сторони від недобросовісності контрагента має бути покладений на суди, в тому числі господарські, оскільки саме вони можуть дати оцінку умовам (правилам) договору приєднання як явно обтяжливим (таким, що порушують права та законні інтереси іншої сторони в договорі).

¹ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Кн. 1. — С. 259

Основним способом захисту слабкішої сторони в договорах приєднання мають бути законодавчі правила про підстави і наслідки недійсності умов договору приєднання, оскільки ані недійсність договору приєднання в цілому, ані його розірвання не в змозі забезпечити реалізацію суто економічних інтересів сторони, яка приєдналася, її потреб в товарах, роботах або послугах. Перший крок у цьому напрямку зроблений, оскільки в ст. 207 ГК закріплений невичерпний перелік нікчемних умов договорів приєднання.

Насамперед, слід підкреслити, що за змістом статей 634 ЦК та 179 ГК договір приєднання визначається як правомірний, як такий, що відповідає усім умовам дійсності правочинів¹.

У статті 634 ЦК законодавцем не визначаються спеціальні підстави недійсності (нікчемності) умов договору приєднання: відповідно до частин 2 та 3 ст. 634 ЦК наявність у договорі приєднання умов певного змісту може бути підставою для зміни або розірвання договору приєднання, але окремі з них водночас кваліфікуються і як нікчемні, і як дійсні, що значно ускладнює правозастосування норм ЦК та ГК.

У цілому про можливу недійсність умов договору, що укладається шляхом приєднання, можна говорити з огляду на їх невідповідність вимогам розумності, добросовісності, справедливості (статті 203, 215 ЦК), яка, вочевидь, повинна встановлюватися судом при розгляді конкретної справи. При цьому, як зазначає Б. М. Гонгалло, критерії визначення обґрунтованості вимог сторони, що приєдналася до договору, формально-юридично досить розпливчасті і, прагнучи запобігти диктату однієї сторони (що, на наш погляд, неможливо з точки зору законів ринку. — О. Б.), нівелювати або пом'якшити наслідки такого диктату (остання мета дійсно може бути досягнута за допомогою правових засобів. — О. Б.), за-

¹ На це звертають увагу і коментатори ст. 428 «Договор присоединения» ЦК Російської Федерації (див., зокрема: *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право: Кн. 1. — С. 260; Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный). — С. 691).

кон надає суду право ігнорувати ідею юридичної (фактичної) рівності суб'єктів цивільних відносин¹.

Відповідно до ст. 634 ЦК за суб'єктним складом усі договори приєднання можуть бути умовно поділені на дві групи: 1) між суб'єктом підприємницької (господарської) діяльності та фізичною особою — споживачем певної продукції, робіт, послуг; 2) між суб'єктами підприємницької (господарської) діяльності². Для цих двох груп договорів приєднання у ЦК встановлені різні правила їх зміни та розірвання.

Частина 2 ст. 634 ЦК містить перелік умов, наявність яких у договорі може бути підставою для зміни або розірвання договору на вимогу сторони, що приєдналася, причому ця сторона не є суб'єктом підприємницької діяльності, що впливає із порівняльного аналізу частин 2 та 3 ст. 634 ЦК. Такими умовами є:

- 1) умови, що позбавляють сторону, яка приєдналася, прав, які вона звичайно мала;
- 2) умови про виключення чи обмеження відповідальності сторони, до якої приєднуються, за порушення зобов'язання;
- 3) будь-які інші умови, явно обтяжливі для сторони, що приєдналася.

У принципі всі визначені тут умови можна було б кваліфікувати як *явно обтяжливі умови або несправедливі*, причому така обтяжливість в найширшому розумінні означає їх невідповідність загальним засадам цивільного законодавства — справедливості, добросовісності, розумності (с. 3 ЦК)³.

¹ Гонгало Б. М. Идеи частного права: должное и сущее // Цивилистические записки: Межвуз. сб. науч. тр.: К 80-летию С. С. Алексеева. — М.: Статут — Екатеринбург: Институт частного права, 2004. — С. 80. — Вып. 3.

² Виділення договорів приєднання, що укладаються тільки між фізичними особами — споживачами теоретично можливе, але позбавлене будь-якого практичного сенсу, оскільки використання стандартної форми договору (формуляру) зумовлюється неодноразовістю, масовістю укладання договорів певного виду.

³ У зв'язку з цим підтримуємо пропозицію Р. А. Майданика щодо внесення доповнень до ст. 628 ЦК щодо визнання несправедливою умови договору, що не була окремо погоджена і створює суттєве порушення рівноваги у правах та обов'язках сторін договору на шкоду потерпілій стороні, яка з об'єктивних причин не могла виразити свою волю щодо такої умови договору (Майданик Р. А. Проблеми регулювання довірчих відносин у цивільному праві: Автореф. дис. докт. юрид. наук. — К., 2003. — С. 15).

У літературі вказується, що об'єктивний характер явно обтяжливих умов виявляється, зокрема:

— через сприйняття обтяжливості як явної «усіма та кожним»;

— у слові «розумність», оскільки інтереси сторони, що приєдналася, вважаються порушеними і підлягають захисту не тому, що саме ця сторона виходячи із власних інтересів та особливих обставин не уклала б договір, а тому, що будь-хто і кожен («розумний») на її місці вчинив би так само (тобто не став би укладати договір на таких умовах)¹.

З процесуальної точки зору (щодо розподілу обов'язку доказування) на сторону, що приєдналася, *покладається обов'язок* доведення тієї обставини, що вона не прийняла б явно обтяжливих умов за наявності можливості брати участь в узгодженні умов договору (за буквальним змістом ч. 2 ст. 634 ЦК), а також явно обтяжливого характеру умов договору приєднання². Отже, остаточний висновок у визначенні ступеня обтяжливості умов договору, так само як і її явного характеру, належатиме суду.

Слід також звернути увагу, що у випадку, коли підставою зміни або розірвання договору є позбавлення сторони, що приєдналася, прав, які вона звичайно мала, ця сторона повинна доводити існування таких прав. Головна проблема при цьому полягатиме в тому, який обсяг прав в зобов'язаннях слід сприймати як «звичайний», адже ув'язати обсяг цих прав із законодавчо визначеним для певного виду договірних відносин явно недостатньо, зважаючи на переважно диспозитивний характер регулювання договірних відносин за участю фізичних осіб — підприємців і, як наслідок, існування різного обсягу прав сторін в аналогічних договірних відносинах за участю різних контрагентів.

І, звичайно, з точки зору правила належності доказів, закріпленого в ст. 34 ГПК, це питання може бути сформу-

¹ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Кн. 1. — С. 263.

² Дозволимо собі взяти під сумнів однозначне сприйняття усіма і кожним очевидності обтяжливого характеру умов договору приєднання, як і в цілому «розумності».

льоване таким чином: чи повинен суд при вирішенні спору про зміну або розірвання договору приєднання досліджувати такі обставини, що знаходяться поза площиною конкретних договірних відносин (зокрема, якщо позивач — сторона, що приєдналася, — буде посилатися на такий обсяг прав, які звичайно мала у відносинах з іншою особою) і чи може він покласти такі обставини як докази в основу судового рішення. На нашу думку, відповідь має бути негативною, оскільки такі докази не можуть розглядатися як належні, і при оцінці обсягу прав, які «звичайно є», суду слід виходити із законодавчого «мінімуму» цих прав, в тому числі імперативних норм, які діють для сторін незалежно від їх включення до тексту договору.

І буквально, і системне тлумачення змісту норми ч. 2 ст. 634 ЦК дає підстави для висновку про те, що визначені в цій частині умови договору приєднання не кваліфікуються як такі, що суперечать чинному законодавству України. В протилежному випадку, враховуючи положення статей 203, 215, 217 ЦК щодо загальних вимог до змісту правочину і наслідків їх недодержання, законодавець мав би констатувати недійсність такого договору приєднання в цілому або принаймні недійсність його окремої частини. Уявляється, що підхід російського законодавця до вирішення цієї проблеми є точнішим: норма ч. 2 ст. 428 ЦК Російської Федерації¹, аналогічна правилу ч. 2 ст. 634 ЦК, вказує на можливість зміни або розірвання договору приєднання, який *хоча і не суперечить закону та іншим правовим актам* (курсив наш. — О. Б.), але позбавляє сторону, яка приєдналася, прав, які звичайно надаються за договорами такого виду, виключає чи обмежує відповідальність другої сторони за порушення або містить інші, явно обтяжливі для сторони, що приєдналася, умови, які вона виходячи із своїх розумно усвідомлюваних інтересів не прийняла б за наявності у неї можливості брати участь у визначенні умов договору.

У частині 3 ст. 634 ЦК встановлюється спеціальне правило зміни або розірвання договору приєднання у випад-

¹ Коментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный). — XXII, 778 с.

ку, коли стороною, що приєдналася, виступає *суб'єкт підприємницької діяльності*: право такого суб'єкта на захист своїх інтересів шляхом зміни або розірвання договору приєднання може бути реалізованим, якщо він не знав і не міг знати, на яких умовах приєднується. Застосування цієї підстави не пов'язується із наявністю в договорі приєднання умов, зазначених в ч. 2 ст. 634 ЦК (явно обтяжливих або несправедливих), принаймні виходячи із буквального тлумачення ч. 3 ст. 634 ЦК цього стверджувати не можна. Така позиція законодавця уявляється невиправданою і потребує виправлення шляхом внесення відповідних змін до ч. 3 ст. 634 ЦК, адже економічно слабкіший суб'єкт господарювання може виявитися так само не захищеним у відносинах із стороною, що пропонує для укладення формуляр, як і ті особи, що не займаються підприємницькою діяльністю.

Забезпечення законодавцем стабільності господарського обороту не повинно відбуватися за рахунок сторони, яка приєднується до договору у зв'язку із здійсненням підприємницької діяльності, а саме шляхом позбавлення її захисту від явно обтяжливих умов (зокрема, щодо виключення або обмеження відповідальності сторони, до якої приєдналася). Іншими словами, має бути знайдений баланс при вирішенні цих різнопланових завдань. Роль такого балансу повинна виконувати правова презумпція. Можна погодитися із О. А. Кузнецовою, що при укладенні договору приєднання основною презумпцією є *незнання* стороною, яка приєднується до договору у зв'язку із здійсненням підприємницької діяльності, на яких умовах вона укладає договір¹, причому спростовуватися ця презумпція має контрагентом сторони, що приєдналася.

Звичайно, може виникати питання, наскільки це узгоджується із такою загальною засадою цивільного законодавства, як розумність. Розумність полягає в тому, що при оцінці дій суб'єкта (в нашому випадку сторони договору) як розумних необхідно порівняти їх з еталонними діями серед-

¹ Кузнецова О. А. Презумпции в гражданском праве. — 2-е изд., испр. и доп. — СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2004. — С. 213.

ньої особи (фізичної, юридичної), перевірити можливість вчинення певних дій саме середньою, а не конкретною особою¹. В такому аспекті незнання стороною умов договору, до якого вона приєднується, начебто складно визначити як розумну поведінку, оскільки здійснення підприємницької (господарської) діяльності на власний ризик обумовлює підвищену турботливість суб'єкта господарювання до ведення своїх справ, у тому числі і до укладення договорів. Проте, враховуючи особливості саме цієї юридичної конструкції, нерівність переговорних можливостей при укладенні договору приєднання, в тому числі можливість недоведення належним чином стороною, до якої приєднуються, змісту окремих умов договору до відома своїх контрагентів (тим більше, що в сучасних умовах договори, в тому числі приєднання, досить часто укладаються «між відсутніми»), такий підхід у цілому уявляється виправданим.

Редакція ж норми — презумпції ч. 3 ст. 634 ЦК уявляється невдалою, і може бути сформульована таким чином: «Договір приєднання може бути змінений або розірваний на вимогу сторони, що приєдналася у зв'язку із здійсненням своєї підприємницької діяльності, за наявності умов, зазначених у ч. 2 ст. 634 ЦК, якщо не буде доведено, що вона знала або могла знати, на яких умовах укладає договір»². Враховуючи внутрішній зв'язок договорів приєднання із такими поняттями, що охоплюються ознакою «звичайності» (звичаї ділового обороту, узвичаєння, ділова практика), доведення того, що сторона, яка приєдналася, знала або могла знати, на яких умовах вона приєднується, не уявляється проблематичним.

Завершуючи розгляд положень ст. 634 ЦК, слід констатувати: ЦК не встановлює спеціальних підстав недійсності

¹ Детальніше про це див., зокрема: *Емельянов В. И.* Разумность, добросовестность, незлоупотребление гражданскими правами. — М.: Лекс-Книга, 2002. — С. 115—120.

² Оскільки об'єктивно існує можливість спростування будь-якої презумпції як індуктивно вірогідного припущення, презумптивна норма має складатися з гіпотези, диспозиції та контрпрезумпції: «Якщо А (гіпотеза), то припускається Б (диспозиція), якщо не доведено протилежне (контрпрезумпція)». (*Кузнецова О. А.* Презумпции в гражданском праве. — С. 230—232.

(нікчемності) окремих умов договору приєднання, через що підлягають застосуванню загальні підстави недійсності правочину або окремих його частин, встановлені ЦК. Сторона, яка приєдналася, не обмежена в своєму праві заявити вимогу про недійсність договору приєднання в цілому або окремих умов, але наявність в договорі явно обтяжливих (несправедливих) умов договору приєднання може бути лише підставою для зміни або розірвання договорів приєднання.

На відміну від ЦК в ст. 207 ГК законодавець визначив підстави нікчемності певних умов договору приєднання, яка не пов'язується із необхідністю застосування відповідних презумпцій та суб'єктивним ставленням до таких умов сторони, що приєдналася (обтяжливість, невідомість тощо). Критерієм нікчемності умови договору приєднання за змістом ч. 2 ст. 207 ГК є порушення такою умовою — самостійно або в поєднанні з іншими умовами зобов'язання — прав та законних інтересів другої сторони або третіх осіб. Різновидами нікчемних умов, що порушують права та інтереси другої сторони або третіх осіб, за змістом ч. 2 ст. 207 ГК є, зокрема, такі, що:

— виключають або обмежують відповідальність виробника продукції, виконавця робіт (послуг) або взагалі не покладають на зобов'язану сторону певних обов'язків;

— допускають односторонню відмову від зобов'язання з боку виконавця або односторонню зміну виконавцем його умов;

— вимагають від одержувача товару (послуги) сплати непропорційно великого розміру санкцій у разі відмови його від договору і не встановлюють аналогічної санкції для виконавця.

Порівняння норм ЦК та ГК дає підстави стверджувати, що законодавець використовує для характеристики умов договору приєднання і, що важливіше, правових наслідків включення їх до тексту формуляру різноплщинні поняття. Як було з'ясовано вище, явно обтяжливі умови в цивілістично-правовому аспекті не розглядаються як недійсні. Умови ж, які порушують права та законні інтереси контрагента, за визначенням є неправомірними, і питання може

полягати лише в ступені їх недійсності — абсолютній недійсності (нікчемності) або оспорюваності.

Важливою нормою, що міститься в ч. 2 ст. 207 ГК, є те, що законодавець вказує на *можливість* визнання недійсною *нікчемної* умови договору приєднання. В науково-практичному коментарі до Господарського кодексу України пояснюється, що в зазначеній частині ст. 207 ГК презумується недійсність зобов'язання і разом з тим встановлюється можливість визнання його дійсним у судовому порядку¹. З цим не можна погодитися, оскільки, по-перше, ч. 2 ст. 207 не є нормою-презумпцією, а, по-друге, можливість визнання дійсності нікчемної угоди (господарського зобов'язання, якщо користуватися термінологією ст. 207 ГК) в цій статті не передбачено. Крім того, не можна не враховувати і положення ч. 2 ст. 215 ЦК щодо того, що нікчемний правочин може бути визнаний судом дійсним у випадках, встановлених цим Кодексом.

Ця суперечність має бути усунена шляхом виключення із першого речення цієї частини слів «також» та «нікчемна». Тим самим будуть узгоджені частини 1 та 2 ст. 207 ГК і встановлено відносну недійсність (оспорюваність) умови договору приєднання, оскільки факт порушення такою умовою самостійно або у поєднанні з іншою умовою договору прав та законних інтересів сторони, що приєдналася, має бути встановлений судом при розгляді спору.

Системний аналіз ч. 1 ст. 207 ГК, в якій встановлено загальні підстави недійсності господарських договорів, та ч. 2 ст. 207 ГК, яка визначає спеціальні підстави нікчемності окремих умов договору, дає підстави стверджувати, що їх наявність у договорі приєднання зумовлює недійсність *окремої частини* договору. Очевидно, захищаючи інтереси сторони, що приєднується (а як нами було з'ясовано раніше, така сторона є економічно слабкішою і за відсутності конкуренції у певному сегменті ринку просто змушена вступати в такі договірні відносини), законодавець не встановлює недійсність (нікчемність) таких договорів. Законодавче визначення нікчемності договору приєднання, який

¹ Науково-практичний коментар Господарського кодексу України / Кол. авт.: Г. Л. Знаменський, В. В. Хахулін, В. С. Щербина та ін.; За заг. ред. В. К. Макутова. — С. 344.

містить в собі умови, що суперечать законодавству, в тому числі визначені ч. 2 ст. 207 ГК, було б і не конструктивним, оскільки певні потреби слабкішої сторони у товарах, роботах, послугах в такому випадку залишилися б нереалізованими, і несправедливим вирішенням проблеми, адже воля сторони, яка приєднується, ніяк не впливає на визначення умов договору приєднання.

Характеризуючи підстави недійсності умов договорів приєднання, визначені в ч. 2 ст. 207 ГК, слід мати на увазі, що вони реально можуть бути застосовані до тих випадків, коли законом не регулюється зміст певних видів договорів і які можуть бути укладені саме як договори приєднання.

Якщо порівнювати положення ч. 2 ст. 634 ЦК та ч. 2 ст. 207 ГК стосовно кваліфікації такої умови договору приєднання, як виключення або обмеження відповідальності виробника продукції, виконавця робіт, послуг, то колізія між ними, як уявляється, може бути усунена шляхом встановлення в ГК відносної недійсності такої умови. Це надасть можливість стороні, яка приєдналася до договору, обрати найбільш ефективний в конкретній ситуації спосіб захисту своїх прав та законних інтересів. У зв'язку з цим доречно згадати, що в системі загального права судами напрацьовані окремі правила тлумачення, що зазвичай застосовують на користь сторони, яка вимагає покладення відповідальності, і проти сторони, яка наполягає на звільненні від відповідальності. Ці правила є реакцією судів на нерівність переговорних можливостей, що часто призводить до нав'язування обтяжувальних або несправедливих умов договору, які повністю або частково звільняють сторону, що надала договір — формуляр, від відповідальності за його порушення, хоча, як зазначає В. Ансон, у відносинах між комерсантами умови про виключення або обмеження відповідальності не обов'язково розглядаються як недобросовісні або несправедливі. Більше того, вони можуть виконувати корисну функцію, коли передбачають, зокрема, розподіл ризиків між учасниками договору або вводять процедуру пред'явлення вимог¹.

¹ Ансон В. Договорное право / Пер. с англ. — М.: Юрид. лит., 1984. — С. 118.

Вказівка в ГК на нікчемність умови договору приєднання, якою на зобов'язану сторону не покладається будь-яких обов'язків, не несе, на наш погляд, змістовного навантаження: скоріше за все, про відсутність обов'язків буде свідчити відсутність в тексті договору відповідних умов. Зважаючи ж на те, що господарські договори переважно є синалагматичними (тобто кожна із сторін договору є носієм як прав, так і обов'язків), відсутність в договорі приєднання хоча б однієї *істотної* умови щодо обов'язків виконавця як активної сторони в договорі стосовно виготовлення товару, виконання роботи, надання послуги буде означати *відсутність* самого договору в розумінні його як юридичного факту, з яким пов'язуються відповідні правові наслідки.

Чинним законодавством в принципі допускається одностороння відмова від зобов'язання або одностороння зміна умов договору. Так, ч. 3 ст. 538 ЦК, яка регламентує зустрічне виконання зобов'язання, визначено, що у разі невиконання однією із сторін у зобов'язанні свого обов'язку або за наявності очевидних підстав¹ вважати, що вона не виконає свого обов'язку у встановлений строк (термін) або виконає його не в повному обсязі, друга сторона має право зупинити виконання свого обов'язку, відмовитися від його виконання частково або в повному обсязі. Про односторонню відмову від договору в повному обсязі або частково, право на яку може бути встановлено договором або законом, йдеться в ч. 3 ст. 651 ЦК. За правилами ст. 236 ГК у господарських договорах сторони можуть встановити таку оперативно-господарську санкцію як одностороння відмова від виконання свого зобов'язання управненою стороною, із звільненням її від відповідальності за це у разі порушення зобов'язання другою стороною, причому ст. 235 ГК не встановлено будь-яких обмежень щодо неможливості застосування такої санкції.

¹ Безсумнівно, що оцінка «наявності очевидних підстав» завжди буде суб'єктивною, і ступінь її обґрунтованості може встановити тільки суд при розгляді спору, який може виникнути у випадку незгоди контрагента із таким зупиненням виконання, відмовою від виконання повністю або частково.

Отже, в договорі приєднання може бути передбачено односторонню відмову від зобов'язання виконавця саме як оперативно-господарську санкцію. Причому ця умова про односторонню відмову виконавця від зобов'язання або односторонню зміну його умов а priori не може кваліфікуватися як нікчемна. Розглядаючи нікчемність окремих умов договору приєднання в контексті захисту інтересів слабкішої сторони, тим не менше не слід випускати із поля зору те, що така сторона сама може бути недобросовісним контрагентом (наприклад, не оплачувати послуги, що їй надаються). Невиконання або неналежне виконання такою стороною своїх зобов'язань за договором повинно тягти за собою застосування відповідних санкцій, тому, на наш погляд, обґрунтованість відмови виконавця від виконання зобов'язання повинна оцінюватися судом із врахуванням усіх обставин справи.

У цьому аспекті можна говорити і про односторонню зміну виконавцем (стороною, до якої приєдналися) умов договору. Із змісту ст. 634 ЦК випливає, що ініціатива зміни умов договору приєднання може виходити від тих осіб, що приєдналися, в тому числі у зв'язку із здійсненням підприємницької діяльності. Але таку можливість має і сторона, яка його розробила з огляду на відсутність спеціальної заборони. Одностороння зміна умов договору приєднання не повинна допускатися лише тією мірою, якою вона погіршує або додатково обтяжує сторону, що приєдналася. Але при цьому, по-перше, зміни тексту формуляру, як зазначалося вище, повинні стосуватися усіх контрагентів, а, по-друге, внесення таких змін до договору приєднання повинно розцінюватися як підстава для його розірвання за ініціативою сторони, що приєдналася, якщо це призвело до погіршення її становища.

В ГК має знайти закріплення правило про те, що недійсними можуть бути визнані умови договору приєднання, які змінені в односторонньому порядку виконавцем, якщо вони є неприйнятними для сторони, що приєдналася. При цьому сторона, що приєдналася, має право вимагати виконання договору на умовах, що були встановлені у формулярі, на дату укладення договору або вимагати розірвання договору та відшкодування завданих цим збитків.

Виходячи із змісту абзацу 4 ч. 2 ст. 207 ГК закон не виключає, що про односторонню відмову від договору приєднання може заявити сторона, що приєдналася, але при цьому до неї можуть бути застосовані санкції. Оскільки вид санкцій не уточнюється, то за змістом ст. 217 ГК ними можуть бути: відшкодування збитків, штрафні санкції, оперативно-господарські санкції. Фактичною підставою застосування будь-яких санкцій є невиконання або неналежне виконання зобов'язання. Якщо йдеться про відшкодування збитків, розмір яких має доводитися стороною, яка заявляє таку вимогу, то явно непропорційною санкцією, встановленою у договорі приєднання, може визнаватися лише заздалегідь визначений розмір збитків у твердій сумі або у вигляді відсоткових ставок (ч. 5 ст. 227). Уявляється, що явна непропорційність збитків у твердій сумі може встановлюватися шляхом її зіставлення із ціною договору.

У ГК законодавцем використано оціночне поняття «непропорційно великий розмір санкцій», що можна розглядати як різновид «явно обтяжливих умов», і яке повинно кваліфікуватися як таке, насамперед, судом. Однак формулювання ГК потребує коригування, оскільки результатом логічного тлумачення абзацу 4 ч. 2 ст. 207 ГК буде досить сумнівний висновок про те, що умова про непропорційно великий розмір санкцій для одержувача у разі відмови його від договору буде дійсною, якщо аналогічна санкція буде встановлена і для виконавця. Оскільки безпідставній відмові від договору приєднання запобігти неможливо, визначення в договорі приєднання відповідного засобу забезпечення виконання зобов'язань у випадку відмови від договору як одержувачем товару (роботи, послуги), так і стороною, що є виконавцем, є виправданим. На сьогодні за правилом п. 3 ст. 83 ГПК господарський суд має право зменшувати у виняткових випадках розмір неустойки (штрафу, пені), яка підлягає стягненню зі сторони, що порушила зобов'язання. Отже, у випадку, коли сторона, що приєдналася, виявилася недобросовісним контрагентом, було б несправедливим залишати інтереси сторони, що надала договір для приєднання, без захисту. Тому в ст. 207 ГК, як уявляється, слід встановити не нікчемність такої

умови, оскільки це означатиме неможливість застосування будь-якої санкції до несправного контрагента, а право суду зменшувати розмір санкції за безпідставну відмову від договору сторони, що приєдналася, до розумних меж (пропорційно ціні договору)¹.

Крім того, за змістом ст. 233 ГК суд має право зменшити розмір штрафних санкцій у двох випадках: 1) якщо вони надмірно великі порівняно із збитками кредитора; 2) якщо порушення зобов'язання не завдало збитків іншим учасникам господарських відносин. За правилами ч. 3 ст. 551 ГК розмір неустойки також може бути зменшений судом у випадку значного перевищення ним розміру збитків та за наявності інших обставин, що мають істотне значення. Таким чином, оскільки і в ГК, і в ЦК можливість зменшення розміру штрафних санкцій поставлена в залежність від співвідношення їх із збитками, відсутність таких збитків (а їх розмір має бути доведений) повинна означати неможливість такого зменшення, що стосовно договорів приєднання уявляється несправедливим.

Зважаючи на новизну конструкції договору приєднання та відсутність в Україні законодавчої традиції та усталеної судової практики щодо обмеження автономної нормотворчості може бути корисним західний досвід, який ґрунтується на ідеї захисту слабкішого партнера по комерційній угоді та визнанні недійсними тих умов договорів приєднання, які є не припустимими з точки зору добросовісної комерційної практики, особливо слід виділити норми, які спрямовані проти обмеження відповідальності (так звані виключні застереження)².

У деяких європейських країнах отримала розвиток система превентивного контролю, яка повинна запобігати застосуванню протиправних договірних застережень. Процесуальним засобом порушення провадження в суді в цьо-

¹ Оскільки в проекті Господарського процесуального кодексу, прийнятого Верховною Радою України за основу в першому читанні, відсутня стаття, аналогічна ст. 83 ГПК «Права господарського суду при прийнятті рішення», таке право суду необхідно зафіксувати в ГК.

² Комаров А. С. Ответственность в коммерческом обороте. — М.: Юрид. лит., 1991. — С. 150—158.

му випадку слугують так звані позови спілок та асоціацій (зокрема, споживачів) про неправомірність договірних застережень, причому у випадку, коли суд визнає їх такими, відповідач-підприємець зобов'язаний утримуватися від використання таких застережень у майбутньому, і не тільки у відносинах із позивачем, але й з іншими контрагентами².

У ЦК Квебеку норми стосовно недійсності умов договору приєднання, які мають на меті захист осіб, які приєднуються, об'єднані параграфом I «Про правові наслідки договору для його сторін» відділу V «Про правові наслідки договору», що само по собі свідчить про те, що ці норми не спрямовуються на недійсність договору як такого:

— умова, яка не включена до договору, але до якої є відсилка в договорі, вважається не дійсною, якщо в момент укладення договору до неї не було повернуто увагу сторони, що приєднується, якщо лише інша сторона не доведе, що наявність такої умови була відома стороні, яка приєдналася (ст. 1435);

— нерозбірлива або неясна для розумної особи умова договору приєднання є недійсною, коли внаслідок цієї умови стороні, що приєдналася, спричинена шкода, якщо тільки інша сторона не доведе, що нею були роз'яснені стороні, яка приєдналася, характер та сфера застосування зазначеної умови (ст. 1436);

— будь-яка зловживана умова договору приєднання є недійсною або обсяг встановленого в ній обов'язку може бути зменшений; зловживаною вважається будь-яка умова, яка надміру і несправедливо ставить у невігідне становище сторону, що приєдналася, і тим самим суперечить вимогам добросовісності (ст. 1437).

Таким чином, питання оцінки умови договору приєднання значною мірою перенесене в сферу суддівського регулювання і має вирішуватися на основі таких категорій, як розумність та добросовісність, законодавцем лише встановлена пріоритетність інтересів сторони, що приєдналася. В

¹ Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. — С. 37.

цілому в Принципах УНІДРУА та Європейських принципах контрактного права, в яких більша частина правил запозичена із національних правових систем і є апробованою, було зроблено перший крок до міжнародної уніфікації правил, які відносяться до формулярного права¹, втім дослідження цього питання виходить за межі цієї роботи².

² Відповідно до Принципів УНІДРУА недобросовісні умови можуть бути поділені на три великих групи: 1) невинуваті умови, що створюють суттєву нерівновагу в договірних відносинах; 2) нерозумні умови, що несумісні із цілями юридичної норми, яка змінена умовою, або суперечать загальним принципам права або публічному порядку; 3) умови, що виключають обов'язок сторони в договорі діяти розумно, обачливо, добросовісно, тобто звичайно для певного виду відносин (*Корецький А. Д.* Теоретико-правовые основы учения о договоре. — СПб.: Издво «Юридический центр Пресс», 2001. — С. 173—175).

² Детальніше про це див.: *Бахин С. В.* Субправо (международные своды унифицированного контрактного права). — С. 207—218.

Розділ III

ГОСПОДАРСЬКЕ ДОГОВІРНЕ ПРАВО І ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВОВОГО ГОСПОДАРСЬКОГО ПОРЯДКУ

3.1. Правовий порядок як смислоутворююча категорія господарського договірної права

У сфері господарювання необхідність спільних дій закладена в суспільному розподілі праці (в тому числі управлінні як різновиду суспільно корисної праці), який зумовлює не лише власне обмін результатами господарської діяльності — матеріальними та нематеріальними благами як товаром, а й організацію самого виробничого процесу в різних галузях економіки та створення умов нормального функціонування зв'язків між учасниками (особливо в умовах монополізації товарних ринків).

Основою соціальної співпраці в будь-якій сфері, її рушійною силою є різноманітні потреби членів суспільства, їх асоціацій та інтереси, які формуються на основі цих потреб і які мають бути задоволені в результаті соціальної взаємодії, що, в свою чергу, передбачає досягнення мінімально необхідного рівня їх узгодженості. Тому проблема розуміння категорії «правовий порядок» («правовий господарський порядок») та її значення для теорії права в цілому і господарського договірної права зокрема безпосередньо пов'язується з проблемою узгодження інтересів, які спонукають осіб до соціальної взаємодії.

Проблема узгодження інтересів в різних сферах суспільного буття завжди була предметом уваги

суспільних наук (філософії, соціології, економічної науки, правознавства), і питання *необхідності співвідношення* інтересів індивідуальних та суспільних (приватних та публічних) не має дискусійного характеру, а вододілом в різних соціально-економічних концепціях виступає лише пріоритет того чи іншого¹. Обговорювалася вона і в радянському правознавстві, хоча і в дещо інших термінах: як проблема поєднання індивідуального та колективного, солідарності інтересів в цивільному праві².

Основними аспектами відносин між суспільством та індивідом залишаються соціалізація та індивідуалізація. Якщо соціалізація передбачає усвідомлення людиною значення суспільства, сприйняття суспільних інтересів, норм, цінностей, традицій і виступає необхідною умовою самозбереження і розвитку суспільства, його членів, то індивідуалізація є розширенням свободи людини, її автономії. Порухення балансу соціалізації та індивідуалізації детермінує конфлікт, після подолання якого встановлюється новий баланс і нове співвідношення³.

У філософсько-правовій літературі зазначається, що правове буття людини як буття її можливостей виступає виявом діалектичної єдності можливостей самої людини і можливостей середовища, що її оточує. Але у праві необхідно перейти не лише до утвердження свободи людини, що ґрунтується на безмежності та невичерпності можливостей вибору, а й до здатності усвідомлювати суттєвість та буттєву значущість своїх можливостей, міру особистої відповідаль-

¹ Необхідність, яка постає перед кожною людиною, узгоджувати свої плани та свою поведінку з планами та поведінкою інших осіб та даними суспільного середовища *зумовлена самими принципами життя в суспільстві*: якщо людина діє серед рівних собі і не відмежовується від природи, а спрямована на взаємодію із подібними до себе, то вона повинна пристосовуватися до суспільства (*Бем Ф.* Частноправовое общество и рыночная экономика // Теория хозяйственного порядка: «Фрайбургская школа» и немецкий неоллиберализм / Пер. с нем.; Составление, предисловие и общ. ред В. Гутника. — М.: Экономика, 2002. — С. 205).

² Див., зокрема: *Новицкий И. Б.* Солидарность интересов в советском гражданском праве. — М.: Госиздат. юрид. лит., 1951. — 120 с.

³ *Удовика Л.* Антропологічні проблеми права під впливом глобалізаційних процесів // Підприємництво, господарство і право. — 2005. — № 6. — С. 5.

ності¹, хоча і на сьогодні поширеним в суспільній свідомості залишається уявлення в дусі Гоббса та Руссо про відносини індивіда та суспільства як антагоністичні².

Необхідність підтримання балансу між приватними та публічними інтересами, в тому числі у сфері господарювання, та обґрунтування такої необхідності за останнє десятиріччя стали не просто загальним місцем у правових дослідженнях, а й свого роду ознакою *bon ton* у правознавстві. Це питання супроводжується гіперболізацією значення приватного та публічного інтересів як критеріїв структуризації права. А це свідчить, на наш погляд, лише про те, що сучасна юридична наука після табування цієї проблеми протягом багатьох десятиріч значною мірою не просто «законсервувала» себе в межах понять, що існували тисячоліття тому, а й поставила себе перед необхідністю вирішення тих проблем, концептуальні підходи до вирішення яких були визначені в правознавстві ще наприкінці XIX — на початку XX сторіччя³.

¹ Удовика Л. Людина епохи постмодерну і право // Підприємство, господарство і право. — 2005. — № 7. — С. 32.

² Індивідуалістичні соціальні теорії наполегливо перебільшували значущість індивідуального «особистого інтересу», в його психологічному сенсі, як перешкоди інтеграції соціальних систем. У цілому ж, як зазначає Т. Парсонс, особисті мотиви індивідів ефективно включаються в соціальну систему через лояльність і членство в різних колективах. Безпосередньою проблемою вибору для більшості індивідів є проблема вибору та урівноважування своїх обов'язків у випадку конфлікту лояльностей індивіда (як відносно суспільства, так і відносно інших колективів) (Парсонс Т. Система современных обществ / Пер. с англ. Л. А. Седова и А. Д. Ковалева; Под ред. М. С. Ковалевой. — М.: Аспект Пресс, 1998. — С. 26).

³ Правий був О. Шпенглер, коли писав про те, що західноєвропейське правове мислення, перейнявши античні слова, засвоїло лише їх поверхове значення, адже в контексті розкривається лише логічне слововживання, але не життя, що лежить в основі. Не можна не погодитися з О. Шпенглером і в тому, що метафізику давніх правових понять, яка замовкла, не пробудити мисленням чужих їм людей, скільки б разів вони їх не застосовували. «Римское право перестало быть для нас источником вечно значимых фундаментальных понятий. Для нас оно ценно как свидетельство отношений, существовавших между римским бытием и римскими правовыми понятиями. Оно может научить нас тому, как на основании *собственного* опыта выстроить *собственное* право» (Шпенглер О. Закат Европы. Очерки морфологии мировой истории. 2. Всемирно-исторические перспективы / Пер. с нем. и прим. И. И. Маханькова. — М.: Мысль, 1998. — С. 85, 87).

Ідея гармонізації різних інтересів в суспільстві знайшла втілення в чинному законодавстві України. Статтею 13 Конституції України на державу покладається обов'язок забезпечувати соціальну спрямованість економіки. Деталізація цього обов'язку міститься, зокрема, в ч. 1 ст. 9 ГК, відповідно до якої стратегічна й тактична економічна та соціальна політика держави спрямовується на оптимальне узгодження інтересів суб'єктів господарювання і споживачів, різних суспільних верств і населення в цілому.

У законодавчих актах необхідність узгодження різних інтересів в суспільства встановлюється або у вигляді безпосередньої вказівки (як норма-принцип)¹, або визначається в інший спосіб, наприклад у вигляді вимоги відповідності дій суб'єкта, або певних відносин суспільним/публічним інтересам або схожим конструкціям (наприклад, публічно-му порядку) як критерію їх правомірності.

Законом України від 19 червня 2003 р. «Про основи національної безпеки України»² введено поняття національних інтересів, яке розкривається через життєво важливі матеріальні, інтелектуальні й духовні цінності українського народу як носія суверенітету і єдиного джерела влади в Україні, визначальні потреби суспільства і держави, реалізація яких гарантує державний суверенітет України та її прогресивний розвиток. Визначені цим Законом також загрози національним інтересам в економічній сфері, зокрема ослаблення системи державного регулювання і контролю у сфері економіки; небезпечне для економічної незалежності України зростання частки іноземного капіталу у стратегічних галузях економіки; неефективність антимонопольної політики та механізмів державного регулювання природних монополій, що ускладнює створення конкурентного середовища в економіці; критичний стан з продовольчим забезпеченням населення; переважання в діяльності управлінських структур особистих, корпора-

¹ Так, відповідно до ст. 4 Закону України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» одним із принципів цієї політики є принцип збалансованості, тобто забезпечення у регуляторній діяльності балансу інтересів суб'єктів господарювання, громадян та держави (ВВР. — 2004. — № 9. — Ст. 79).

² ВВР. — 2003. — № 39. — Ст. 351.

тивних, регіональних інтересів над загальнонаціональними (ст. 7 Закону).

Комунікативні властивості права, в тому числі його здатність упорядковувати існування соціуму, відносин не тільки між індивідами та їх асоціаціями, а й між ними та суспільством в цілому, його публічність (в розумінні приналежності всім членам суспільства) зумовлюють практичну недосяжність розрізнення у формально-юридичному сенсі понять «приватний інтерес» та «публічний інтерес»¹. Існують різні підходи до визначення категорії інтересу (теорія зовнішніх обставин, теорія внутрішнього фактора, теорія взаємодії), спільними моментами яких є такі: суб'єктом інтересу виступає окремий індивід або соціальна група; інтерес слугує продовженням потреби; інтерес пов'язаний з цілеспрямованою діяльністю та є її причиною; інтерес залежить від умов існування особи; інтерес відрізняється предметністю та змінюваністю; інтерес має характерні для нього способи реалізації; інтерес є об'єктом правової охорони (захисту) та умовою застосування нормативних приписів².

Для потреб правового регулювання суспільних відносин важливим є виділення серед різноманітних інтересів, які існують в суспільстві, тих, що підлягають захисту. Важливим орієнтиром в цьому слугує рішення Конституційного Суду України (КСУ) у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення окремих положень ч. 1 ст. 4 Цивільного процесуального кодексу України (справа про охоронюваний законом інте-

¹ Якщо пов'язувати приватний інтерес з особою (індивідом) як його носієм, то слід звернути увагу на такий важливий момент. В онтологічному сенсі особа, її основні права та свободи є головною цінністю, засобом реалізації яких слугують правові норми. Правові цінності складають елемент системи соціального управління суспільством, мають чітко виражений імперативний характер, що зумовлює їх приналежність до сфери обов'язкового (*Неновски Н.* Право и ценности. — М.: Прогресс, 1987. — С. 189, 190).

² Огляд позицій див., зокрема: *Вінник О. М.* Публічні та приватні інтереси в господарських товариствах: проблеми правового забезпечення: Монографія. — К.: Атіка, 2003. — С. 8—16; *Михайлов С. В.* Категория интереса в российском гражданском праве. — М.: Статут, 2002. — С. 12—26.

рес) від 1 грудня 2004 року № 18-рп/2004¹. Дослідивши етимологічний зміст слова «інтерес», КСУ виокремив кілька значень категорії «інтерес»: *загальносоціологічне* (об'єктивно існуюча і суб'єктивно усвідомлена соціальна потреба як мотив, стимул, збудник, спонукання до дії); *психологічне* (ставлення особистості до предмета як до чогось для неї цінного, такого, що притягує); *власне юридичне* (самостійний об'єкт правовідносин, реалізація якого задовольняється чи блокується нормативними засобами). Термін «охоронюваний законом інтерес» інтерпретувався КСУ як такий, що перебуває виключно у логічно-смісловому зв'язку із суб'єктивними правами, але прямо ними не опосередковується. Поняття «охоронюваний законом інтерес», на думку КСУ, означає правовий феномен, який: а) виходить за межі змісту суб'єктивного права; б) є самостійним об'єктом судового захисту та інших засобів правової охорони; в) має на меті задоволення *усвідомлених індивідуальних і колективних потреб*; г) не може суперечити Конституції і законам України, суспільним інтересам, загально визнаним принципам права; г) означає прагнення (не юридичну можливість) до користування в межах правового регулювання конкретним матеріальним та/або нематеріальним благом; д) розглядається як простий легітимний дозвіл, тобто такий, що не заборонений законом. Охоронюваний законом інтерес регулює ту сферу відносин, заглиблення в яку для суб'єктивного права законодавець вважає *неможливим або недоцільним*.

У рамках дихотомії поняття «інтерес» приватний інтерес може протиставлятися інтересу публічному як «не-суспільний», «не-загальний». Але в такому сенсі його можна розуміти і як інтерес окремої фізичної особи, і як інтерес суб'єкта права — колективного утворення (наприклад, підприємства), і як групи осіб, або соціальної страти (верстви) — економічної, професійної, політичної.

Не викликає сумніву те, що і в таких широких рамках, якими окреслюється приватний інтерес, інтереси окремих суб'єктів можуть бути протилежними, але при цьому мирно співіснувати. Разом з тим вони можуть входити в конфлікт один з одним, зокрема підприємницький інтерес

¹ Урядовий кур'єр. — 15 грудня 2004 р. — № 239.

монополіста на певному ринку товарів і послуг та інтерес окремого суб'єкта господарювання чи інтерес окремого споживача. Тому для права в цілому та господарського права зокрема важливим є не просто забезпечення поєднання публічних і приватних інтересів, а створення таких правових механізмів, які б дозволяли захистити приватний інтерес окремого — економічно слабкішого суб'єкта — від приватного інтересу того суб'єкта, який, наприклад, завдяки своєму монопольному становищу на ринку, схильний до зловживання ним¹. Право повинно слугувати як попередженню конфлікту, так і його замиренню, хоча «приведення інтересів сторін до спільного знаменника», тобто до створення правового компромісу лише до певної міри може бути забезпечене юридичними засобами. Суспільні (публічні) інтереси ми не можемо механістично виводити як суму інтересів індивідуальних, тим більше, що останні можуть якщо і не перебувати в антагонізмі із суспільними (публічними) інтересами, але і не збігатися з ними.

Кант вказував на те, що із приватного права в природному стані випливає постулат публічного права: ти повинен при відносинах неминучого співіснування з усіма іншими людьми перейти з цього стану у стан правовий, тобто стан розподільчої справедливості. Підстава цього аналітично виводиться із поняття права у зовнішніх взаємовідносинах на протилежність насильству².

¹ Напевне, і виникнення антимонопольного законодавства пов'язується з необхідністю обмеження природного тяжіння монополіста до такого ведення справ, за якого економічні вигоди, отримувані ним, супроводжуються позбавленням інших учасників ринку певних можливостей або ущемленням їх прав. Очевидно, що в такій ситуації приватний господарський/підприємницький інтерес слабкішого учасника, реалізація якого можлива лише в умовах конкуренції, збігається з інтересами більшості учасників господарського обороту та інтересами суспільства в цілому.

² Правовим станом, за Кантом, є взаємовідносини між людьми, що містять ті умови, лише за наявності яких кожен може користуватися своїм правом. Формальний принцип можливості такого стану названий Кантом суспільною справедливістю, яка може бути охоронювальна (*iustitia tutelatrix*), взаємонабуваюча (*iustitia commutative*) та розподільча (*iustitia distributive*). Неправовий, або природний стан — стан, в якому немає жодної розподільчої справедливості, протилежністю його виступає громадянський стан (*status civilis*) суспільства (*Кант И. Метафизика нравов // Кант И. Критика практического разума. — СПб.: Наука, 1995. — С. 350—351*).

Соціалізація індивіда та його інтеграція в соціальні групи (страсти як певні соціальні підсистеми) передбачає не лише усвідомлення індивідом свого інтересу як інтересу певної соціальної підсистеми, а в ряді випадків й добровільне узгодження, підпорядкування своїх індивідуальних інтересів інтересам груповим та вірогідну репрезентацію останніх¹. З огляду на рішення КСУ від 1 грудня 2004 року можна припустити, що поняття «охоронюваний законом інтерес» може вживатися лише стосовно приватних інтересів, серед яких, до речі, трапляються інтереси й нелегітимні (незаконні), але публічний інтерес (інтереси держави), який називається в законодавстві, може існувати тільки як легітимний і такий, що підлягає захисту, за умови доведення його порушення.

Основним питанням, яке має вирішуватися в процесі правового регулювання господарських відносин, є не встановлення того, де пролягає межа між приватними інтересами суб'єктів господарювання, та публічними інтересами, а в тому, з допомогою якого юридичного інструментарію господарське договірне право може забезпечувати узгодженість інтересів суб'єктів господарювання та суспільства в цілому. У кожних окремих правовідносинах може йтися лише про те, який інтерес переважає при нормуванні їх об'єктивним правом, індивідуальний чи соціальний².

Звертався КСУ і до визначення поняття «державний інтерес», яке є наближеним до поняття «публічний інтерес». У своєму рішенні стосовно справи про представництво прокуратурою України інтересів держави в арбітражному суді від

¹ Так, рішенням КСУ від 1 грудня 2004 р. вказано, що індивідуальні інтереси акціонерів, як правило, суперечливі, а нерідко й конфліктні, оскільки спрямовані на пошук і використання або створення шляхів і засобів для задоволення різних за обсягом і змістом потреб й відрізняються різними мотивами у таких бажаннях і прагненнях. Не можуть бути завжди тотожними інтереси власника однієї акції та інтереси держателя контрольного пакета акцій, лабільні інтереси міноритарного (дрібного) акціонера та стратегічні інтереси акціонерного товариства в цілому і т. ін.

² *Еллинек Г.* *Общее учение о государстве / Вступительная статья д-ра. юрид. наук, проф. Ю. И. Козлихина.* — СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2004. — С. 374.

8 квітня 1999 року № 3-рп/99¹, з'ясовуючи поняття «інтереси держави», КСУ встановив, що державні інтереси, закріплені нормами Конституції України і нормами інших правових актів, відрізняються від інтересів інших учасників суспільних відносин. В основі державних інтересів завжди є потреба у здійсненні загальнодержавних (політичних, економічних, соціальних та інших) дій, програм, спрямованих на захист суверенітету, територіальної цілісності, державного кордону України, гарантування її державної, економічної, інформаційної, екологічної безпеки, охорону землі як національного багатства, захист прав усіх суб'єктів права власності та господарювання тощо.

Конституційний Суд України вказав на те, що інтереси держави є *оціночним поняттям*, і зазначив, що інтереси держави можуть збігатися повністю, частково або не збігатися зовсім з інтересами державних органів, державних підприємств та організацій чи з інтересами господарських товариств з часткою державної власності у статутному фонді, але держава може вбачати свої інтереси не тільки в їх діяльності, а й в діяльності приватних підприємств, товариств². Про неможливість відмежування приватних і публічних інтересів у сфері права свідчить, зокрема, позиція Пленуму Верховного Суду України, який у постанові № 4 від 12 квітня 1996 р. «Про застосування законодавства, що забезпечує незалежність суддів» звернув увагу на те, що незалежність і недоторканність є не особистим привілеєм судді, а способом захисту публічних інтересів, насамперед прав і свобод людини та громадянина. Права людини й основні свободи мають внутрішній зв'язок із загальним благом, їх реалізація не може здійснюватися з руйнівною метою. При реалізації прав існує підпорядкування в кожному окремому випадку умовам та обмеженням, продиктованим справедливістю, і така реалізація прав перебуває під дією загального принципу заборони зловживати правом (ст. 30 Загальної декларації прав людини, ст. 17 Європейської конвенції про захист прав людини й основних свобод, ст. 5

¹ Постанови Пленуму Верховного Суду України за 1972—2002: Офіц. вид. / За заг. ред. В. Т. Маляренка. — К.: Вид-во А.С.К., 2003. — С. 23—30.

² ОВУ. — 1999. — № 15. — Ст. 614.

Міжнародних пактів про права людини)¹. Правові засади обмеження прав і свобод людини і громадянина закладені Конституцією України. Так, ст. 23 Конституції не тільки встановлюється право кожної людини на вільний розвиток своєї особистості, якщо при цьому не порушуються права і свободи інших людей, а й вказує на її обов'язки перед суспільством, саме в якому забезпечується вільний і всебічний розвиток її особистості. Існування та розвиток людини відбуваються зазвичай тільки в процесі задоволення її потреб. А останній опосередковується здебільшого такими «засобами», що є природно-історичними наслідками діяльності інших суб'єктів, тобто результатами суспільного виробництва (і матеріального, і духовного)².

Для цілей цієї роботи під публічним інтересом будемо розуміти визнаний державою та забезпечений правом інтерес соціальної спільноти, задоволення якого слугує умовою й гарантією її існування та розвитку³.

Саме оціночність понять публічного та приватного інтересів ускладнює використання їх як системоутворюючих критеріїв окремих видів договорів в господарському договірному праві. Хоча, слід сказати, що тема поділу торгового права за критерієм інтересу на приватне та публічне розвивалася в працях російських цивілістів і комерціалістів, починаючи з 70-х років XIX ст. Пізніше ця тема розроблялася в правознавстві 20-х років XX ст., але вона може бути усвідомлена лише в контексті відповідної історичної ситуації та соціологічної орієнтації радянської правової науки того часу, і заслуговує на окреме дослідження⁴.

¹ Селівон М. Критерії обмеження прав людини у практиці конституційного правосуддя // Вісник Конституційного Суду України. — 2005. — № 3. — С. 40.

² Рабінович П. Соціальна сутність прав людини: у світлі потребового підходу // Вісник Академії правових наук України. — 2005. — № 1(40). — С. 7.

³ Тихомиров Ю. А. Публичное право: Учебник. — М.: Изд-во «БЕК», 1995. — С. 55.

⁴ Аскназий С. Правовые формы товарного и планового хозяйства // Советское право. — 1926. — № 5(23). — С. 32—40; Наумов И. Роль и значение правовых форм в переходный период // Советское право. — 1926. — № 5 (23) — С. 5—31; Ельяшевич В. Б. «Социалистический сектор» советского народного хозяйства и гражданское право // Закон и

Спокуса використати критерій інтересу для поділу якщо не в цілому сучасного господарського права, то, принаймні господарського договірнього права, існує і сьогодні. Наприклад, В. Мілаш пропонує закріпити в ГК ієрархічно побудовану систему принципів договірнього права, серед яких головне місце повинні посідати принцип забезпечення публічних (економічних) інтересів та принцип забезпечення приватних (комерційних) інтересів у сфері господарювання¹. Але авторкою не доводиться, наскільки ці дискретні, дихотомічні по суті принципи забезпечення публічних та приватних інтересів можуть як вихідні норми, по-перше, сприяти гармонізації цих інтересів, а, по-друге, наскільки вони піддаватимуться однозначному тлумаченню не тільки самими сторонами договору, а й органами, які застосовують норми права (наприклад, господарським судом або органами Антимонопольного комітету). Крім того, кожен з цих принципів, взятий окремо, може призводити до гіпертрофування, деформації публічних і приватних інтересів, взятих також незалежно один від одного.

Відокремлення приватних інтересів від публічних уявляється вкрай складним не тільки в правовому аспекті (на рівні норм права), а й в ширшому — соціологічному аспекті. Постійною характеристикою будь-якого організованого суспільства будь-якого історичного періоду є соціальна стратифікація, тобто диференціація певної сукупності людей (населення) на класи в ієрархічному ранзі. У зв'язку з цим слід зауважити, що розчленовування соціальної дійсності можливе двома способами: 1) горизонтальне розшарування суспільства з виокремленням багатьох рівнів соціальної системи (суспільство в цілому — соціальні групи вищого ступеня спільності — соціальні групи нижчого ступеня спільності); 2) виокремлення різних сфер суспільного життя (економіка, політика тощо), що виступають як глобальні по відношенню до кожного з рівнів соціальної системи (іншими словами, це вертикальний розподіл усієї соціаль-

суд. Вестник Русского юридического общества. 1929—1938. Т. 1. 1929—1930. — Рига, 2000. — С. 154—156, 173—175; *Исаев И. А.* Становление хозяйственно-правовой мысли в СССР (20-е годы). — М.: Юрид. лит., 1986. — С. 33—59.

¹ *Мілаш В.* Принцип свободи підприємницького комерційного договору // Право України. — 2005. — № 2. — С. 40.

ної системи). Це дає можливість побудови соціальних моделей, в яких би враховувалися і горизонтальний, і вертикальний поділ, в іншому випадку такі моделі будуть недостатньо ефективними. Найбільш актуальним є побудова «синтетичних» соціальних моделей, в яких враховані обидва членування. При цьому одна з найбільш складних проблем полягає у визначенні таких реальних засобів, що дозволяють у вертикальних «зрізах» соціальної дійсності врахувати горизонтальні (і навпаки) з тим, щоб забезпечити найбільш повне описання системи¹.

Основою та сутністю соціальної стратифікації є нерівномірний розподіл прав і привілеїв, відповідальності та обов'язків, наявності чи відсутності соціальних цінностей, влади або впливу серед членів такого співтовариства. За різними ознаками (нерівного майнового стану членів суспільства, наявності управлінців і тих, ким керують, наявності різних за ступенем престижу професій) соціальна стратифікація існує у вигляді економічної, політичної та професійної². Отже, одним із завдань, яке має вирішуватися правом, є забезпечення необхідного та достатнього захисту певних страт (наприклад, економічно слабкіших суб'єктів господарювання), які в результаті економічної стратифікації опинилися на нижчому рівні відносно економічно сильніших суб'єктів, але вищому, наприклад, за споживачів³.

¹ *Блауберг И. В., Юдин Э. Г.* Становление и сущность системного подхода. — М.: Наука, 1973. — С. 242—243.

² Надзвичайно цікавою є методологічна ремарка П. Сорокіна: дослідники ще не повністю усвідомлюють ту велику різницю, яка є між вивіскою та дійсністю, словами та поведінкою людей; і хоча в конституціях сучасних демократій записано, що всі люди рівні, тільки наївна людина може припустити відсутність соціальної стратифікації (*Сорокин П.* Социальная стратификация и мобильность // *Человек. Цивилизация. Общество /* *Общ. ред., сост. и предисл. А. Ю. Согомонов:* Пер. с англ. — М.: Политиздат, 1992. — С. 302—304).

³ У вітчизняній літературі зверталася увага на те, що учасник цивільних відносин перебуває у фактичній (соціальної, матеріальної, моральної і т. ін.) залежності, тобто невідільності від інших учасників. Абсолютно вільне волевиявлення є міфічним індетермінізмом, і будь-яка фактична залежність людини, яка об'єктивно зумовлюється соціальною природою її існування й розвитку в суспільстві, засадничо виключає однаковість її реального статусу із статусом іншої людини (*Рабінович П.* Природно-правова ідеологія у Цивільному кодексі України // *Вісник Академії правових наук України.* — 2005. — № 2 (41). — С. 38).

Соціальна стратифікація суспільства, існування якої має враховуватися в правовому регулюванні господарських відносин, змушує звернути увагу і на суто економічну проблему. В сучасних працях з економічної теорії зазначається, що: 1) матеріальні потреби суспільства, тобто матеріальні потреби індивідів та інститутів, які його складають, буквально є безмежними, тобто такими, що не можуть бути задоволені; 2) економічні ресурси, або засоби для виробництва товарів і послуг, є обмеженими, або рідкісними. Через це на державу покладається відповідальність за забезпечення правової бази та суспільної атмосфери, які б сприяли ефективному функціонуванню ринкової системи; захист конкуренції; перерозподіл доходу та багатства; коригування розподілу ресурсів з метою змінити структуру національного продукту; стабілізацію економіки, тобто контроль за рівнем зайнятості та інфляції, що породжуються коливаннями економічної кон'юнктури, а також за стимулювання економічного росту¹.

Ситуація нерівності в економічному аспекті ускладнюється насамперед ростом монополій, коли стає нераціональним розподіл економічних ресурсів: кількість продавців стає настільки малою, що кожен з них вже не в змозі впливати на загальний обсяг пропозиції, а тому і на ціну продукту; монополія витісняє конкуренцію, і продавці можуть впливати на ринок і маніпулювати на ньому цінами для власної вигоди та на шкоду суспільству. Але поряд з цим існує особлива ситуація, коли монополізація певної галузі є економічно обґрунтованою. Природні монополії (наприклад, у сфері електроенергетики, газо- та водопостачання), виникають в ситуації нерентабельності конкуренції, коли ефект масштабу у виробництві та розподілі продукту є настільки великим, що для отримання низьких витрат на одиницю продукції та низької реалізаційної ціни необхідна широкомасштабна діяльність. Як зазначають економісти, можливими засобами забезпечення прийнятної поведінки

¹ Макконнелл К. Р., Брю С. Л. Экономика: принципы, проблемы и политика / Пер. с англ. 11-го изд. — К.: ХаГар, 1998. — С. 36, 94, 613; Самуэльсон П., Нордхаус В. Экономика / Пер. с англ. 16-го изд. — М.: Издат. Дом «Вильямс», 2003. — С. 29.

з боку природних монополій є державна власність і державне регулювання¹.

В якості постановки питання зазначимо, що на сьогодні ключовою соціально-філософською ідеєю, яка може концептуально впливати на господарське право (та, можливо, на ті галузі, які в літературі іноді називають соціальними), повинна виступати *ідея солідаризму*. Ця ідея знайшла теоретичне обґрунтування в загальній соціології та соціології права, дослідження її правових аспектів потребує окремої уваги. В сучасних умовах монополізації та глобалізації товарних ринків як ніколи раніше виявляється взаємопов'язаність інтересів і потреб членів суспільства та їх спільнот з інтересами та потребами суспільства як цілісної системи². Слід наголосити на тому значенні, якого ідея солідаризму набуває в міжнародно-правових уніфікаціях договірного права. У ст. 5.3 Принципів УНІДРУА встановлюється *обов'язок співпраці між сторонами* («кожна сторона повинна співпрацювати з іншою, якщо такої співпраці можна розумно очікувати у зв'язку з виконанням зобов'язання цією стороною»). Договір, як справедливо зазначається в коментарі до цієї статті, є не простою точкою, в якій перетинаються протилежні інтереси, а має розглядатися і як спільний проект, в якому кожна сторона повинна співпрацювати. Така позиція безпосередньо пов'язана з принципом добросовісності та чесної ділової практики, який червоною ниткою проходить через усе договірне право, а також має відношення до зобов'язання зменшення збитків у разі невиконання договору (відповідно до ст. 7.4.8, «сторона, яка не виконала зобов'язання, не відповідає за збитки, понесені іншою стороною, в тій мірі, в якій вони могли бути зменшені внаслідок розумних кроків потерпілої сторо-

¹ Докладніше див.: Макконнелл К. Р., Брю С. Л. Знач. праця. — С. 613—619.

² Уявляється, що один з найбільш цитованих висловів А. Сміта зберігає своє значення і в наш час: кожен індивід, прагнучи до примноження особистого капіталу, не думає про суспільні інтереси, прагнучи до задоволення приватного інтересу... У цьому випадку, як і в багатьох інших, він невидимою рукою спрямовується до мети, яка не входила в його наміри... Переслідуючи власні цілі, він часто найбільш дієво слугує інтересам суспільства, аніж тоді, коли свідомо прагне до цього (Смит А. Исследования о природе и причинах богатства народов. — М., 1962. — С. 332).

ни»)¹. Аналогічне правило встановлене і в ст. 1:202 Принципів Європейського договірного права: кожна сторона зобов'язана співпрацювати з іншою стороною задля одержання повного ефекту договору².

На початку нашої книги зверталася увага на те, що господарський договір виступає правовим засобом, з допомогою якого відбувається упорядкування та самоорганізація відповідних відносин. Якщо правильним є те, що договір як система мікрорівня слугує способом інтеграції інтересів його учасників, настільки ж основною функцією правової системи слід вважати інтеграцію в єдину систему членів суспільства та різного роду соціальних утворень і, внаслідок цього, забезпечення національної згоди в суспільстві. Основною соціально-філософською смислотворюючою категорією господарського договірного права пропонується розглядати категорію *правового порядку*.

Родовим відносно правового господарського порядку виступає поняття соціального порядку, яке використовується в суспільних науках для пояснення усталених зразків, постійних структур, процесів і змін, притаманних соціуму, які відображаються у поведінці та взаємодії індивідів, а також у функціонуванні соціальної системи в цілому³. Відомо, що ідея соціального порядку як певної форми буття соціуму зародилася ще в античній філософії (Платон, Арістотель), але як поняття та відповідні концепції оформлюється лише в епоху Просвітництва у вигляді теорії суспільного договору (Гоббс, Локк, Руссо), якій, за оцінкою Г. Еллінека, ми зобов'язані ідеєю прямого законодавчого визнання прав свободи вимогою правової держави та

¹ Принципы международных коммерческих договоров / Пер. с англ. А. С. Комарова. — М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996. — С. 114.

² Словосполучення «to give full effect to the contract» (ст. 1:202 Принципів) була перекладена російською як «полное исполнение договора», що дещо звучує, як уявляється, зміст обов'язку співпраці («Duty to Co-operate») (Принципы европейского договорного права // Вестник Высшего арбитражного суда Российской Федерации. — 2005. — № 3. — С. 124—177).

³ Наближеним за смыслом є поняття нормативного порядку як системи правил і очікувань, що визнаються й регулюють окремі соціальні ситуації (Всемирная энциклопедия: Философия / Главн. науч. ред. и сост. А. А. Грицанов. — М.: АСТ, Минск: Харвест, Современный литератор, 2001. — С. 998).

здійснення цієї вимоги через судові гарантії усієї правової сфери індивіда, в тому числі його публічних прав¹. У соціально-філософській традиції функціоналізму (Е. Дюркгейм — Т. Парсонс) соціальний порядок пов'язується з чільним місцем моральності та духовності в поясненні процесів соціальної інтеграції². Щоправда Е. Дюркгейм допускав наявність і необхідність конфліктів та інших деструктивних елементів, особливо в періоди швидких соціальних перетворень, а Т. Парсонс вирішальну роль відводив соціальній гармонії та солідарності, адже сам «порядок» у нього виступає як антитеза «дезінтеграції». Уявляється, що такий методологічний підхід може бути корисним і при дослідженні конструкції господарського правового порядку, закріпленої в ГК України.

Розробка теорії господарського правового порядку має провадитися і на стику з іншою суспільною наукою — економічною теорією³. В економічних школах ордолібераліз-

¹ Докладніше про договірну теорію див., зокрема: *Еллинек Г. Общее учение о государстве.* — С. 210—224.

² За Т. Парсонсом, такий порядок базується на підтримці та прийнятті соціальної норм та цінностей: соціетальний порядок (термін «соціетальний» вживається Парсонсом винятково для позначення понять, характеристик і процесів стосовно суспільства в цілому (*макрорівня*). — О. Б.) потребує ясної та відповідної інтеграції в розумінні послідовності нормативного устрою, з одного боку, та соціетальної гармонії і координованості — з іншого. Нормативний порядок на соціетальному рівні містить вирішення поставленої Т. Гоббсом проблеми — як запобігти переродженню людських відносин на «війну всіх проти всіх» (*Парсонс Т. Система современных обществ / Пер. с англ. Л. А. Седова и А. Д. Ковалева; Под ред. М. С. Ковалевой.* — М.: Аспект Пресс, 1998. — С. 23, 24).

³ У господарсько-правовій літературі наголошувалося на значущості економіко-правових досліджень, завдяки чому стає можливим економічне обґрунтування законодавчих новел. (Див., зокрема: *Мамутов В. К. На межі економіки і права // Экономика и право: Сб. науч. тр.* — К.: Юринком Интер, 2003. — С. 85—90).

⁴ Заснування цієї школи пов'язується з іменем Вальтера Ойкена, одного з найвидатніших німецьких економістів ХХ сторіччя, «духовного батька» соціального ринкового господарства, теорія якого є актуальною, насамперед, для суспільств, що трансформуються (*Ойкен В. Основы национальной экономики / Пер. с нем.; Общ. ред. В. С. Автономова, В. П. Гутника, К. Херрманн-Пиллата.* — М.: Экономика, 1996. — 351 с.; *Ойкен В. Основные принципы экономической политики / Пер. с нем.; Общ. ред. Л. И. Цедилина и К. Херрманн-Пиллата; вступ. сл. О. Р. Ладиса.* — М.: Прогресс, 1995. — 496 с.).

му⁴ та «гуманістичного неолібералізму»¹ була детально розроблена теорія господарського порядку. По суті економічна ідея теорії господарського (конкурентного) порядку є досить простою: найсприятливіші умови підприємництва та господарської діяльності не з'являються спонтанно, хоча окремі елементи зароджуються саме в процесі вільного ринкового обміну, конкуренції та самостійної інноваційної активності підприємця. Для того щоб ці елементи склалися в систему і щоб не взяли гору ті фактори, що обмежують свободу та конкуренцію, необхідна сила, упорядковуюча засада, яка може фіксувати та підтримувати правила гри на ринку. Такою силою може бути лише держава, але при цьому держава повинна не втручатися в конкретні господарські процеси (тобто регулювати порядок, а не процес), правила гри повинні бути однаковими за деякими незначними та визнаними всіма «гравцями» винятками, а елементи господарського порядку будуть збалансовані та пов'язані в не суперечливий спосіб². Таким чином, конкурентний порядок, який знайшов обґрунтування в цих економічних школах, є однаково далеким як від стихійного вільного ринку, так і від централізовано-планового господарства.

Як підкреслював В. Ойкен, ті чи інші господарські порядки не слід ототожнювати з відповідними правовими порядками, оскільки йдеться не про правові норми, а про *господарські факти*, форми, в рамках яких протікає повсякденний господарський процес³. До речі, в економічній теорії

¹ Ренке В. Коренные вопросы хозяйственного порядка // Теория хозяйственного порядка: «Фрайбургская школа» и немецкий неолиберализм / Пер. с нем.; Составление, предисловие и общ. ред. В. Гутника. — М.: Экономика, 2002. — С. 120—171.

² Теория хозяйственного порядка: «Фрайбургская школа» и немецкий неолиберализм. — С. III—IV.

³ Разом з тим становлення правового порядку в різний спосіб впливає на господарські порядки, і навпаки. Так, досить часто правові норми напрацьовуються безпосередньо суб'єктами господарського процесу в рамках вже усталеного господарського порядку. Наприклад, у Німеччині «Загальні умови укладення угод» були напрацьовані зусиллями окремих промислових підприємств, союзів промисловців, об'єднань комерсантів, банків і транспортних підприємств. Таким «правом, створеним самим господарством», було витіснено значну частину цивільного права, закріпленого німецькою державою (Ойкен В. Основы национальной экономики / Пер. с нем.; Общ. ред. В. С. Автономова, В. П. Гутника, К. Херрманн-Пиллата. — М.: Экономика, 1996. — С. 75—78).

«приватноправова» термінологія набуває зовсім іншого звучання. Приватноправовий порядок, як зазначає Ф. Бем, встановлює правила, які відповідають умовам кооперації та співіснування рівноправних індивідів, котрі здійснюють автономне планування; одночасно він (напрацьований порядок) чинить непомітний, але дуже відчутний вплив на вибір індивідуальних планів, їх зміст і коригування з врахуванням планів інших людей¹.

У рамках цього дослідження не уявляється можливим більш детальне викладення економічної теорії господарського (конкурентного) порядку. Тому лише наголосимо на двох важливих моментах. По-перше, зазначена теорія протистоїть тим «рецептам» реформування економік, що нав'язувалися країнам Східної Європи, у тому числі Україні, в яких було піднесено на рівень догмату свободу укладення договору та приватну власність, які начебто роблять можливим економічну свободу і добробут для всіх². По-друге, зазначена теорія протистоїть соціальній філософії «спонтанного порядку», який, за Ф. Гайєком, означає розвиток ринку за законами природи. Ф. Гайек виводить закон «групової селекції», відповідно до якого конкуренція колективів (зокрема, великих концернів) вирішує все, що складає цивілізацію. У конкурентній боротьбі ці колективи виступають за правові порядки, моральні уявлення та ідеї культурного будівництва, *а тому те, що бере гору в цій конкуренції*

¹ Бем Ф. Частноправовое общество и рыночная экономика // Теория хозяйственного порядка: «Фрайбургская школа» и немецкий неолиберализм / Пер. с нем.; Составление, предисловие и общ. ред В. Гутника. — М.: Экономика, 2002. — С. 206, 207.

² «Мислення категоріями порядку», як зазначає В. Освальт-Ойкен на прикладі приватизації державного майна за відсутності вільного ринку, показує хибність цієї посилки, адже приватна власність в конкурентних умовах, приватна власність на монополізованих ринках і навіть приватна власність в умовах приватнокапіталістичної централізовано-керованої економіки настільки різняться між собою, що одне і те ж правове поняття «приватна власність» може вводити в оману (Освальт-Ойкен В. Предисловие к русскому изданию // Ойкен В. Основные принципы экономической политики / Пер. с нем.; Общ. ред Л. И. Цедилина и К. Херрманн-Пиллата, вступ. сл. О. Р. Лациса. — М.: Прогресс, 1995. — С. 33). Український досвід приватизації державного майна, вочевидь, підтверджує правильність цієї тези.

правил, є виправданим (курсив наш. — О. Б.), оскільки це знаходить визнання. Якщо, в суспільстві, за Ф. Гайєком, утверджується та етика, яка є успішною в економічному плані, то тоді слід визнавати необхідність підпорядкування всіх суб'єктів господарювання тим етичним нормам, які стверджуються в діяльності монополій і олігополій за умов недосконалої конкуренції на українських ринках.

Нарешті, в теорії господарського порядку були осмислені й питання правової держави та її впливу на господарський порядок. При цьому було доведено, що *економічний порядок є проблемою політики упорядкування та одночасно створення правової держави*, яка повинна захищати своїх членів від двох загроз: від примусової влади державних органів, які в тій чи іншій мірі схильні до порушення прав особи, та від взаємних загроз членів суспільства та їх утворень. В умовах економічної політики *laizzer-faire* держава може захистити окрему особу від актів насильства та свавілля з боку державних органів, але не може захистити окрему особу від: 1) приватної економічної влади окремих осіб, що встановлюється внаслідок монопольного становища, конституційованого приватною власністю; 2) автономного права, створюваного економікою (формулярного права, що розглядалося нами вище. — О. Б.), яке породжується приватною владою і в якому переважає тенденція перерозподілу прав і обов'язків на користь однієї із сторін на ринку, в той час, як встановлене державою право прагнуло до забезпечення справедливого вирівнювання інтересів сторін¹.

Отже, розглядаючи господарський порядок як сукупність фактів і форм, в рамках яких протікає повсякденний господарський процес, крізь призму права, можна сформулювати таке концептуальне положення. *Реалізація в повному обсязі ідеї правової держави як підпорядкованого праву соціального інституту і невід'ємного елементу громадянського суспільства передбачає виконання нею не тільки певних соціальних обов'язків перед суспільством, а й легітимізовану можливість впливу на упорядкування (організацію) форм і фактів економічного процесу (обме-*

¹ Ойкен В. Основные принципы экономической политики. — С. 103—111.

ження у визначених випадках договірної свободи, контроль за діяльністю монополій, захист конкуренції у сфері підприємницької діяльності, захист прав споживачів тощо).

Категорія правового порядку знайшла закріплення в ч. 1 ст. 19 Конституції України: правовий порядок ґрунтується на засадах, відповідно до яких ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством. Цей принцип, доповнюючись правилом ч. 2 ст. 19 Конституції про те, що органи державної влади та місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією й законами України, складає основу господарського правового порядку, який виділяється нарівні з іншими видами правопорядку (конституційним, адміністративним, судовим тощо). Можна погодитися з висловленою в літературі думкою про те, що правопорядок в будь-якій сфері суспільних відносин є складною соціально-правовою структурою, в якій тісно переплетені елементи правового та неправового характеру, державного та загальносоціального змісту, інтереси соціальних груп, громадян і суспільства в цілому¹.

У загальній теорії права склалися різні підходи до визначення правового порядку, зокрема, як форми організації суспільного життя або стану правового життя суспільства²; як стану фактичної упорядкованості суспільних відносин, що виражає реальне, практичне здійснення вимог законності³; як сукупності правовідносин, котрі забезпечують підготовку і прийняття норм права, що відповідають конституції країни, її законам і виключають підміну норм права державною сваволею, а також як системи правовідносин, яка виникає і розвивається в суворій відповідності з чинними нормами права і яка забезпечує реалізацію цілей пра-

¹ Общая теория государства и права. Академический курс в 2 т. / Под ред. проф. М. Н. Марченко. Т. 2. Теория права. — М.: Изд-во «Зерцало», 1998. — С. 533.

² Там само. — С. 536, 554.

³ Алексеев С. С. Общая теория права: В 2 т. Т. II — М.: Юрид. лит., 1982. — С. 235.

вового регулювання¹; як частини суспільного порядку, тобто певної якості (властивості) системи суспільних відносин, що полягає у такому упорядкуванні соціальних зв'язків, який веде до узгодженості та ритмічності суспільного життя, безперешкодного здійснення учасниками суспільних відносин своїх прав і обов'язків та захищеності їх інтересів²; як стану (режиму) правової упорядкованості — урегульованості та узгодженості — системи суспільних відносин, які складаються в умовах реалізації законності³; як завершальної стадії реалізації правових ідей⁴. Цей неповний перелік визначень свідчить про те, що загальна теорія правового порядку перебуває в процесі становлення.

Разом з тим, якщо виділити з них (визначень) спільне, то можна стверджувати, що за будь-якого підходу правопорядок розглядається як певна якісна характеристика *стану* врегульованих нормами позитивного права суспільних відносин в їх динаміці, стану як ступеня реалізації права в конкретних ситуаціях. Динаміка правовідносин (їх розвиток, життя, припинення існування) пов'язується з формами реалізації права, які нами вже розглядалися, а саме дотриманням норм права (невчинення дій, заборонених законом), їх виконанням (вчиненням активних дій, спрямованих на реалізацію визначених законом обов'язків), використанням норм права суб'єктами на свій розсуд (вчиненням активних дій, дозволених або незаборонених правом). Власне, до такого висновку можна дійти і через тлумачення ч. 3 ст. 5 ГК України суб'єкти господарювання та інші учасники відносин у сфері господарювання здійснюють свою діяльність у межах *встановленого* правового порядку, *дотримуючись вимог законодавства*.

¹ Сырых В. М. Теория государства и права: Учебник. — 3-е изд., перераб. и доп. — М.: Юрид. Дом «Юстицинформ», 2004. — С. 367.

² Проблемы общей теории права и государства: Учебник для вузов / Под общ. ред. чл.-кор. РАН, докт. юрид. наук, проф. В. С. Нерсесянца. — М.: Изд. группа НОРМА-ИНФРА-М, 1999. — С. 475.

³ Скакун О. Ф. Теория государства и права: Учебник. — Харьков: Консум: Ун-т внутр. дел, 2000. — С. 492.

⁴ Васильев А. М. Правовые категории: Методологические разработки системы категорий теории права. — М.: Юрид. лит., 1976. — С. 223.

Під таким кутом зору можна було б сказати, що у сфері господарської діяльності стан правового порядку залежить від реалізації норм чинного законодавства. Але, з огляду на те, що однією з конституційних основ правового господарського порядку є принцип верховенства права (ч. 2 ст. 5 ГК України), у ширшому контексті можна було б сказати, що правовий господарський порядок визначається також і дотриманням норм інших соціальних регуляторів та індивідуальних правил поведінки, встановлених сторонами договору через саморегуляцію.

Слід зазначити, що, серед інших причин, господарське право не розглядається нами в системі координат «приватне—публічне»¹ і через те, що погляд на господарський правовий порядок крізь призму публічного та приватного може призводити до пояснення вибору типу правового регулювання господарських відносин лише з позицій диспозитивного чи імперативного в їх протиставленні.

Про диспозитивну та імперативну моделі побудови нормативного матеріалу пише С. С. Алексєєв, виокремлюючи елементами диспозитивної моделі суб'єктивне право та юридичні гарантії, а елементи імперативної моделі — правовий обов'язок та юридичну відповідальність. Учений зазначає, що за кожною з цих моделей розвивається ланцюжок юридичних засобів (прав і обов'язків, правових актів, практичних дій, покликаних забезпечити реалізацію суб'єктивного права)². Уявляється, що включення до суб'єктивного права заборон, з одного боку, конкретизує поняття самого суб'єктивного права як *міри* юридичної свободи конкретної особи, а з іншого — зумовлює необхідність включення до диспозитивної моделі й такого елемента, як юридична

¹ У протилежному разі ми повинні були б відшукувати не тільки «чисті» приватні й публічні інтереси суб'єктів господарювання, але й приватно-публічні та публічно-приватні, які повинні відображатися у тих чи інших господарсько-правових нормах і забезпечуватися за допомогою юридичного інструментарію.

² До суб'єктивного права, за С. С. Алексєєвим, входить так зване загальне право, смисл якого утворюється принципом «дозволено все, крім прямо забороненого законом», та конкретні *заборони*, що є винятком із загального права (Алексєєв С. С. Самое святое, что есть у Бога на земле: Иммануил Кант и проблемы права в современную эпоху. — М.: Изд-во НОРМА. 1998. — С. 194).

відповідальність. Включення заборони в конструкцію суб'єктивного права спонукає, крім того, і до необхідності відповісти на запитання про те, що слід розуміти під правовим обов'язком як елементом імперативної моделі, адже виконання обов'язку поглинає і пасивну поведінку (дотримання заборон), і активні дії по виконанню приписів. Таким чином, у площині реальної поведінки учасників суспільних відносин, у тому числі господарських, розмежувати ці дві моделі та їх елементи досить складно.

Мета диспозитивного регулювання договірних відносин полягає, на наш погляд, зовсім не в тому, щоб надати сторонам договору повну свободу розсуду у визначенні умов договору. Для цього достатньо було б взагалі не врегульовувати окремі фрагменти договірних відносин, залишивши їх у сфері *non jus*, поза дією будь-яких правових норм. Мета існування диспозитивних норм полягає в тому, щоб вирішити можливу колізію між усередненим, абстрактним інтересом, втіленим в юридичній нормі (інтерес кредитора, інтерес боржника, суспільний інтерес, інтерес споживача, інтерес суб'єкта господарювання тощо), і інтересами сторін конкретного договору у випадках, коли застосування загального правила, тобто диспозитивної норми, може виявитися для сторін недоцільним або навіть неможливим. Сторони в такому разі узгоджують у договорі інше правило поведінки, яке стає для них обов'язковим, доцільним і таким, що має бути безумовно виконаним¹.

Головна відмінність імперативної норми (та імперативного способу впливу на поведінку сторін договору) виявляється, отже, в тому, що втілений в такій нормі абстракт-

¹ На високому ступені обов'язковості диспозитивних норм наголошував В. І. Кофман, звертаючи увагу на таке. Оскільки існує можливість укладення господарського договору через органи держарбітражу та визначення умов договору його рішенням, вимога однієї із сторін про зміну правила диспозитивної норми, навіть підкріплена вагомими аргументами, далеко не завжди може бути реалізованою. Арбітраж, виносячи рішення, орієнтується переважно саме на той варіант поведінки, який закріплений в нормі (Кофман В. И. О согласовании правовых норм, регулирующих хозяйственные отношения // Антология уральской цивилистики. 1925—1989: Сб. статей. — М.: Статут, 2001. — С. 147). Така ситуація в цілому характерна і для застосування господарськими судами сучасних норм права (диспозитивних).

ний інтерес має бути реалізований в певних договірних відносинах незалежно від того, наскільки він збігається з інтересами сторін договору. Але головним, що об'єднує диспозитивні й імперативні норми, є їх націленість на встановлення мінімально необхідного ступеня упорядкованості договірних відносин, адже будь-які норми права виконують *прагматичну* функцію регулювання суспільних відносин і загалом існують для тих ситуацій, коли суб'єкти *мають можливість* обирати варіанти поведінки¹. Якщо ж такий варіант сторонами не обирається, місце їх узгодженої волі займає диспозитивна норма. Цю обставину слід підкреслити особливо, оскільки чинним законодавством (господарським або цивільним) безпосередньо не регулюється питання про заповнення так званих відсутніх умов договору (на відміну від правил тлумачення договору, встановлених ЦК). У ході тлумачення, як зазначає О.Ф. Черданцев, досить часто важливо не тільки з'ясувати смисл викладеного в тексті договору, а й встановити ті умови, яких там немає. Такими відсутніми умовами О. Ф. Черданцев називає диспозитивні та імперативні норми².

Диспозитивний та імперативний типи правового регулювання спрямовуються, насамперед, на засади формування правосуб'єктності (*статусу*) учасників відносин у сфері господарювання та її реалізації в їх відношенні один до одного³. Зважаючи на те, що ч. 1 ст. 5 ГК визначає, що гос-

¹ Черданцев А. Ф. Толкование права и договора: Учеб. пособие для вузов. — М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2003. — С. 9, 14.

² Там само. — С. 330.

³ У зв'язку з цим хотілося б нагадати, що в радянський період господарсько-правовою наукою відстоювався погляд на те, що удосконалення господарського механізму включає і новий підхід до визначення господарської компетенції окремих госпорганів. Треба відмовитися, як зазначав В. В. Лаптев, від казуїстичного способу встановлення прав підприємств і об'єднань шляхом перерахування в законодавстві того, що є дозволим: новий підхід має полягати в наділенні цих суб'єктів правом робити те, що прямо не заборонено законодавством, а для виконання статутних завдань вони повинні мати можливість приймати рішення з усіх питань, крім віднесених до компетенції органів господарського керівництва (*Лаптев В. В. Право и совершенствование хозяйственного механизма // Экономико-правовые проблемы совершенствования хозяйственного механизма. — М.: ИГПАН СССР, 1984. — С. 11*).

подарський порядок формується на основі оптимального поєднання ринкового саморегулювання економічних відносин суб'єктів і державного регулювання макроекономічних процесів, слід визнати, що господарський правовий порядок складається як в площині горизонтальних зв'язків суб'єктів господарювання, насамперед договірних відносин, так і в організаційних відносинах за участю суб'єктів організаційно-господарських повноважень — органів державної влади та органів місцевого самоврядування, яким, відповідно до ст. 6 ГК, забороняється незаконне втручання в господарські відносини. З огляду на це та на норму ч. 1 ст. 19 Конституції України, акти реалізації норм права суб'єктами організаційно-господарських повноважень мають насамперед характер дотримання (заборон) та виконання (приписів), існування ж такої форми правореалізації, як використання, значно обмежується, оскільки сфера власного розсуду таких суб'єктів у сфері незабороненого та дозволеного є незначною. Юридичною гарантією прав і законних інтересів суб'єктів господарювання в таких «вертикальних» відносинах є передусім, судовий контроль через визнання повністю або частково недійсними актів органів державної влади та органів місцевого самоврядування, що суперечать законодавству, ущемлюють права та законні інтереси суб'єкта господарювання (ст. 20 ГК)¹. Важливо відзначити, що вертикальні господарські відносини, побудовані на взаємних зобов'язаннях, в принципі, такі самі, як і відносини по горизонталі, — кожна із сторін має і права, і обов'язки².

Викладене дає підстави для висновку про те, що існування господарського правового порядку, в тому числі у сфері

¹ Слід звернути увагу на те, що законодавством України передбачені й інші способи захисту: *визнання незаконними рішення, дій чи бездіяльності органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб* (ст. 16 ЦК); *визнання недійсними актів з підстав, зазначених в законодавстві* (ст. 12 ГПК); *визнання протиправними рішення суб'єкта владних повноважень чи його окремих положень, дій чи бездіяльності і про скасування або визнання нечинним рішення чи окремих його положень із зазначенням способу його здійснення* (ст. 162 КАС).

² *Знаменский Г. Л. Хозяйственное законодательство Украины: Формирование и перспективы развития. — К.: Наукова думка, 1996. — С. 55.*

договірних відносин, має пов'язуватися з конструкцією *правового режиму*, під яким розуміється особлива, цілісна система регулятивного впливу, що характеризується специфічними прийомами регулювання — особливим порядком виникнення прав і обов'язків, їх здійснення, специфікою санкцій, способів їх реалізації, а також дією єдиних принципів, загальних положень, які поширюються на певну сукупність норм¹. Таким чином, з позицій позитивного права, господарський правовий порядок у договірних відносинах може бути визначений як реальна відповідність дій (актів правореалізації) суб'єктів господарського договору встановленому для певних видів договорів правовому режиму².

Слід сказати, що більш широкою категорією відносно господарського правового порядку виступає конструкція суспільного господарського порядку як заснована на законодавстві та реальних інтересах суспільства система правових і економічних засобів, спрямована на забезпечення стабільності й ефективності господарювання, задоволення та захист інтересів господарюючих суб'єктів. Економічні засоби, як зазначає Г. Л. Знаменський, можуть включатися до складу цього порядку лише тоді, коли вони здатні слугувати регуляторами господарських відносин (для цього вони мають бути закріплені в правових нормах або затверджені компетентними органами держави). До таких засобів віднесені індикативні плани, програми соціально-економічного і науково-технічного розвитку, субсидії, квоти тощо³. Правові, економічні та організаційні засади формування цілісної системи прогнозних і програмних документів економічного й соціального розвитку України, окремих галузей економіки та окремих адміністративно-територіальних одиниць як складової частини загальної системи державного регулювання економічного і соціального розвитку дер-

¹ Алексеев С. С. Общая теория права: В 2 т. Т. II — М.: Юрид. лит., 1982. — С. 245.

² До питання правового режиму господарських договорів ми зверталися раніше. Див.: *Беляневич О. А.* Господарський договір та способи його укладання. — К.: Наукова думка, 2002. — С. 65—71.

³ *Знаменский Г. Л.* Хозяйственное законодательство Украины. — С. 53; *Знаменский Г. Л.* Общественный хозяйственный порядок и законодательство // Государство и право. — 1994. — № 4. — С. 67.

жави визначаються Законом України від 23 березня 2000 р. «Про державне прогнозування та розроблення програм економічного і соціального розвитку України»¹. У сфері господарських договірних відносин особливим економічним засобом є насамперед державне замовлення, яке слугує підставою укладення державних контрактів, про що докладніше йтиметься далі.

Утвердження суспільного господарського порядку, який передбачає, серед іншого, і соціальну спрямованість економіки, пов'язується нами з: 1) конструкцією недійсності господарських договорів, яка є по суті засобом недопущення такої договірної саморегуляції господарських договірних відносин, що не сумісна з ідеєю підтримання належного рівня негентропії; 2) конструкцією організаційного господарського договору, яка є засобом забезпеченням організованості господарських договірних відносин; 3) конструкцією договорів у сфері державного господарювання як юридичного засобу виконання державою своїх функцій щодо забезпечення життєдіяльності суспільства.

Позитивне право як складова одного з компонентів соціального регулювання відносин має відповідний юридичний інструментарій для досягнення певної мети². Тому одним із перспективних напрямів розвитку теорії господарського права слід вважати проблематику юридичних засобів, спрямованих на забезпечення суспільного господарського порядку.

У рамках цього дослідження ми можемо поставити питання про ті юридичні конструкції договірного права та їх основні характеристики, які можуть ефективно використовуватися для вирішення основних завдань у сфері регулювання господарських відносин, визначених в преамбулі ГК, в тому числі забезпечення суспільного порядку.

Кодифікація норм про господарські договори не супроводжувалася моделюванням типів господарських договорів³.

¹ ВВР. — 2000. — № 25. — Ст.195.

² Кудрявцев В. Н., Казимирчук В. П. Современная социология права: Учебник для вузов. — М.: Юристъ, 1995. — С. 68.

³ У цій роботі термін «тип» використовується в наближеному до його етимології значенні (від гр. *typos* — відбиток, форма, зразок). Типом договору позначається модель, зразок для певної групи договорів, що об'єднуються спільністю внутрішніх рис.

Певною мірою це може бути пояснено з огляду на те, що в окремих законодавчих актах, які слугували нормативним матеріалом для кодифікації, також на достатньому рівні не було забезпечено деонтичну узгодженість, збалансованість та повноту норм, що регулюють господарські договори окремого типу. Найбільш наочно ця недосконалість виявилася в правовому регулюванні організаційних договорів і договорів у сфері державного господарювання, оскільки в ГК зазначені конструкції закріплені фрагментарно, що спонукає до створення цілісної уяви про них, принаймні на рівні теорії, та конструювання їх як *певних моделей* (еталонів)¹ у межах родового поняття «господарський договір» (абстракції вищого рівня стосовно всіх тих договорів, які відповідають певним кваліфікуючим ознакам).

Оскільки наша мета полягає у моделюванні кількох основних типів господарських договорів, які на цей час недостатньо досліджені в господарсько-правовій теорії, та виділення основних засад їх правового регулювання, необхідними є кілька методологічних пояснень. В класичній науковій парадигмі, в рамках якої до цього часу перебуває і правова наука, склалися певні постулати, зокрема про жорстку пов'язаність причинно-наслідкових зв'язків, сумірність причини та наслідку, про те, що випадковість є другорядною й такою, що не впливає на загальний перебіг подій, що нестійкість є чимось негативним, руйнівним, таким, що унеможлиблює розвиток подій у заданому напрямку, і в цілому цей розвиток уявляється як безальтернативний². Імперативне регулювання (заборони та позитивні зобов'язування) так само мало б спричинити безальтернативний, з

¹ Тема правового моделювання не є новою у правознавстві. Свого часу в цивілістиці предметом досить активної дискусії було питання про те, чи можливе існування цивільно-правових немайнових зобов'язань і на яких засадах і в який спосіб вони можуть моделюватися. (Див., зокрема: Красавчиков О. А. Гражданские организационно-правовые отношения // Антология уральской цивилистики. 1925—1989: Сб. статей. — М.: Статут, 2001. — С. 156—182; Мезрин Б. Н. Моделирование гражданско-правовых неимущественных обязательств // Антология уральской цивилистики. 1925—1989: Сб. статей. — М.: Статут, 2001. — С. 191—202.

² У сфері договірного права така безальтернативність закладена принципом *pacta sunt servanda*.

юридичної точки зору, ефект, але в дійсності воно не може виключити девіантну поведінку.

Це, зокрема, в перекладі на нормативну лексику, означає законодавче закріплення певних прав і обов'язків сторін договору. Тому при створенні нормативної моделі повинні бути прогнозовані можливі відхилення реальної поведінки сторін договору від тих параметрів, що закладені ними в їх програму (текст договору), та способи попередження можливих негативних наслідків цього відхилення. Ортодоксальний шлях полягає в тому, щоб знайти оптимальний варіант розвитку та неухильно йому наслідувати, в той час, як синергетичне сприйняття світу таким, що постійно змінюється, потребує майже безперервного коригування діяльності. Безумовно, сказане не заперечує необхідності закріплення в законодавстві певних заборон і позитивних зобов'язань, які не припускають альтернативних дій і повинні забезпечувати досягнення цілей правового регулювання господарських договірних відносин. Проте для тих господарських договорів, які мають важливе соціально-економічне значення, необхідно встановити особливі правила щодо можливої зміни умов таких договорів та їх розірвання з тим, щоб коригування договору (модифікація договірної моделі) або припинення його існування не тягли за собою неможливості реалізації певних публічних інтересів¹.

Існує два шляхи побудови ідеальних типів. Першим з них є емпіричний, за яким усталеність ознак, властивостей, що створюють тип об'єктів, встановлюється в результаті кількісно-якісної обробки та узагальнення емпіричних даних (насамперед, в конкретно-соціологічних дослідженнях). Нами обирається інший шлях — теоретичний, за яким, на противагу емпіричному, встановлення суттєвих ознак і властивостей, що утворюють тип, відбувається логічним шляхом, причому при теоретичній типології вибір як-

¹ Цікаво, що Гедеманн вважав найважливішою частиною зобов'язального права зовсім не договірне право, а вчення про ненормальності у виконанні зобов'язань поряд з вченням про відповідальність за шкоду. (Цит. за: *Гойхбарг А. Г. Хозяйственное право РСФСР: Т. I. Гражданский кодекс. — 3-е изд. — Москва—Петроград: Госиздат, 1923. — С. 119).*

існих елементів потребує обґрунтування в кожному конкретному випадку¹.

Моделювання типів теоретичним (логічним) шляхом передбачає, насамперед, *виділення головного*. Обґрунтування цього головного буде здійснено далі, наразі ж зазначимо, що в господарському договірному праві типологія господарських договорів може провадитися за кількома критеріями, які відображають різні сутнісні характеристики господарського договору:

1) майновий характер договорів, що зумовлює поділ на майнові та організаційні господарські договори;

2) за ознакою суб'єктного складу, а саме участі в договірних відносинах держави в особі органів, наділених організаційно-господарськими повноваженнями (слід наголосити, що ця участь безпосередньо пов'язана з виконанням державою своїх функцій в економічній і соціальних сферах суспільного життя, визначених Конституцією та законами України). Цьому критерію відповідатиме поділ на договори в сфері державного господарювання та, відповідно, договори у сфері недержавного господарювання.

Вибір організаційних договорів і договорів у сфері державного господарювання як об'єкта наукового інтересу зумовлюється тим, що нормативно-правове регулювання таких договорів виходить за межі цивільно-правового. Іншими словами, з точки зору процесів спеціалізації права напрям правового регулювання таких договорів завдається не правовою уніфікацією (інтеграцією), а правовою диференціацією та конкретизацією.

Але перед тим, в контексті питання правового порядку, уявляється необхідним звернення до проблеми недійсності договорів, яка в однаковій мірі стосується будь-якого типу господарського договору. Досягнення необхідного рівня упорядкованості господарських зобов'язальних відносин може існувати лише в контексті узгодженості інтересів суб'єктів господарювання з інтересами публічними. Саме крізь призму узгодженості інтересів нами буде розглянута

¹ Сильченко Н. В. Роль и место понятия «типология» в понятийном аппарате общей теории государства и права // Право и правотворчество: вопросы теории. — М.: ИГПАН СССР, 1982. — С. 57, 58.

юридична конструкція недійсності господарських договорів. По суті це питання має концептуальний характер як питання допустимих меж договірної саморегуляції у сфері господарювання, котра як індивідуальна складова соціального регулювання повинна функціонувати в принципі для досягнення тих же — суспільно-прийнятних — цілей, що і нормативне та судове регулювання.

3.2. Обмеження саморегуляції господарських договірних відносин

Забезпечення правового господарського порядку в Україні здійснюється з допомогою значної кількості юридичних конструкцій, у тому числі й тих, що належать до господарського договірного права як комплексного інституту¹. Певна частина таких конструкцій є універсальною і в рамках правової інтеграції (уніфікації) закріплюється в цивільному законодавстві, частина ж має суто господарсько-правовий характер і міститься в ГК та інших спеціальних нормативно-правових актах (такими, зокрема, є власне конструкція господарського договору, окремих видів господарських договорів, наприклад оренди, концесії, лізингу, штрафних санкцій, оперативно-господарських санкцій, господарсько-правової відповідальності тощо). Особливості господарсько-правових юридичних конструкцій як результат правової диференціації значною мірою визначаються сферою їх застосування.

Проведена кодифікація господарського законодавства, в тому числі норм про господарські договори, виявила необхідність ретельного відпрацювання галузевих юридичних конструкцій як модельних схем, що повинні якомога ефективніше забезпечувати досягнення цілей правового регулювання відносин у сфері господарювання.

¹ Найбільш суттєвим для поняття «конструкція» в будь-якій сфері, у тому числі діючих в суспільстві соціальних і правових порядків, розуміється інтелектуальне вирішення певної проблеми, яке виражається в оптимальній моделі побудови прав, обов'язків, відповідальності, відповідних юридичних фактів (Алексеев С. С. Юридические конструкции — ключевое звено права // Цивилистические записки: Межвузовский сб. науч. тр. — М.: Статут, 2001. — С. 6, 12).

Однією з центральних в господарському договірному праві є юридична конструкція недійсності господарського договору/угоду (підстав та наслідків), закріплена в статтях 207, 208 ГК. Вичерпний перелік підстав недійсності господарських договорів, встановлений у ст. 207 ГК, являє собою не тільки обмеження договірної свободи сторін, а й, насамперед, *орієнтир вільного розсуду*, оскільки створює або, принаймні, повинен створювати правову впевненість суб'єктів у тому, що вони можуть користуватися перевагами договірної саморегуляції своїх господарських відносин на власний розсуд з огляду на ті критерії, з якими пов'язується небажаність або навіть шкідливість такої саморегуляції для суспільства чи інтересів інших осіб (наприклад, споживачів).

По суті недійсність договору означає, що саморегуляція прав і обов'язків у тому вигляді, в якому вона була здійснена сторонами, вважається такою, що *не діє*, і тягне за собою наслідки, передбачені законом. Головним питанням залишається визначення ступеня неприпустимості цієї саморегуляції: безумовно неприпустимий (і в такому разі йтиметься про нікчемні договори) або умовно припустимої (оспорювані договори).

Теоретичні проблеми недійсності угод досліджувалися досить активно як в дореволюційний, так і в радянський періоди в основному в цивілістичних рамках. Аналізу матеріально-правових і процесуальних аспектів¹ недійсності господарських договорів як дво- чи багатосторонніх господарських угод та їх правових наслідків мають передувати певні пояснення щодо понятійного апарату ГК та ЦК тією мірою, в якій ми не зверталися до нього при розгляді питання про місце й роль договору в механізмі соціальної дії права. Господарські зобов'язання, в тому числі ті, що виникають з договорів, подібно до всіх інших правовідносин, виникають при настанні певних юридичних фактів або їх сукупності². У по-

¹ Не можна не звернути увагу на те, що в площині проблеми недійсності господарських договорів досить рельєфно проявляється зв'язок між нормативним, індивідуальним і судовим регулюванням господарських договірних відносин як складових їх соціального регулювання.

² Як зазначив О. О. Красавчиков, юридичні факти виступають в якості конкретної (окремої) правової основи динаміки конкретних правовідносин (Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве // Красавчиков О. А. Категории науки гражданского права: Избр. тр.: В 2 т. Т. 2. — М.: Статут, 2005. — С. 76).

нятті юридичного факту діалектично поєднується два суперечливі моменти: явище дійсності — подія або дія (матеріальний момент), яке породжує в силу приписів норм права певні правові наслідки (юридичний момент)¹. Але якщо значення події обмежується настанням правових наслідків, визначених законом, то договір як акт вольового характеру (дія) визначає, крім того, відповідно до вимог закону конкретний зміст правомочностей і обов'язків учасників породжуваних ним правовідносин. Якщо змістом договору є сукупність його умов, визначених сторонами або законом, то зміст зобов'язання складають *права та обов'язки* сторін (причому суб'єктивне право іменується правом вимоги, а обов'язок — боргом)². Однією з підстав виникнення господарського зобов'язання, визначених ст. 174 ГК, є господарський договір та інші угоди, передбачені законом, а також угоди, не передбачені законом, але такі, які йому не суперечать. Отже, господарський договір в контексті цієї статті слід розуміти як різновид угоди.

За змістом ст. 20 ГК одним із способів захисту прав суб'єктів господарювання є визнання *недійсними господарських угод* з підстав, передбачених законом. Проте у ст. 207 сформульовані підстави недійсності господарських зобов'язань: 1) невідповідність вимогам закону, 2) вчинення з метою, яка завідомо суперечить інтересам держави і суспільства; 3) порушення принаймні одним з учасників господарських відносин господарської компетенції (спеціальної правосуб'єктності)³. Отже, законодавець поставив знак рівності між недійсністю господарських угод і недійсністю господарських зобов'язань. Але з теоретичної точки зору це невірно: подібно до того, як в одному понятті не можуть об'єднуватися юридичний факт і його правові наслідки, виключається можливість утворення єдиного поняття договірної угоди та договірної зобов'язання⁴. Таким чином, мож-

¹ Общая теория государства и права. Академический курс в 2 т. / Под ред. проф. М. Н. Марченко. Т. 2. Теория права. — М.: Изд-во «Зерцало», 1998. — С. 281.

² *Иоффе О. С.* Избранные труды: В 4 т. Т. III. Общее учение об обязательствах. — СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2004. — С. 54, 76.

³ Аналогічні правила ЦК 1963 р. стосувалися недійсності *угод*.

⁴ *Иоффе О. С.* Избранные труды: В 4 т. Т. III. Общее учение об обязательствах. — СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2004. — С. 76.

на вести мову не про недійсність юридичного наслідку (договірною зобов'язання), а саме юридичного факту (договору) як підстави його виникнення. Практично такі термінологічні особливості ГК викликають необхідність побудови логічного ряду понять «господарська угода» — «господарський договір» — «господарське зобов'язання» з метою обґрунтування позовної вимоги про визнання угоди/договору недійсним на підставі ст. 207 в порядку господарського судочинства.

Оскільки за весь час дії ЦК та ГК законодавцем так і не було усунуто основних колізій між кодексами, заслуговує на підтримку прагматична позиція суддів Верховного Суду України в цьому питанні: враховуючи, що в ЦК та ГК, в інших законах терміни «зобов'язання», «договори», «правочини» часто використовуються як тотожні, положення статей 207, 208 ГК мають тлумачитися як такі, що стосуються недійсності правочинів¹.

Некоректність формулювання «недійсність господарського зобов'язання» має й інший аспект. З огляду на зміст статей ГК — 173 «Господарське зобов'язання», в якій визначено основні види господарських зобов'язань (майново-господарські та організаційно-господарські), 177 «Соціально-комунальні зобов'язання суб'єктів господарювання» та 178 «Публічні зобов'язання суб'єктів господарювання» — можна припустити, що підстави недійсності зобов'язання, встановлені в ч. 1 ст. 207 є універсальними для всіх перерахованих видів господарських зобов'язань. Утім таке припущення буде помилковим. Відповідно до частин 1, 3 ст. 176 ГК підставою виникнення організаційно-господарського зобов'язання, що складається у процесі управління господарською діяльністю між суб'єктом господарювання та суб'єктом організаційно-господарських повноважень, в силу якого зобов'язана сторона повинна здійснити на користь другої сторони певну управлінсько-господарську (організаційну) дію або утриматися від певної дії, а управнена сторона має право вимагати від зобов'язаної сторони виконання її обов'язку, може бути договір.

¹ Проблемні питання у застосуванні Цивільного та Господарського кодексів України / За ред. А. Г. Яреми, В. Г. Ротаня. — К.: Реферат, 2005. — С. 285—316.

Іншими словами, господарський договір не є єдино можливою підставою виникнення організаційно-господарського зобов'язання. Більше того, з огляду на можливий суб'єктний склад такого зобов'язання (зокрема, суб'єкт господарювання — власник-засновник/орган державної влади/орган місцевого самоврядування — наділений господарською компетенцією щодо цього суб'єкта) і наявність владних повноважень в однієї сторони організаційно-господарського зобов'язання по відношенню до іншої, така підстава є скоріше винятком, аніж правилом. Найбільш поширеними підставами виникнення організаційно-господарських і соціально-комуніальних зобов'язань є закон, інший нормативно-правовий акт, що регулює господарську діяльність, та акт управління господарською діяльністю. Якщо нормативно-правовий акт, який регулює господарську діяльність, або акт управління господарською діяльністю порушує права та законні інтереси суб'єкта господарювання, то способом захисту прав останнього, відповідно до ст. 20 ГК, є, зокрема, визнання повністю або частково недійсними актів органів державної влади та органів місцевого самоврядування, актів інших суб'єктів¹.

Як зазначив ВГСУ в п. 2 роз'яснення № 02-5/35 від 26 січня 2000 р. «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з визнанням недійсними актів державних чи інших органів»², підставами для визнання акта недійсним є невідповідність його вимогам чинного законодавства та/або визначеній законом компетенції органу, який видав цей акт. Обов'язковою умовою визнання акта недійсним є також порушення у зв'язку з його прийняттям прав і охоронюваних законом інтересів підприємства чи організації — позивача у справі³. Крім того, відповідно до

¹ Для порівняння: Статтею 21 ЦК України передбачено визнання незаконними правового акта індивідуальної дії та нормативно-правового акта органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування, якщо такий акт суперечить актам цивільного законодавства і порушує цивільні права чи інтереси. Отже, визнання недійсними актів інших органів не передбачено ЦК.

² Вісник Вищого арбітражного суду України. — 2000. — Число 2 (10).

³ Про матеріально-правові підстави визнання недійсними актів детальніше див.: *Беляневич В. Е.* Арбітражне судочинство: визнання недійсними актів державних та інших органів: Навч. посібник. — К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2001. — С. 8—74.

ст. 4 ГПК, господарський суд, вирішуючи господарський спір, наділений правом не застосовувати акти державних та інших органів, якщо вони не відповідають законодавству України.

З огляду на викладене, правомірним буде запитання, наскільки обґрунтованим і доцільним є надання універсального характеру традиційним підставам недійсності угод/правочинів з поширенням їх на нормативно-правові акти та акти державних та інших органів?. Відповідь має бути негативною, що означає неможливість застосування норми ч. 1 ст. 207 ГК до організаційно-господарських зобов'язань, які виникають не з господарського договору, а з інших підстав.

Якщо закон є підставою виникнення організаційно-господарського, соціально-комунального або публічного зобов'язання (в ряді випадків такою підставою буде складний юридичний факт — закон і договір), то питання недійсності такої підстави не може бути предметом розгляду в господарському суді. Адже оцінка конституційності законів та інших правових актів Верховної Ради України, актів Президента України, актів Кабінету Міністрів України, правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, у тому числі тих, що регулюють господарську діяльність, відповідно до ст. 13 Закону України «Про Конституційний Суд України» віднесена до повноважень Конституційного Суду України.

Враховуючи можливість різного тлумачення вислову «недійсність господарського зобов'язання», з метою упорядкування термінології ГК та узгодження її з іншими актами чинного законодавства, вважаємо необхідним змінити назву ст. 207 ГК на «Недійсність господарських угод», узгодивши її таким чином, по-перше, з визначенням у ст. 20 відповідного способу захисту прав суб'єктів господарювання і, по-друге, з положеннями ст. 174 про підстави виникнення господарських зобов'язань. Відповідно пропонується у назві ст. 208 та в її тексті словосполучення «господарські зобов'язання» замінити на «господарські угоди». Підстави недійсності інших підстав виникнення господарських зобов'язань мають бути врегульовані окремою статтею.

Крім назви ст. 207 ГК, потребують теоретичної оцінки і її правила. Підстави недійсності господарських угод/дого-

ворів, відповідно до ст. 207 ГК, значною мірою є тим нормативним матеріалом, який раніше містився у статтях 48, 49 ЦК 1963 р., та в модифікованому вигляді — ст. 50 ЦК 1963 р. Можна стверджувати, що і раніше, в ЦК УРСР 1963 р., і на цей час основне призначення конструкції недійсності угод (господарських угод) полягало, насамперед, у забезпеченні захисту публічних інтересів у широкому їх розумінні: і у випадку, коли сторонами порушуються імперативні норми законів, призначені для підтримання правопорядку в різних сферах суспільства; і у випадку, коли умисел сторін угоди є несумісним з інтересами держави та суспільства; і у випадку, коли наявні дефекти правосуб'єктності сторони угоди (його господарської компетенції або спеціальної правосуб'єктності). З огляду на це в основному зберігають своє пізнавальне значення акти вищих судових інстанцій (ВСУ та ВГСУ) щодо практики застосування норм цивільного законодавства про недійсність угод.

У літературі обґрунтовано зверталася увага на те, що невідповідність угоди вимогам закону не підлягає розширеному тлумаченню, яке поширює поняття закону і на нормативно-правові акти (підзаконні)¹. У зв'язку з цим можна поставити під сумнів правильність, якщо і не позиції ВСУ, то принаймні редакції останнього абзацу п. 5 постанови Пленуму ВСУ від 28 квітня 1978 р. «Про судову практику в справах про визнання угод недійсними». У зазначеному абзаці вказується на те, що в разі визнання угоди недійсною за ст. 48 ЦК суд повинен у рішенні послатись на *нормативно-правовий акт* (курсив наш. — О. Б.), вимогам якого угода не відповідає, і, на наш погляд, у нього мають бути внесені відповідні зміни стосовно вказівки на посилання в рішенні в таких випадках на *закон*, вимогам якого угода не відповідає.

Під вимогами закону, невідповідність яким господарської угоди є підставою її недійсності, слід розуміти імперативні норми кодексів і спеціальних законів, якими регулюються окремі види господарських відносин. Так, якщо за

¹ Науково-практичний коментар Господарського кодексу України / Кол. авт.: Г. Л. Знаменський, В. В. Хахулін, В. С. Щербина та ін.; За заг. ред. В. К. Макутова. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — С. 343.

загальними правилами про договори в ЦК та ГК невиконання чи неналежне виконання договору не тягне за собою правових наслідків у вигляді визнання його недійсним, а заінтересована сторона має право вимагати розірвання договору або застосування інших передбачених законом чи договором наслідків, то, відповідно до ч. 5 ст. 27 Закону України «Про приватизацію державного майна», на вимогу однієї із сторін договір купівлі-продажу може бути розірвано або визнано недійсним за рішенням суду в разі невиконання іншою стороною зобов'язань, передбачених договором купівлі-продажу, у визначені строки. Частиною 9 цієї ж статті встановлюється правовий наслідок розірвання в судовому порядку договору купівлі-продажу об'єкта приватизації у зв'язку з невиконанням покупцем договірних зобов'язань у вигляді *повернення приватизованого об'єкта у державну власність*¹. Окремим випадком недійсності господарського договору як такого, що не відповідає вимогам закону, слід вважати недотримання встановленого законом спеціального порядку укладення господарського договору певного виду. Як правило, це стосується конкурентних способів укладення господарських договорів, які мають важливе соціально-економічне значення (насамперед, дого-

¹ Це правило відрізняється від правила ч. 4 ст. 653 ЦК про те, що сторони не мають права вимагати повернення того, що було виконане ними за зобов'язанням до моменту розірвання договору. Слід звернути увагу на те, що нормою про наслідки розірвання договору купівлі-продажу об'єкта приватизації ст. 27 Закону «Про приватизацію державного майна» була доповнена лише у 2000 р., хоча практика застосування приватизаційного законодавства задовго до того виявила недосконалість Закону, адже загальними положеннями про зобов'язання ЦК УРСР 1963 р. не встановлювалися правові наслідки зміни або припинення договору у вигляді повернення переданого сторонами одна одній в процесі його виконання, тим більше не було підстав застосовувати двосторонню реституцію внаслідок розірвання договору через невиконання покупцем його умов. На це звертав увагу і ВАСУ у п. 1 роз'яснення № 02-5/111 від 12 березня 1999 р. «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з визнанням угод недійсними»: за загальним правилом невиконання чи неналежне виконання угоди не тягне за собою правових наслідків у вигляді визнання угоди недійсною. У такому разі заінтересована сторона має право вимагати розірвання договору або застосування інших передбачених законом чи договором наслідків, а не визнання угоди недійсною. (Юридичний вісник України. — 2002. — № 26).

ворів, що укладаються в процесі приватизації державного майна)¹.

Слід звернути увагу на те, що позиція законодавця у питанні недійсності угод/правочинів, укладених суб'єктом господарювання з порушенням своєї господарської компетенції (за змістом ст. 227 ЦК — здійснених юридичною особою без відповідного дозволу), може бути визнана судом недійсною, тобто віднесена до категорії *оспорюваних*. Наскільки така позиція законодавця може вважатися виправданою? За правилами ст. 50 ЦК УРСР 1963 р., протиправними визнавалися угоди, укладені юридичною особою в суперечності з встановленими цілями її діяльності. У літературі зазначалося, що спеціальна правоздатність юридичних осіб визначається колом завдань, що виконуються ними, тому юридичні особи, укладаючи угоди за цими межами, стають на шлях здійснення недозволеної протиправної діяльності. Через це недійсність таких угод обумовлюється не тільки дефектами їх суб'єктного складу, а й і змісту як угод протизаконних².

Однією з головних умов здійснення господарської діяльності є державне підтвердження законності входження суб'єктів до сфери господарського обороту. Процедура легітимації, тобто визнання державою за суб'єктом відповідного статусу (суб'єкта господарювання), включає такі елементи: 1) відповідно до ст. 58 ГК, обов'язкова державна реєстрація суб'єктів господарювання, крім випадків, передбачених ГК (внаслідок чого виникає загальна компетенція); 2) відповідно до ст. 14 ГК, ліцензування та патентування, що спрямовуються на забезпечення єдиної державної політики у сфері господарювання та захист економічних і соціальних інтересів держави, суспільства та окремих споживачів (внаслідок яких виникає спеціальна правосуб'єктність). Отже, без легітимації правомірна участь суб'єктів господарювання в

¹ Це питання детально досліджувалося нами раніше: *Белянович О. А.* Господарський договір та способи його укладання. — С. 169—197.

² Див.: *Иоффе О. С.* Избранные труды: В 4 т. Т. II. Советское гражданское право. — СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2004. — С. 306.

економічному обороті неможлива¹. Поняття господарської компетенції як одна з ознак суб'єкта господарювання розкривається в ч. 1 ст. 55 ГК як сукупність прав і обов'язків. У сучасній господарсько-правовій літературі господарська компетенція визначається як сукупність законодавчо закріплених за суб'єктом прав, обов'язків і конкретних правомочностей, необхідних йому для здійснення передбачених статутом функцій господарювання. Господарська компетенція в цілому пов'язується з легітимацією суб'єкта господарювання, а її обсяг може залежати від сфери діяльності, яка піддається спеціальному законодавчому регулюванню. Крім того, реалізація господарської компетенції визначається правовим титу-

¹ Слід звернути увагу на те, що позиція ВГСУ щодо кваліфікації договорів, які уклалися за відсутності відповідної ліцензії змінювалася. Так, ВГСУ звертав увагу на те, що у разі відсутності в суб'єкта господарювання ліцензії на здійснення певної господарської діяльності договір, безпосередньо пов'язаний з такою діяльністю, повинен бути визнаний недійсним на підставі ст. 48 Цивільного кодексу Української РСР (п. 7 листа від 15 травня 1997 р. № 01-8/167 «Про деякі питання практики застосування окремих норм чинного законодавства у вирішенні спорів» // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. — 2001. — № 1). Але інформаційним листом ВГСУ від 19 травня 2003 р. № 01-8/537 «Про внесення змін до деяких Інформаційних листів Вищого арбітражного суду України та про відкликання Інформаційних листів Вищого арбітражного суду України» (Вісник господарського судочинства. — 2003. — № 3) цей пункт був змінений, і такі договори повинні були визнаватися недійсними вже на підставі ст. 49 ЦК. У п. 7 роз'яснення ВАСУ від 6 серпня 1997 р. № 02-5/276 «Про деякі питання практики застосування Закону України «Про підприємництво» (Вісник Вищого арбітражного суду України. — 1998. — № 1) зазначалося: господарські суди, вирішуючи спори, що виникають у процесі укладання чи виконання договорів, пов'язаних з підприємницькою діяльністю, зобов'язані перевіряти її відповідність чинному законодавству і в разі відсутності в суб'єкта підприємництва ліцензії або торгового патенту визнавати такі договори недійсними на підставі ст. 48 Цивільного кодексу Української РСР, але на підставі рекомендацій ВГСУ від 18 листопада 2003 р. № 04-5/1429 «Про внесення змін до деяких роз'яснень президії Вищого арбітражного суду України та президії Вищого господарського суду України» (Вісник господарського судочинства. — 2004. — № 1) цей пункт було змінено і вказано на ст. 49 ЦК як підставу недійсності таких договорів. Зрозуміло, що така зміна кваліфікації є достатньо серйозною з огляду на наслідки недійсності угоди за ст. 48 ЦК (двостороння реституція) та ст. 49 ЦК (конфіскація).

лом майна, яке використовується суб'єктом у своїй господарській діяльності (право власності, право господарського відання, право оперативного управління або користування на договірних засадах)¹.

Здавалося б, що в ГК як кодексі, що поєднує публічно-правові та приватноправові регулятори господарських договорних відносин, законодавець мав би жорсткіше підійти до визначення недійсності господарських договорів. Проте, за буквального змісту ст. 207 йдеться тільки *про можливість* визнання господарських договорів недійсними в судовому порядку на вимогу однієї із сторін договору або відповідного органу державної влади, тобто про їх оспорюваність. Позов про визнання оспорюваної угоди недійсною є позовом про перетворення і спрямований не на констатацію недійсності угоди, а на знищення правового ефекту угоди, внаслідок чого угода стає недійсною. Рішення суду тут виконує функцію матеріально-правового юридичного факту, з яким закон пов'язує анулювання порочної, але до цього дійсної угоди і припиняє правовідносини, що виникли на її підставі².

Враховуючи те, що норми права повинні виконувати і превентивну функцію (попередження неправомірної поведінки суб'єктів права), визнання законодавцем таких угод оспорюваними є навряд чи виправданим.

Оскільки норми ГК про господарські зобов'язання та господарські договори мають спеціальний характер відносно відповідних положень ЦК, слід визнати таке: 1) підстави

¹ Так, у п. 4 роз'яснення ВАСУ від 2 квітня 1994 р. № 02-5/255 «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із судовим захистом права державної власності» (Бюлетень законодавства і юридичної практики України. — 2002. — № 5) зазначається, що ст. 50 ЦК 1963 р. повинна застосовуватися при вирішенні господарських спорів, пов'язаних з визнанням недійсними угод, укладених державним підприємством (організацією) в суперечності з його статутом або Положенням. Такою угодою, наприклад, може бути договір купівлі-продажу закріпленого за підприємством будинку або здачі його в оренду всупереч умови статуту про заборону здійснювати зазначені дії.

² Тузов Д. О. Ничтожность и оспоримость сделок: классическая доктрина и проблемы цивилистики // Цивилистические записки: Межвузовский сб. науч. трудов. Вып. 2. — М.: Статут—Екатеринбург: Институт частного права, 2002. — С. 172.

оспорюваності господарських угод, визначені в ГК, мають субсидіарний характер по відношенню до норм ЦК про підстави оспорюваності правочинів, викладених в § 2 глави 16 «Правочини»; 2) правила ЦК щодо нікчемності правочинів повинні поширюватися і на господарські угоди, попри відсутність в ч. 1 ст. 207 ГК відповідних приписів.

У зв'язку з тим, що в ГК йдеться про оспорювані угоди, необхідно зробити деякі зауваження щодо нікчемних правочинів/договорів за цим кодексом.

Традиційно умовами дійсності договорів як різновиду угод/правочинів ввжаються: а) можлива і дозволена мета, б) належне волевиявлення, в) свідомо та свободна воля, г) належна правосуб'єктність сторін. Порухення принаймні однієї з цих вимог тягне за собою недійсність угоди, на що неодноразово зверталася увага в літературі¹. Відповідно недійсні угоди/договори можуть бути поділені на чотири групи: 1) недійсні за суб'єктивним складом; 2) недійсні за вадами форми; 3) недійсні за вадами волі; 4) недійсні за вадами змісту². Умови дійсності правочину визначаються ст. 203 ЦК, причому назва цієї статті уявляється неточною, оскільки чинність/нечинність правочину не може ототожнюватися з його дійсністю/недійсністю.

Загальні положення про недійсність правочину сформульовані у ст. 215 ЦК в межах традиційного для цивілістики поділу недійсних правочинів (угод) на нікчемні та оспорю-

¹ Див, зокрема: *Синайский В. И.* Русское гражданское право. — М.: Статут, 2002. — С.145; *Иоффе О. С.* Избр. тр.: В 4 т. Т. II. Советское гражданское право. — СПб: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2004. — С. 285; *Тархов В. А.* Гражданское право. Общая часть: Курс лекций. — Чебоксары: Чув. кн. изд-во, 1997. — С. 220—221.

² В юридичній літературі неодноразово зверталася увага на логічну суперечливість поняття недійсної угоди. Зокрема, І.Б. Новицький зазначав, що угода є правомірною дією, правомірність притаманна угоді як виду юридичних фактів, недійсною її робить правопорушення (*Новицкий И. Б.* Сделки: Исковая давность. — М., 1954. — С.12, 64). На думку М. М. Агаркова, термін «угода» повинен бути збережений лише для позначення дій, що створюють правовий ефект, на який вони були спрямовані. Волевиявлення ж, спрямоване на встановлення, зміну або припинення правовідносин, може бути дійсним або недійсним; якщо волевиявлення дійсне, то воно є угодою (*Агарков М. М.* Понятие сделки по советскому гражданскому праву // *Агарков М. М.* Избр. тр. по гражданскому праву: В 2 т. Т. II. — М.: Центр ЮрИнфоР, 2002. — С. 346.

вані¹. Зміст ч. 2 ст. 215 ЦК щодо визначення нікчемного правочину дає підстави для неоднозначних висновків. Відповідно до цієї статті, недійсним є правочин, якщо його недійсність встановлена законом (нікчемний правочин), у цьому разі визнання такого правочину недійсним судом не вимагається². Ця норма може бути інтерпретована в такий спосіб, що при зверненні заінтересованої особи до суду з позовом про визнання правочину нікчемним суд може кваліфікувати предмет позову як вимогу про встановлення юридичного факту і через це відмовити у прийнятті позовної заяви з посиланням на п. 1 ч. 1 ст. 62 ГПК як такої, що не підлягає розгляду в господарських судах України, або припинити провадження у справі з аналогічної підстави, визначеної п. 1 ч. 1 ст. 80 ГПК, або відмовити у позові. Опосередковано таке припущення впливає зі ст. 7 Прикінцевих та перехідних положень ЦК, яка регламентує застосування позовної давності до двох видів позовів: 1) про визнання заперечуваного правочину недійсним; 2) про застосування наслідків недійсності нікчемності правочину.

Таким чином, залишається відкритим питання про можливість подання негаційних³ позовів — позовів про визнан-

¹ Свого часу В.І. Синайський зазначав, що критерій розрізнення між оспорюваністю та нікчемністю угод полягає в порушенні приватного та публічного інтересу; звідси і саме питання про недійсність угоди за нікчемністю порушується самим судом. Якщо ж недійсна угода порушує права приватних осіб, то тільки ці особи мають право домагатися недійсності угоди. Втім недоліком цього критерію сам автор вважав складність практичного розмежування публічного та приватного інтересу (*Синайский В. И. Русское гражданское право.* — М.: Статут, 2002. — С. 167).

² Це дало підстави стверджувати, що стосовно нікчемних угод взагалі відсутні підстави говорити про процесуальні підстави недійсності, оскільки їх не потрібно визнавати такими в судовому порядку. Процесуальними ж умовами недійсності оспорюваних угод є подання позову певною особою, визнання угоди недійсною судом (рішення суду про визнання угоди недійсною) і, як факультативна умова, дотримання строку позовної давності (*Шестакова Н. Д. Недействительность сделок.* — СПб.: Юридический центр Пресс, 2001. — С. 10, 11).

³ Термін «негаційний позов» (від лат. *negatio* — заперечення) запропоновано Д. О. Тузовим (див.: *Тузов Д. О. Ничтожность и оспоримость сделок: классическая доктрина и проблемы российской цивилистики.* — С. 140). Традиційно для кваліфікації таких позовів застосовується термін «негативний позов про визнання» (див., зокрема: *Осокина Г. Л. Иск (теория и практика).* — М.: Городец, 2000 — С. 81).

ня недійсними нікчемних правочинів. З цією проблемою стикалися арбітражні суди Російської Федерації при застосуванні положень ч. 1 ст. 166 Цивільного кодексу РФ, відповідно до якої угода є недійсною з підстав, встановлених цим Кодексом, в силу визнання її такою судом (оспорювана угода) або незалежно від такого визнання (нікчемна угода). Практика виявилася суперечливою: досить часто суди відмовляли в прийнятті позовних заяв і припиняли провадження у справах щодо визнання недійсними нікчемних угод, мотивуючи це невідомістю спору арбітражному суду. З огляду на це Пленум Верховного Суду РФ і Пленум Вищого Арбітражного Суду РФ у спільній постанові від 1 липня 1996 р. № 6/8 «Про деякі питання, пов'язані із застосуванням частини першої Цивільного кодексу Російської Федерації»¹ пояснили: враховуючи, що Кодекс не виключає можливості подання позову про визнання недійсною нікчемної угоди, спори по таких вимогах підлягають розгляду судом у загальному порядку за заявою будь-якої зацікавленої особи з урахуванням правил щодо строків позовної давності по недійсних угодах.

У сучасній українській літературі вказується на те, що ч. 2 ст. 215 ЦК повинна тлумачитися так: Цивільний кодекс не виключає пред'явлення та розгляду по суті позову про визнання недійсним правочину, що визнається законом нікчемним, а тому в таких випадках суд має вирішити спір по суті. Повернення позову без розгляду або припинення провадження у справі за таких умов було б відмовою у правосудді і суперечило б ч. 2 ст. 124 Конституції України і п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав і основних свобод людини². Така позиція заслуговує на підтримку.

Слід нагадати, що, незважаючи на використання в ЦК УРСР 1963 р. єдиного терміна «недійсність угоди», в кодексі досить чітко простежувався класичний поділ угод на нікчемні й оспорювані, при цьому за змістом статей 48, 49,

¹ Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. — 1996. — № 9.

² Проблемні питання у застосуванні Цивільного та Господарського кодексів України / За ред. А. Г. Яреми, В. Г. Ротаня. — К.: Реферат,

50 цього Кодексу кваліфікувалися як нікчемні такі угоди, які не відповідали вимогам закону, угоди, укладені з метою, завідомо суперечною інтересам держави та суспільства, та угоди, укладені юридичною особою в суперечності з встановленими цілями її діяльності. Проте законодавець не вказував на нікчемність угоди із зазначених підстав *незалежно* від визнання її недійсною в судовому порядку, і, крім того, визнання угоди недійсною не визначалося як спосіб захисту цивільних прав у переліку, наведеному у ст. 6 ЦК УРСР 1963 р. При цьому і в літературі зазначалося, що нікчемність угод не залежить від волі та бажання осіб, що їх здійснили, вони вважаються недійсними і тоді, коли в суд або арбітраж не подано заяву про визнання їх такими¹. В аспекті правозастосування це означало необхідність звернення до господарського суду з позовом про визнання угоди недійсною (негаційним позовом) та (факультативно) застосування як наслідків недійсності угод двосторонньої реституції або конфіскації в доход держави².

Ці питання знайшли відображення в роз'ясненні Вищого арбітражного суду України № 02-5/111 від 12 березня 1999 р. «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з визнанням угод недійсними»³. Так, у п. 1 Роз'яснення йдеться про те, що, вирішуючи спори про визнання угод недійсними, господарський суд *повинен встановити* (курсив наш. — О. Б.) наявність тих обставин, з якими закон пов'язує визнання угод недійсними і настання відповідних наслідків (відповідність змісту угод вимогам закону; додержання встановленої форми угоди; правоздатність сторін за угодою; у чому конкретно полягає неправомірність дій сторони та інші обставини, що мають значення для правильного вирішення спору). У п. 3 Роз'яснення

¹ Советское гражданское право. Ч. 1 / Под общ. ред. проф. В. Ф. Маслова и проф. А. А. Пушкина. — К.: Выща школа, 1983. — С. 218.

² Рішення суду по негаційному позову (позову про констатацію недійсності) в принципі не може передбачати механізму «реального захисту», оскільки не передбачає будь-якого виконання (*Тузов Д. О.* Ничтожность и оспоримость сделок: классическая доктрина и проблемы российской цивилистики. — С. 156).

³ Юридичний вісник України. — 2002. — № 26.

вказується на те, що господарським судам у вирішенні таких спорів необхідно враховувати: угоди, які містять порушення закону, не породжують будь-яких бажаних сторонами результатів, незалежно від рішення суду і волі сторін та їх вини в укладенні протизаконної угоди.

На необхідність встановлення обставин, з якими закон пов'язує визнання угоди недійсною і настання певних юридичних наслідків, вказується Верховним Судом України і в постанові Пленуму ВСУ «Про судову практику в справах про визнання угод недійсними»¹ (п. 2), і в постановах, що приймаються по окремих справах. Так, в постанові Судової палати у господарських справах ВСУ від 24 грудня 2001 року у справі за позовом Державної податкової інспекції у Мінському районі м. Києва до ЗАТ «Інформполісервіс» і ТОВ мале приватне підприємство «Степ-В» про визнання угоди недійсною на підставі ст. 49 ЦК УРСР 1963 р. та стягнення з ТОВ мале приватне підприємство «Степ-В» у доход держави товарно-матеріальних цінностей, визначено, які обставини справи необхідно всебічно і повно перевірити при новому розгляді справи: у разі порушення кримінальної справи за фактом здійснення державної реєстрації підприємства на підставі загубленого документа, що посвідчує особу, господарський суд повинен з'ясувати, чи було постановлено вирок у відповідній кримінальній справі або винесено постанову про її закриття; якщо рішенням місцевого загального суду визнано недійсним статут зазначеного підприємства, господарський суд повинен перевірити, чи є чинним таке рішення та чи виключено це підприємство з Єдиного державного реєстру підприємств і організацій України².

З цього випливає, що розгляд негаційного позову повинен відбуватися за правилами позовного провадження, у тому числі з дотриманням вимог ст. 33 ГПК, згідно з якою

¹ Постанова Пленуму Верховного Суду України від 28 квітня 1978 р. № 3 «Про судову практику в справах про визнання угод недійсними» // Постанови Пленуму Верховного Суду України 1972—2002: Офіц. вид. / За заг. ред. В. Т. Маляренка. — К.: Вид-во А.С.К., 2003. — С. 74—80.

² Постанови Верховного Суду України та Вищого господарського суду України у господарських справах: Вип. 1 / За заг. ред. В. Т. Маляренка. — К.: Видавничо-поліграфічний концерн «Ін Юре», 2003. — С. 146—151.

кожна сторона повинна довести ті обставини, на які вона посилається як на підставу своїх вимог і заперечень, тягар доведення таких обставин покладається на позивача. Недоведеність позивачем існування матеріальних підстав недійсності договору відповідно до принципу змагальності не може бути підставою для покладення тягара доказування на відповідача.

І в судовій практиці, і в літературі сформувалися протилежні підходи до вирішення питання про те, чи може суд з власної ініціативи застосувати наслідки недійсності угоди¹. На обов'язковість застосування правових наслідків недійсності угоди вказано у п. 2 постанови Пленуму ВСУ від 28 квітня 1978 р. «Про судову практику в справах про визнання угод недійсними»: при задоволенні позову суд в одному рішенні постановляє про визнання угоди недійсною і про застосування передбачених законом наслідків. Разом з тим ВГСУ в п. 18 Роз'яснення від 12 березня 1999 р. «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з визнанням угод недійсними» пояснив, що у вирішенні питання про застосування передбачених законом наслідків недійсності угоди господарському суду слід виходити зі змісту позовних вимог. Якщо спір з цього приводу між сторонами відсутній, у господарського суду немає правових підстав зобов'язувати їх вчиняти дії, прямо передбачені законом, зокрема ч. 2 ст. 48 Цивільного кодексу. Ми погоджуємося із В. В. Джуном у тому, що, застосовуючи правові наслідки, передбачені ст. 48 ЦК УРСР 1963 р., при визнанні судом угоди недійсною в порядку п. 1 ст. 83 ГПК, суд повинен бути зв'язаний позовними вимогами і не може виходити за їх межі у разі відсутності відповідного клопотання заінтересованої особи. Наразі з огляду на зміст ч. 5 ст. 216 ЦК суд з власної ініціативи може застосовувати наслідки недійсності лише нікчемного правочину, а тому, якщо відповідно до положень ст. 207 ГК, господарські угоди, що не відповідають вимогам закону, укладені з метою, завідо-

¹ Див.: *Джунь В. В.* До питання про обов'язковість застосування реституції у разі неправозгідності угоди // Вісник господарського судочинства. — 2002. — № 4. — С. 165—167; *Спасибо-Фатєєва І.* Проблемні аспекти недійсних правочинів (на прикладі договору міні акцій) // Підприємництво, господарство і право. — 2002. — № 7. — С.

мо суперечною інтересам держави та суспільства¹, або укладені з порушенням спеціальної правосуб'єктності, є оспорюваними, то у суду на цей час відсутні правові підстави застосування з власної ініціативи наслідків недійсності оспорюваного правочину.

У ч. 2 ст. 207 ГК міститься правило про недійсність (нікчемність) умов господарського договору, в тому числі типових договорів і договорів приєднання, які самостійно або в поєднанні з іншими умовами зобов'язання порушують права та законні інтереси другої сторони або третіх осіб. Очевидною є недоречність вказівки на те, що «недійсною може бути визнано нікчемну умову господарського зобов'язання»: нікчемність не повинна прирівнюватися до оспорюваності. Вказівка на нікчемність умови типового договору уявляється хибною. Типові договори як нормативно-правові акти були визначені нами джерелом (формою) господарського договірного права, в якому закріплено бажану та необхідну з точки зору суспільних інтересів модель договірного зобов'язання, яка повинна бути використана в господарській практиці. Цим пояснюється неможливість прирівнювання умов типового договору, що безпосередньо встановлюють права та обов'язки сторін, до умов, які самостійно визначаються сторонами в договорі. Відповідно нікчемними можуть бути кваліфіковані лише умови другого виду — умови договорів приєднання. Якщо ж умови типового договору оцінюються заінтересованою особою такими, що порушують права й законні інтереси сторони в договорі або третіх осіб, вона має право скористатися, відповідно до ст. 20 ГК,

¹ У літературі правильно зазначається, що умисел діяти всупереч інтересам держави й суспільства має бути встановлений на момент виникнення господарського зобов'язання. Наявність умислу повинна доводитися позивачем, а правила ст. 614 ЦК України, що покладають на порушника обов'язок доводити відсутність своєї вини, не можуть бути застосовані за аналогією до відносин з приводу недійсності господарського договору. Господарський суд, до підвідомчості якого належать такі спори, зазвичай не має достатніх засобів для встановлення умислу сторін, і може це зробити, лише за наявності вироку суду у кримінальній справі або постанови про припинення провадження у кримінальній справі з підстав, що не реабілітують обвинуваченого (Проблемні питання у застосуванні Цивільного та Господарського кодексів України / За ред. А. Г. Яреми, В. Г. Ротаня. — К.: Реферат, 2005. — С. 88).

таким способом захисту, як визнання повністю або частково недійсними актів органів державної влади та органів місцевого самоврядування¹. З огляду на це, пропонується виключити з ч. 2 ст. 207 ГК словосполучення «типових договорів».

З викладеного можна зробити такі висновки. Правовий режим господарських договорів об'єктивно зумовлений особливою природою господарських зв'язків, яка потребує спеціального врегулювання з метою підтримання забезпечення правового порядку у сфері економіки. Це, зокрема, зумовлює необхідність виваженого підходу до визначення підстав недійсності господарських договорів та її правових наслідків, оскільки в цілому правила ГК щодо недійсності господарських угод є більш «поблажливими» порівняно з відповідними правилами ЦК.

¹ Принагідно звернемо увагу на те, що у філософсько-правовому аспекті питання недійсності акта пов'язується зі справедливістю акта позитивного права. У вітчизняному правознавстві було висловлено думку про те, що подібно до договорів (правочинів), несправедливі закони можна умовно вважати як нікчемними, так і оспорюваними. Причому явно несумісний із справедливістю нормативно-правовий акт є нікчемним і не повинен застосовуватися в будь-якому випадку, несправедливі акти, які є оспорюваними, підлягають застосуванню до прийняття відповідного рішення компетентним судовим органом (*Погребняк С.* Справедливість змісту нормативно-правових актів як умова їх правомірності // *Вісник Академії правових наук України.* — 2005. — № 2 (41). — С. 50). Віддаючи належне оригінальності ідеї автора, тим не менше поставимо під сумнів можливість її практичного втілення у практику регулювання господарських договірних відносин і господарського судочинства. Справедливість законів залежить від справедливості розподілу прав і обов'язків, як зазначає Т. Оноре. Є дві проблеми пов'язані з точним і безстороннім застосуванням норм права. Одна полягає в тому, що деякі норми права несправедливі, через що точне та безстороннє застосування несправедливого закону означає поширення несправедливості. Інше питання — наскільки особа має підкорятися несправедливому закону, причому варіанти її вибору (дотримуватися такого закону чи ні) з моральної точки зору можуть бути однаково припустимими. Але в разі порушення закону, напевне, її буде притягнуто до відповідальності (*Оноре Тоні.* Про право. Короткий вступ. — К: Сфера, 1997. — С. 114, 115). Стосовно нашого питання, це означає, наприклад, що недотримання стороною/сторонами правил типового договору тягне настання для них негативних наслідків навіть за «несправедливості» (уявної чи очевидної) цього нормативно-правового акта.

Підсумовуючи, *de lege ferenda* вважаємо за необхідне ч. 1 ст. 207 ГК викласти в такій редакції: «Недійсними є господарські угоди, що не відповідають вимогам закону, або вчинені з метою, яка завідомо суперечить інтересам держави і суспільства, або укладені учасниками господарських відносин з порушенням принаймні одним з них господарської компетенції (спеціальної правосуб'єктності), або укладені з порушенням встановленого законом обов'язкового порядку та/або способу укладання господарських договорів».

Крім того, уявляється логічним включення статей 207 і 208 ГК до глави 19 «Загальні положення про господарські зобов'язання».

Аналіз підстав недійсності господарського договору був би неповний без звернення до категорії публічного порядку, що вперше включена до ЦК, ст. 228 якої встановлює правові наслідки вчинення правочину, що порушує публічний порядок. Вживання в тексті ГК та ЦК схожих за ключовим словом понять «господарський правовий порядок» та «публічний порядок» зумовлює необхідність з'ясування як змісту поняття «публічний порядок», так і їх співвідношення.

Загальними умовами дійсності правочинів ч. 1 ст. 203 ЦК України називає відповідність їх змісту вимогам Кодексу, іншим актам цивільного законодавства, а також моральним засадам суспільства. У літературі вже було висловлено думку про те, що таке формулювання спричинюватиме істотні ускладнення при правозастосуванні, оскільки зазначена норма не ставить до правочинів вимоги їх відповідності актам законодавства взагалі, а лише актам цивільного законодавства. Перелік порушень, визначених у ст. 228 ЦК, яка доповнює ст. 203 ЦК, значно звужує сутність самого публічного порядку. Звертається увага на те, що за межами правочинів, які порушують публічний порядок, залишається велика сукупність можливих правочинів, які не порушують або не можуть порушувати публічний порядок як він розуміється у статті, але порушують вимоги нормативно-правових актів, які зазвичай не визнавались актами цивільного законодавства. Оскільки ж абсолютна більшість законів та інших нормативно-правових актів формулюють норми, що належать до кількох галузей законодавства, численні пуб-

лічно-правові заборони стосовно умов, за яких можливе вчинення правочину, повинні тлумачитися так: вони мають і цивільно-правовий зміст, а їх порушення є підставою для висновку про те, що зміст правочину суперечить акту цивільного законодавства¹.

Спеціальний випадок *нікчемності* правочину, що порушує *публічний порядок*, встановлений ст. 228 ЦК України. При цьому порушення публічного порядку за змістом цієї статті включає:

— порушення конституційних прав і свобод людини і громадянина;

— знищення, пошкодження майна фізичної або юридичної особи, держави, Автономної Республіки Крим, територіальної громади, незаконне заволодіння ним. Пошкодження, знищення майна фізичної особи або незаконне заволодіння ним є, по суті, різновидом порушення її конституційного права на приватну власність, закріпленого у ст. 41 Конституції України, а тому можуть бути віднесені до першого виду порушень.

З огляду на зміст розділу II Конституції України, в якому визначено права і свободи людини і громадянина, кваліфікація цивільно-правового договору як такого, що порушує ці права і свободи, може виявитися досить розмитою, зокрема, враховуючи деталізацію цих прав в актах чинного законодавства. Щодо другої групи порушень, то формулювання ч. 1 ст. 228 ЦК дали привід для твердження про те, що «законодавець, визначаючи суть правочину, який порушує публічний порядок, лише називає окремі правопорушення та злочини, які вчиняються у формі правочину»².

Кваліфікація договору як такого, що порушує публічний порядок, тягне за собою:

1) застосування правил ст. 215 ЦК про нікчемність правочину, недійсність якого встановлена законом. У цьому разі визнання такого правочину недійсним у судовому порядку за буквального змістом ЦК не вимагається;

¹ Проблемні питання у застосуванні Цивільного та Господарського кодексів України / За ред. А. Г. Яреми, В. Г. Ротаня. — К.: Реферат, 2005. — С. 83.

² Кучер В. Особливості визначення правочину таким, що порушує публічний порядок // Право України. — 2003. — № 12. — С. 108.

2) настання правових наслідків недійсності правочину, визначених ст. 216 ЦК про двосторонню реституцію¹. При цьому вимога про застосування наслідків недійсності нікчемного правочину може бути пред'явлена будь-якою заінтересованою особою і, водночас, такі наслідки можуть бути застосовані судом з власної ініціативи;

3) застосування правил ч. 4 ст. 258 ЦК про позовну давність для вимог про застосування наслідків нікчемного правочину складає десять років.

Уявляється, що одним з питань застосування ЦК, яке має бути вирішене судовою практикою, є питання розмежування складів недійсних правочинів, зміст яких не відповідає ЦК та іншим актам цивільного законодавства (ст. 215 ЦК), та таких, що порушують публічний порядок (ст. 228 ЦК). При цьому суд при розгляді господарського спору повинен обрати підстави недійсності договору — порушення публічного порядку чи укладення договору з метою, що завідомо суперечить інтересам держави і суспільства, оскільки від цього залежатиме настання різних правових наслідків. Враховуючи зміст статей 203, 228 ЦК та 207 ГК про недійсність правочинів/господарських угод, при визнанні договору недійсним суд повинен буде витлумачити підставу недійсності (суперечність законодавству, порушення публічного порядку, суперечність інтересам держави і суспільства, невідповідність моральним засадам суспільства тощо).

Виходячи з буквального тлумачення норм статей 4 і 203 ЦК, зміст договору має відповідати: 1) Цивільному кодексу України; 2) іншим законам України, які приймаються відповідно до Конституції України та Цивільного кодексу; 3) актам Президента у випадках, встановлених Конституцією України; 4) постановам Кабінету Міністрів України; 5) актам органів державної влади України, органів влади Автономної республіки Крим, що видаються у випадках і у межах, встановле-

¹ Слід зауважити, що у ст. 218 проекту ЦК, підготовленого до другого читання, передбачалася цивільно-правова конфіскація як правовий наслідок правочину, що порушує публічний порядок, причому сам перелік таких порушень був сформульований інакше і в цілому невичерпно.

них Конституцією України та законом¹. З огляду на те, що норми Конституції є нормами прямої дії (ст. 7 Конституції) і безпосередньо регулюють цивільні відносини поряд з актами цивільного законодавства в контексті ст. 203 ЦК, однозначна відповідь на запитання про можливу сферу застосування ст. 228 ЦК, яка визначає нікчемність правочину, що порушує публічний порядок, навряд чи можлива, оскільки невідповідність змісту правочину актам цивільного законодавства може поглинатися невідповідністю його Конституції.

На цей час практика розгляду справ щодо визнання недійсними угод, які вчинені з метою, завідомо суперечною інтересам держави і суспільства, в цілому усталена. За змістом пункту 6 постанови Пленуму Верховного Суду України від 28 квітня 1978 р. № 3 зі змінами, внесеними постановами від 25 грудня 1992 р. № 15 та від 25 травня 1998 р. № 15 «Про судову практику в справах про визнання угод недійсними», при розгляді справ про визнання угоди недійсною на підставі ст. 49 Цивільного кодексу України судам слід мати на увазі, що дія цієї норми поширюється на угоди, укладені з метою, завідомо суперечною інтересам держави і суспільства, тобто порушують основні принципи існуючого суспільного ладу. До них, зокрема, належать угоди, спрямовані на використання всупереч закону колективної, державної або чиеїсь приватної власності з корисливою метою, приховування фізичними та юридичними особами від оподаткування доходів, використання майна, що перебуває в їх власності або користуванні, на шкоду правам, свободам і гідності громадян, інтересам суспільства, на незаконне відчуження землі або незаконне нею користування, розпорядження чи придбання всупереч встановленим правилами предметів, вилучених з обігу або обмежених в обігу. Така позиція щодо застосування ст. 49 ЦК 1963 р. прийнята Вищим господарським судом України і відтворена в роз'ясненні від 12 березня 1999 р. № 02-5/111 «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з визнан-

¹ Отже, з одного боку, ЦК значно розширив перелік актів, яким повинен відповідати правочин під загрозою його недійсності, з другого — в цьому кодексі, який ще називають «Кодексом приватного права», відсутня із суто ідеологічних міркувань така підстава нікчемності договору, як «мета, завідомо суперечна інтересам держави і суспільства».

ням угод недійсними»¹ та постанові Пленуму Вищого господарського суду України від 25 липня 2002 р. № 1056 «Про заходи щодо забезпечення однакового і правильного застосування законодавства про податки»².

Категорії «публічний порядок» та «інтерес держави та суспільства» можуть бути оцінені з урахуванням правової позиції Конституційного Суду України, викладеної в рішенні у справі за конституційними поданнями Вищого арбітражного суду України та Генеральної прокуратури України щодо офіційного тлумачення положень ст. 2 Арбітражного процесуального кодексу України (справа про представництво прокуратурою України інтересів держави в арбітражному суді) від 8 квітня 1999 р. Конституційний суд пояснив, що інтереси держави можуть збігатися повністю, частково або не збігатися зовсім з інтересами державних органів, державних підприємств та організацій чи з інтересами господарських товариств з часткою державної власності у статутному фонді. Проте держава може вбачати свої інтереси не тільки в їх діяльності, а й в діяльності приватних підприємств, товариств. З урахуванням того, що «інтереси держави» є оціночним поняттям (курсив наш. — О. Б.), прокурор чи його заступник у кожному конкретному випадку самостійно визначає з посиланням на законодавство, на підставі якого подається позов, в чому саме відбулося чи може відбутися порушення матеріальних або інших інтересів держави, обґрунтовує у позовній заяві необхідність їх захисту та зазначає орган, уповноважений державою здійснювати відповідні функції у спірних відносинах.

Ми приєднуємося до висловленої в літературі позиції про те, що норма, яка підлягає перевірці на конституційність Конституційним Судом України, є завжди конкретною нормою, але висновки Суду, що ґрунтуються на офіційному тлумаченні конституційних норм і принципів, мають, як правило, більш загальне значення і можуть бути поширені на аналогічні за юридичним змістом норми, що містяться в інших законодавчих актах¹. З урахуванням тлумачення

¹ Юридичний вісник України. — 2002. — № 26.

² Вісник господарського судочинства. — 2002. — № 4.

¹ Тесленко М. Юридична сила і значення правових позицій Конституційного Суду України // Вісник Конституційного Суду України. — 2003. — № 4. — С. 37—39.

Конституційним Судом України категорії «інтереси держави», термін «публічний порядок» може розумітися як порядок у сфері не тільки майнових відносин, які засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників і які є предметом регулювання цивільного законодавства, а й відносин, обтяжених владним компонентом, тобто як відповідність поведінки суб'єктів договірних відносин інтересам суспільства і держави.

Загалом застереження про публічний порядок останнім часом все частіше вживається в окремих актах чинного законодавства України поряд з такими категоріями, як «суспільний порядок», «суспільні інтереси», «публічні інтереси», «принципи гуманності та моралі» тощо, причому кожного разу це поняття має інтерпретуватися в цілях того чи іншого закону, наприклад Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» або Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг». Будь-якої узгодженості в законодавстві щодо змістовного навантаження цих категорій немає, і, напевне, бути не може. Більше того, положення ст. 228 ЦК стосовно публічного порядку в існуючій редакції не може виконувати роль інтегруючої засади для розуміння публічного порядку в тій чи іншій сфері. Використання законодавцем таких загальнообов'язкових (оціночних за природою) регуляторів впливу на суб'єкта адекватно чи ні, але відтворюють уяву законодавця про те, яким має бути правовий режим у відповідній сфері суспільних відносин. Практичне ж застосування, в тому числі і судами, абстрактних понять, що вживаються як критерії обмеження договірної свободи, є найбільш складним саме через їх оціночний характер. Оскільки зміст таких понять визначається не законодавцем при прийнятті відповідної норми, а при її застосуванні, то є підстави говорити про ускладнення процесу доказування по конкретному спору через невизначеність предмета доказування, в першу чергу, для позивача, який за правилами позовного провадження має доводити «порушення «публічного порядку», «інтересів держави і суспільства» тощо відповідачем. У випадку, коли імперативна норма містить оціночне поняття, яке не визначене і не може бути визначене законом, імперативність,

тобто категоричність і однозначність її застосування, стає практично неможливою¹.

У правовий обіг застереження про публічний порядок було введене Кодексом Наполеона, ст. 1133 якого визначає, що підстава зобов'язання є недозволеною, коли вона заборонена законом і коли вона суперечна добрим нравам або публічному порядку².

Про мету договору, яка повинна бути не суперечною законам, благочинству та суспільному порядку, зазначалося і в ст. 1528 Законів цивільних Російської імперії. Однією з підстав недійсності договору і нікчемності зобов'язання ст. 1529 Законів цивільних називала шкоду державній казні. Становить інтерес позиція Касаційного департаменту Урядового Сенату щодо застосування ст. 1529: угоди, що укладаються в порушення законів, які охороняють не цивільні права приватних осіб, а загальнодержавні інтереси, нікчемні за своєю природою і не можуть користуватися захистом закону. Через це, яким би порядком не надійшла така справа на розгляд суду, він *зобов'язаний* своєю владою порушити питання про недійсність такої угоди й відмовити у захисті права, що впливає із неї. Коли договір спрямований на досягнення забороненої законом для захисту суспільного порядку та благочинства мети, то суд як один з органів держави не тільки має право, а й зобов'язаний незалежно від волі учасників процесу відмовити в захисті прав, що впливають з такої угоди. Навпаки, якщо договір порушує права не публічні, а приватні, суд не може ставити питання про недійсність такого договору, якщо особа, права якої були порушені, сама не бажає оспорювати обов'язковість договору³. Привертає увагу той факт, що в коментарях до Законів цивільних не містилося тлумачень поняття «суспільний порядок» окрім загальних застережень про те, що обов'язком держави є охорона не лише майно-

¹ *Забоев К. И.* Правовые и философские аспекты гражданско-правового договора. — СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2003. — С. 147.

² Французский гражданский кодекс. — СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2004. — 1101 с.

³ *Законы гражданские* (Св. Зак. Т.Х ч. 1 изд. 1887 г.) / Под ред. А. К. Гаугера. — СПб., 1895. — С. 422—423.

вих прав громадян, їх безпеки, а й загального спокою, порядку, благочинства та моральності¹.

Введення в цивільне законодавство таких оціночних понять, як «суспільний порядок» (*ordre public*) та «добрі звичаї», свого часу гостро критикував І. О. Покровський. Він зазначав, що у Зводі законів «суспільний порядок» мислиться як дещо відмінне від того порядку, що визначений позитивним законом (з адміністративними розпорядженнями включно), а також від того, чого потребують «добрі звичаї», отже противним «суспільному порядку» може бути дещо, що не заборонено законами і що не порушує «добрих звичаїв». З огляду на безкрайність і невизначеність цих понять І. О. Покровський прикріпав їх на непридатність як юридичного критерію².

У радянському цивільному законодавстві застереження про публічний порядок не використовувалося (так, ст. 30 ЦК УРСР 1922 р. встановлювала недійсність правочину, вчиненого з метою, суперечною закону, або в обхід закону, а також коли він (правочин) націлений на очевидну шкоду для держави). Вперше після тривалої перерви застереження про публічний порядок було закріплено у ст. 158 Основ цивільного законодавства Союзу РСР та республік 1991 р.: іноземне право не застосовується у випадках, коли його застосування суперечило б основам радянського правопорядку (публічному порядку)³. Пізніше це застереження увійшло до законодавства окремих колишніх республік СРСР (так, ст. 54 ЦК Грузії встановлює недійсність угоди, що порушує встановлені законом правила та заборони, суперечить публічному порядку або моральним нормам⁴), а деякими з них не було сприйняте. Стаття 169 ЦК Російської Федерації визначає нікчемність угоди, вчиненої з метою, завідомо суперечною основам правопорядку або моральності, та її пра-

¹ Обязательства по договорам. Опыт практического комментария русских гражданских законов. Т. 1. Общая часть / Сост. В. Л. Исаченко, В. В. Исаченко. — СПб., 1914. — С. 229.

² Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. — М.: Статут (в серии «Классика российской цивилистики»), 1998. — С. 252, 253.

³ Ведомости съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР. — № 26. — 26 июня 1991 г.

⁴ Гражданский кодекс Грузии. — СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2002. — 750 с.

вові наслідки у вигляді конфіскації. При цьому в окремих коментарях до зазначеного акта вказується на синонімічність термінів «основи правопорядку» та «публічний порядок»¹. Стаття 158 Цивільного кодексу Республіки Казахстан визначає недійсність угоди, зміст якої суперечить вимогам законодавства, а також вчинена з метою, завідомо суперечною основам правопорядку або моральності².

Застереження про публічний порядок сьогодні використовується в національних законодавствах багатьох країн світу, а також в *lex mercatoria*. Загальним для правової практики більшості країн (як континентальної правової сім'ї, так і країн загального права) є визнання недійсними договорів, які суперечать публічному порядку. Так, нікчемність договору, укладення, зміст або мета якого суперечить закону, моралі чи суспільному порядку встановлена ст. 30 Закону Ізраїлю 1973 р. «Про договори (Загальна частина)»³. Статті 1411, 1413 Цивільного кодексу Квебеку визначають недійсність договору, підстава та/або мета якого заборонені законом чи суперечать публічному порядку⁴. Як зауважує професор цивільного права Д. Брайерлі, ідея про доцільність публічного втручання в процес реалізації приватних прав у ЦК Квебеку звучить надзвичайно виразно, що тягне за собою важливі наслідки з точки зору віднесення в майбутньому приватних прав до сфери суддівського розсуду і майбутньої захищеності правовідносин. Судові повноваження зараз виходять далеко за рамки положень договорів за участю споживачів і договорів приєднання, що містять «зловживані» умови, і стосуються в цілому правовідносин, обставин виникнення або виконання яких в майбутньому підлягають оцінці в рамках судового дослідження⁵.

¹ Коментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный) / Руководитель авторского коллектива и отв. ред. проф. О. Н. Садиков. — М.: Юридическая фирма КОНТРАКТ; ИНФРА-М, 1998. — С. 361.

² Гражданский кодекс Республики Казахстан. — СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2002. — 1029 с.

³ Гражданское законодательство Израиля. — СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2003. — 633 с.

⁴ Гражданский кодекс Квебека. — М.: Статут, 1999. — С. 225.

⁵ Введение к русскому изданию Гражданского кодекса Квебека // Гражданский кодекс Квебека. — М.: Статут, 1999. — С. 16.

На думку Р. Саватьє, застосування традиційного публічного порядку, закріпленого у Цивільному кодексі Франції 1804 р., який ґрунтується на постійності людських цінностей, в сучасних умовах «розпадається» на дві сфери. У сфері соціальних відносин традиційний публічний порядок покликаний вирівнювати прояви класової нерівності. У сфері економіки публічний порядок спрямований на створення керованої економіки. Метою економічного публічного порядку є обмеження в інтересах усього суспільства індивідуальних прагнень окремих суб'єктів господарювання. Санкції, що забезпечують додержання вимог економічного публічного порядку, залежать від адміністративних органів держави, які здійснюють керівництво економікою, і часто «протиставляються традиційним цивільно-правовим, не змішуючись з ними, а іноді й не узгоджені з ними»¹.

У *lex mercatoria*, як зазначає О. О. Мережко, застереження про публічний порядок встановлює межі свободи сторін міжнародного контракту виводити свої правовідносини зі сфери дії національного правопорядку, та необхідність будувати свої відносини з урахуванням імперативних норм національного права, в основному норм публічного права, спрямованих на захист публічних і державних інтересів. Крім того, *lex mercatoria* повинно функціонувати в жорстких рамках, встановлених міжнародним публічним порядком, що існує у вигляді системи імперативних норм сучасного міжнародного права².

За загальним правилом, суд є органом, який в кожному конкретному випадку повинен оцінити відповідність предмета договору публічному порядку. Як зазначають К. Цвайгерт і Х. Кьотц, судова практика прагне звести поняття публічного порядку до наочних принципів, виокремити його в особливу групу прецедентів, напрацювати спеціальні критерії для визначення цього поняття з тим, щоб максимально уникнути некоректного й ірраціонального в

¹ Саватьє Р. Теория обязательств, юридический и экономический очерк / Пер. с фр. — М.: Прогресс, 1978. — С. 201—216.

² Мережко А.А. *Lex mercatoria*: теория и принципы транснационального торгового права. — К.: Таксон, 1999. — С. 120, 123.

його змісті, що неминуче властиве будь-якому загальному застереженню¹.

Якщо у правознавстві радянського часу категорія «публічного порядку», як і інші «каучукові» поняття, негативно оцінювалася в контексті загальної критики «буржуазного» цивільного права², то сьогодні акценти змінені. Сучасні погляди на застереження про публічний порядок можуть бути зведені в основному до двох позицій. Коментуючи ст. 169 ЦК Російської Федерації, М. І. Брагинський зазначає, що безпосереднім об'єктом слугують не будь-які закони та правові акти, а саме ті, що містять основи правопорядку, через що угоди, вчинені всупереч публічному порядку, одночасно вступають в конфлікт з нормами Кримінального кодексу. Крім того, угода має бути вчинена з умислом, спрямованим проти засад правопорядку³. Схожа оцінка була дана ст. 228 ЦК України вітчизняними авторами, які визначають правочини, що порушують публічний порядок, як правопорушення у вигляді злочину чи адміністративно-правового делікту⁴. Інша, висловлена в російській цивілістиці думка схожа з наведеною позицією І. О. Покровського: законодавець, який керувався прикладом аналогічної норми російського дореволюційного законодавства, а також деяких іноземних країн, встановив таку недійсність угод, вчинених з метою, суперечною основам правопорядку та моральності, яка не залежить від порушень норм права⁴.

Отже, «дух» категорії «публічний порядок» значною мірою вийшов за нормативно-правові (законодавчі) рамки, коли для кваліфікації дій достатньо правильно витлумачи-

¹ Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2 т. Т. 2 / Пер. с нем. — М.: Междунар. отношения, 1998. — С. 80.

² Див., зокрема: Шахматов В. П. Виды несоответствия сделок требованиям норм права // Антология уральской цивилистики. 1925—1989 // Сб. статей. — М.: Статут, 2001. — С. 318—319.

³ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Кн. 1. Общие положения. — 2-е изд. испр. — М.: Статут, 1999. — С. 186.

⁴ Сибільов М. М. Загальна характеристика нікчемних правочинів (договорів) // Проблеми законності. — 2002. — Вип. 55. — С. 45.

⁴ Шестакова Н. Д. Недействительность сделок. — СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2001. — С. 29.

ти букву закону. При філософсько-соціологічному підході до поняття публічного порядку його слід розглядати як виводове стосовно поняття соціального порядку, розглянутого раніше. Складовою соціального порядку є суспільний порядок, під яким розуміється певна якість (властивість) системи соціальних відносин, що виявляється в такій упорядкованості соціальних зв'язків, яка веде до узгодженості та ритмічності суспільного життя, безперешкодного здійснення учасниками суспільних відносин своїх прав і обов'язків та захищеності їх обґрунтованих інтересів, суспільного й особистого спокою¹. Причому в етимологічному аспекті «публічний» є аналогом «суспільного» (*publicus* (лат.) — публічний, суспільний, такий, що відноситься до народу, до держави), і уявляється, що вживання в сучасному законодавстві саме слова «публічний» пов'язане з відродженням у вітчизняному правознавстві інтересу до проблеми дуалізму права («публічне» — «приватне») та прагненням до запозичення західних зразків.

Раніше ми вже наголошували на тому, що упорядкованість соціальних відносин визначається поведінкою суб'єктів, яка може бути нормативною в найширшому значенні як така, що відповідає тій чи іншій нормі, через що можливою є найрізноманітніша нормативність (моральна, правова, технічна, естетична, релігійна тощо), при цьому нормативне в одному сенсі може бути ненормативним в іншому.

Ненормативна поведінка, яка є можливою через відсутність норм на всі випадки життя, включає: 1) поведінку, що не врегульована нормою (*позанормативну*); 2) поведінку, що суперечить нормі (*антинормативну*). І в першому, і другому випадку індивід керується не заздальгідь встановленою моделлю поведінки, а розробляє і реалізує власне самостійне рішення². Ідеологічно ЦК ґрунтується на тому, що положення актів цивільного законодавства трактуються як диспозитивні, крім випадків, коли обов'яз-

¹ Проблемы общей теории права и государства: Учебник для вузов / Под общ. ред. чл.-кор. РАН, докт. юрид. наук, проф. В. С. Нерсесянца. — М.: Изд. группа НОРМА-ИНФРА-М, 1999. — С. 474, 475.

² Кудрявцев В. Н. Избранные труды по социальным наукам: В 3 т. Т. 1. Общая теория права. Уголовное право. — М.: Наука, 2002, — С. 24, 25, 26.

ковість для сторін цих актів впливає з їхнього змісту або суті відносин між сторонами, тобто позанормативна поведінка не тільки дозволяється, а й визнається за правило.

У контексті нашого дослідження можна припустити: якщо зміст договору суперечить актам цивільного законодавства (заборонам і позитивним зобов'язуванням), йдеться про антинормативну, протиправну поведінку сторін, що означатиме визнання договору недійсним на підставі ст. 215 ЦК. Якщо ж сторони врегулювали свої договірні відносини на власний розсуд (за відсутності імперативних приписів законодавця, із відступленням від диспозитивних норм), то така поведінка може бути антинормативною, але не протиправною в точному значенні цього слова. У цьому випадку договір може бути кваліфікований як такий, що порушує публічний порядок (у тому числі загальнолюдські цінності, справедливість тощо). Під цим кутом зору публічний порядок може бути визначений як позанормативний критерій договірної свободи, тобто соціально обумовлена ідея, принцип, який обов'язково має бути присутній в договорах нарівні з ідеями справедливості, розумності, відповідності моральним засадам суспільства. Право, на думку Ж.-Л. Бержеля, не може обійтися без еластичних концептів (справедливості, загального інтересу, суспільного порядку тощо), оскільки воно інституційоване для підпорядкування живої матерії певному порядку, і, відповідно, має відтворювати пластичні форми реального буття. З допомогою цих концептів стає можливим застосування коригуючих по відношенню до основних принципів правового регулювання: добросовісності, яка пом'якшує суворість обов'язкових наслідків договору, пріоритету суспільного порядку, який обмежує радикальність принципу свободу волі¹.

У найбільш широкому контексті публічний порядок слід оцінювати як певний якісний стан системи соціальних відносин. З огляду на це уявляється недоцільним і в цілому таким, що не відповідає світовій практиці, закріплення у ст. 228 ЦК переліку порушень публічного порядку, оскільки а пріорі подати такий вичерпний перелік неможливо.

¹ Бержель Ж.-Л. Общая теория права / Пер. с фр.; Под общ. ред. В. И. Даниленко. — М.: Издательский дом NOTA BENE, 2000. — С. 184, 350, 351.

Вище нами була розглянута конструкція господарського правового порядку у власне юридичному (позитивістському) його розумінні. Проте питання можна було б поставити ширше — про *нормативний* порядок у сфері господарювання, який відповідно до рівнів соціального регулювання встановлюється й іншими нормами (моральними нормами, нормами звичаїв ділового обороту). І сама сутність порядку у такому разі не змінюється, оскільки він залишається пов'язаним з дотриманням суб'єктами господарських договірних відносин інших норм як цінностей.

Навряд чи можна погодитися з тим, що, як стверджує І. П. Домбровський, суперечність господарського зобов'язання інтересам держави і суспільства охоплюється диспозицією ч. 1 ст. 215 ЦК¹, тобто публічний порядок як поняття поглинає й інтереси держави та суспільства як категорії публічно-правової приналежності, хоча поняття «інтерес» і «порядок» є різноплотинними, і навряд чи можна логічно підпорядковувати перше другому. Крім того, *de lege lata* правовим наслідком нікчемного правочину, що порушує публічний порядок, є двостороння реституція, загроза існування якої зберігається впродовж спеціально подовженої позовної давності — десяти років. Якщо господарський договір буде визнаний недійсним як такий, що вчинений з метою, яка завідомо суперечить інтересам держави та суспільства, це означатиме:

1) застосування правових наслідків, визначених ст. 208 ГК, у вигляді конфіскації, тобто за наявності наміру в обох сторін — у разі виконання зобов'язання обома сторонами — в доход держави за рішенням суду стягується все одержане ними за зобов'язанням, а у разі виконання зобов'язання однією стороною з другої сторони стягується в доход держави все одержане нею, а також все належне з неї першій стороні на відшкодування одержаного. У разі наявності наміру лише в однієї із сторін усе одержане нею повинно бути повернуто другій стороні, а одержане останньою або належ-

¹ Проблемні питання у застосуванні Цивільного та Господарського кодексів України / За ред. А. Г. Яреми, В. Г. Ротаня. — К.: Реферат, 2005. — С. 78.

не їй на відшкодування виконаного стягується за рішенням суду в доход держави;

2) застосування за правилами ст. 257 ЦК загальної позовної давності у три роки.

Таким чином, до уніфікації правил ЦК та ГК щодо недійсності правочинів, які порушують публічний порядок, та недійсності господарських угод, які вчинені з метою завідомо суперечною інтересам держави й суспільства, ці підстави відносно господарських договорів можуть застосовуватися автономно й незалежно одна від одної, тим більше, що з огляду на оціночний характер понять «інтереси держави» та «публічний порядок» у практичній площині розмежувати їх дуже складно, якщо взагалі можливо.

3.3. Організаційні договори як засіб упорядкування господарських відносин

Універсальний характер договору як засобу саморегуляції суспільних відносин, як уже зазначалося, дає змогу використовувати його в різних галузях права для досягнення певних цілей правового регулювання, в кожній з яких договір набуває специфічних ознак та характеристик, зумовлених предметом правового регулювання. Господарська, в тому числі підприємницька, діяльність є *професійною та систематичною* діяльністю, а, отже, такою, що потребує відповідної цілеспрямованої організації, програмування на мікро- та макрорівнях. Оскільки господарська діяльність орієнтована на досягнення економічних і соціальних результатів, а не на задоволення потреб, пов'язаних з особистим споживанням, відносини, що складаються між її учасниками, мають організований характер, навіть якщо зовні він виглядає, як «стихийно-ринковий». У деяких сферах господарської діяльності (насамперед, на транспорті та в енергетиці) відносини суб'єктів господарювання *de lege lata* повинні набувати організованого характеру.

Організаційний господарський договір належить до числа тих особливих юридичних конструкцій, що були напрацьовані в процесі правового регулювання господарських

відносин¹. Ця конструкція, можливо, найбільш наочно відображує можливості та межі договірної самоорганізації соціальних систем різного рівня. Разом з тим слід визнати певну фрагментарність і в теоретичній розробці цього питання, і в практиці правового регулювання. Можливо, не в останню чергу, саме через це в процесі кодифікації господарського законодавства цей вид господарських договорів значною мірою залишився поза увагою законодавця, майже «розчинившись» у понятті організаційно-господарського зобов'язання, і не одержав адекватного правового регулювання на рівні загальних положень про господарські договори глави 20 ГК. Стаття 186 ГК лише вказує на спосіб оформлення такого виду договорів.

Загальні положення про господарські договори, викладені у главі 20 ГК, присвячені в основному договорам, які породжують майново-господарські зобов'язання (ст. 186 ГК практично нічого не додає до особливостей правового регулювання організаційних договорів). Побудова ідеального типу «організаційний договір»² дасть можливість в теоретичному плані упорядкувати накопичені знання про об'єкти, що досліджуються наукою господарського права, в евристичному — на основі виявлених зв'язків між властивостями та ознаками ідеального типу передбачити напрямки та перспективи правового регулювання організаційно-господарських договірних відносин (принаймні на рівні загальних положень глав 19 та 20 ГК). Значення такої типології має внутрішньогалузеве значення, оскільки дає інструментарій для вирішення проблеми упорядкування, організованості господарських договірних відносин як складової галузевої проблеми забезпечення правового порядку у сфері господарювання.

Важливо зазначити, що однією з особливостей більшості майново-господарських договорів є наявність у змісті дого-

¹ Цивільному законодавству, як зазначає Д. Н. Сафіуллін, невідома конструкція двосторонньої угоди, яка не породжує конкретних майнових зобов'язань, але регламентує порядок формування та виконання їх сукупності, тому організаційний господарський договір не можна кваліфікувати як договір в традиційному цивільно-правовому розумінні (Сафіуллін Д. Н. Теория и практика правового регулирования хозяйственных связей в СССР. — Свердловск: Изд-во Уральского ун-та, 1990. — С. 117).

² Критерієм типології господарських договорів у цьому випадку слугує майновий характер договірних відносин між суб'єктами господарювання.

ворів умов організаційного (немайнового) характеру, зважаючи на те, що програмно-координаційна функція є однією з головних функцій господарського договору¹. Ця функція виявляється найбільш очевидно, якщо з позицій управління розглядати господарський договір як підсистему складної системи господарських відносин, в якій усі його учасники разом утворюють стійку — динамічну та рухливу — єдність, причому зміна станів цієї системи відбувається по зафіксованій у договорі певній програмі для досягнення визначеної ним мети². Організаційні властивості притаманні довгостроковим господарським договорам (угодам про розподіл продукції, концесії державного й комунального майна, оренди цілісних майнових комплексів, комерційної концесії, ліцензійним договорам на передачу результатів науково-технічної творчості, у тому числі ноу-хау, торговельних марок, на виконання науково-дослідницьких, дослідно-конструкторських і технологічних робіт тощо). Специфіка організаційного характеру довгострокових господарських договорів зумовлює те, що договір з правового інструменту, що опосередковує сферу товарного обігу, перетворюється на інструмент, який регламентує певною мірою виробничий процес відповідного суб'єкта. Короткостроковий договір, як правило, не може впливати на організацію та процес виробництва, сторони при укладенні таких договорів виходять з того, які умови склалися на виробництві, а найчастіше умови виробничої діяльності, зокрема, постачальника, об'єктивно диктують і зміст договору. І, на думку А. Г. Бикова, охоплення довгостроковими господарськими договорами деяких елементів сфери власне виробництва є прогресивним явищем³.

¹ У літературі неодноразово зверталася увага на організаційні функції господарського договору. Див., зокрема: *Клейн Н. И.* Организация договорно-хозяйственных связей. — М.: Юрид. лит., 1976. — С. 72; *Сафиуллин Д. Н.* Теория и практика правового регулирования хозяйственных связей в СССР. — С. 117; Арбитраж в механизме социалистического хозяйствования стран-членов СЭВ. — С. 72.

² Экономические санкции и дисциплина поставок. — К.: Наукова думка, 1976. — С. 12, 13.

³ *Быков А. Г.* План и хозяйственный договор. — М.: Изд-во Московского ун-та, 1975. — С. 84, 85.

У дослідженнях, присвячених проблемам правового регулювання господарської діяльності, усталився погляд на організаційний договір як такий, що укладався «по горизонталі» суб'єктами господарювання (підприємствами та організаціями), а його об'єктом визнавалися взаємні дії сторін, спрямовані на укладання та виконання низки інших договорів або порядок виконання окремих організаційно-розпорядчих функцій (річні договори на перевезення вантажів автомобільним транспортом, договори на експлуатацію залізничних під'їзних колій, подачу та прибирання вагонів тощо)¹. Принципова відмінність таких договорів полягала в тому, що організаційні елементи настільки відособилися від майнових відносин, що стало можливим їх самостійне регулювання (з появою особливої правової форми). В більшості ж господарських договорів організаційні елементи не відособлені від майнових і існують в рамках єдиного договору².

У сучасному правознавстві, за винятком окремих досліджень³, в яких звертається увага на важливість системного та глибокого теоретичного опрацювання цих започаткованих ГК понять, організаційно-господарські зобов'язання та організаційні господарські договори поки що не стали об'єктом наукового аналізу. Складність цього аналізу визначається кількома обставинами. По-перше, тим, що можливості використання відповідних наукових здобутків радянського періоду є обмеженими з огляду на принципово інші соціально-економічні умови, через що наразі необхід-

¹ Пугинский Б. И. Правовые средства обеспечения эффективности производства. — М.: Юрид. лит., 1980. — С. 21.

² Крім того, організаційні договори на перевезення вантажів, які опосередковували плани перевезення вантажів, оцінювалися як своєрідний організаційно-правовий засіб реалізації плану перевезень (Быков А. Г. План и хозяйственный договор. — М.: Изд-во Московского ун-та, 1975. — С. 36, 60—61).

³ Віхров О. Роль і місце організаційно-господарських зобов'язань у сучасній економіці // Право України. — 2004. — № 4. — С. 53—56; Беляневич О. А. Господарський договір та способи його укладання. — С. 50—58. Організаційні (господарсько-управлінські та територіально-господарські) договори в сфері рекреаційної діяльності розглядалися А. Г. Бобковою (Див.: Бобкова А. Г. Правове забезпечення рекреаційної діяльності: Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. — Донецьк, 2001. — С. 18).

но поставити питання про створення *сучасної моделі* організаційного договору. По-друге, недосконалістю, а іноді й непродуманістю законодавчої термінології, що зумовлює складнощі сприйняття, тлумачення, реалізації та застосування відповідних норм, у тому числі норм-дефініцій (організаційно-господарських відносин та організаційно-господарських зобов'язань), призначення яких мало б полягати у закріпленні в узагальненому вигляді ознак цих категорій.

Для визначення господарських відносин як предмета регулювання та їх видів у ГК вживають два терміни — «організація» (ст. 1 ГК) та «управління» (ч. 6 ст. 3 ГК), — що не можна визнати правильним за відсутності їх законодавчого розмежування. Причому це питання власне не термінологічного, а сутнісного порядку, і не може не впливати на розуміння сутності організаційного договору.

У найширшому розумінні поняття «організація» є видовим відносно поняття «соціальна організація» і може розглядатися в наступних значеннях: 1) як елемент соціальної структури, тобто інституційне об'єднання, що посідає певне місце в суспільстві і призначене для виконання певних функцій; 2) як ступінь внутрішньої упорядкованості, узгодженості частин цілого; 3) як вид діяльності — процес, пов'язаний з цілеспрямованим впливом на об'єкт¹. Саме третій — *функціональний* — аспект має значення для характеристики господарських відносин як предмета регулювання.

Слід звернути увагу і на те, що в літературі, присвяченій проблемам державного управління, організація визнається універсальною властивістю будь-якої діяльності, у тому числі й управлінської, і в широкому загальносоціальному контексті організація спрямовується на різні соціальні об'єкти та упорядкування процесу впливу на них з метою вирішення соціальних завдань. Принципово важливе значення для питання, яке нами розглядається, є висновок Є. Б. Кубка про те, що до організаційної діяльності відносять також упорядкування горизонтальних зв'язків між непідпорядкованими виконавцями, яке опосередковується,

¹ Всемирная энциклопедия: Философия / Главн. науч. ред. и сост. А. А. Грицанов. — М.: АСТ, Минск: Харвест, Современный литератор, 2001. — С. 986.

зокрема, господарськими договорами¹. Є. Б. Кубко організаційні відносини визначає як підпорядкований вид відносин, що відображає суспільний зв'язок між особами та їх утвореннями (соціальними спільнотами) у процесі діяльності як продукт функціонування системи програмно-цільового управління, його результату, а також організаційної формі виробничої, господарської, управлінської та іншої діяльності. За предметом регулювання виділяються організаційні відносини двох взаємопов'язаних видів — координаційні та субординаційні, — які розрізняються за кінцевим результатом функціонування, а не лише за суб'єктивним складом учасників².

У контексті поділу господарських відносин на господарсько-виробничі та організаційно-господарські (ст. 3 ГК) термін «організація» має більш вузьке значення, ніж наведене вище, і зводиться до управління, що є неправильним по суті. А. Г. Биков звертає увагу на те, що такий *метод організації* взаємовідносин в суспільстві, як владне підпорядкування, не є єдино можливим. Забезпечення організаційної єдності волі, узгодженості, взаємодії в процесі виробництва може досягатися також методом координації, тобто взаємною угодою сторін (у цьому А. Г. Биков підтримував концепцію організаційних відносин О. О. Красавчикова)³.

¹ Кубко Е. Б. Программно-целевая организация государственного управления (сущность, правовая основа, хозяйственная практика) / Отв. ред. В. В. Цветков; АН УССР. Ин-т государства и права. — К.: Наукова думка. — 1988. — С. 14.

² Кубко Е. Б. Знач. праця. — С. 91.

³ Розглядаючи це питання в площині співвідношення плану та договору, А. Г. Биков підкреслював, що плановий акт завжди несе організаційне начало, є організаційним по своїй суті, оскільки визначає основні елементи організації взаємовідносин між господарськими органами. Господарський договір, включаючи ці елементи, забезпечує подальший розвиток стану упорядкованості (Биков А. Г. План и хозяйственный договор. — М.: Изд-во Московского ун-та, 1975. — С. 53). На те, що господарсько-договірні відносини за своєю природою є відносинами управління і що одним з елементів управління є координація взаємовідносин між різними непідпорядкованими органами, звертає увагу В. К. Мамутов (Мамутов В. К. Экономико-правовые исследования проблем управления общественным производством // Экономика и право: Сб. науч. тр. — К.: Юринком Интер, 2003. — С. 15).

У теорії господарського права під управлінням як правовою формою державного регулювання економікою розуміється прийняття компетентним органом юридично значущих рішень для суб'єктів господарювання з оперативних питань господарського життя (державна реєстрація суб'єктів господарювання, ліцензування окремих видів підприємницької діяльності, встановлення лімітів на використання природних ресурсів тощо)¹. У ГК термін «управління» вживається і у вузькому значенні — крізь призму повноважень власника щодо управління підприємством безпосередньо або через уповноважені ним органи (ст. 65 ГК та інші).

Питання управління виходить за межі досліджуваних у цій роботі питань, але ми звернемо увагу на те, що в правових дослідженнях зберігається традиційний погляд на управління, згідно з яким результат управлінського впливу на об'єкт вважається прямо пропорційним докладеним зусиллям, хоча це є можливим лише тоді, коли система перебуває у стані внутрішньої рівноваги. Коли ж система опиняється у невірноваженому стані, вона починає діяти за законами нелінійного характеру², з чого випливає необхідність постійного пошуку та обґрунтування найбільш прийняттого й оптимального на поточний момент способу впливу на об'єкт управлінської діяльності. Крім того, нові управлінські рішення (в широкому розумінні) не повинні

¹ Щербина В. С. Господарське право: Підручник. — 2-е вид., перероб. і доп. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — С. 23.

² Саме у невірноваженому стані перебуває наразі правова система України. Безперервне реформування системи господарських судів України попри цілі судової реформи (забезпечення доступу до правосуддя та підвищення ступеня захищеності прав і законних інтересів суб'єктів господарських відносин) поки що призвела до зворотного результату, а саме — значного уповільнення розгляду справ та юридичної малопрогнозованості судових рішень, яка зумовлюється і колізійністю чинного законодавства, і інстанційною моделлю системи господарських судів. Значний елемент розбалансованості в судочинстві у спорах, що виникають при здійсненні господарської діяльності, був привнесений створенням адміністративних судів і прийняттям Кодексу адміністративного судочинства. Норми КАС про юрисдикцію адміністративних судів породили значну кількість проблем з визначенням підвідомчості господарських спорів, в тому числі тих, що виникають у господарських договірних відносинах за участю держави, про що докладніше йтиметься далі.

входить в резонанс з тими традиціями, що склалися. Необхідно враховувати й те, що управління (як переведення системи з одного стану в інший відповідно до поставленої мети) має системний характер в тому розумінні, що управлінські рішення в одних областях суспільного життя, впливають на рішення, які приймаються в інших. Управління системами здійснюється двоюко: в одному випадку воно спрямовано на підтримання стійкості системи в межах, необхідних для забезпечення протікання життєво важливих для неї процесів («стратегічне» управління); в іншому — управління відрізняється мобільністю і повинно забезпечувати швидкі зміни системи («тактичне» управління). Нормативне управління як форма стратегічного управління у сфері господарювання забезпечує стаціонарність системи, орієнтується на стабільні, відносно усталені й повторювані процеси¹. Тактичне управління у сфері господарських договірних відносин забезпечується, з одного боку, суб'єктами організаційно-господарських повноважень у передбаченому законодавством порядку (наприклад, у сфері управління державними комерційними та унітарними підприємствами), а з іншого — самими сторонами через встановлення у договорі взаємних прав й обов'язків та внесення змін до договору в процесі розвитку договірних правовідносин (їх динаміки) або в разі необхідності розірвання договору.

У цілому відносини управління належать до активного типу правовідносин, оскільки управління передбачає вчинення уповноваженою особою (суб'єктом організаційно-господарських повноважень) відповідних дій з метою реалізації покладених на нього законодавством завдань у межах його повноважень. Утримання ж від певних дій (наприклад, у вигляді заборони втручатися в господарську діяльність суб'єктів господарювання) є такою формою реалізації права, як дотримання норм законодавства, а способом захисту прав і законних інтересів суб'єктів господарювання, відповідно до ст. 20 ГК, є визнання недійсним акта державного чи іншого органу та відшкодування збитків, завданих незаконними діями органів управління.

¹ Плахов В. Д. Социальные нормы: философские основания общей теории. — М.: Мысль, 1985. — С. 40—41.

З огляду на викладене, надалі будемо виходити з того, що управління господарською діяльністю входить в обсяг поняття організації як процесу цілеспрямованого впливу на економіку.

Слід сказати, що в літературі свого часу дискутувалася галузева приналежність організаційних відносин¹. Значний внесок у розробку теорії організаційних відносин як предмета регулювання цивільного права був зроблений О.О. Красавчиковим, хоча його концепція породила неоднозначну реакцію в колі цивілістів. Учений звернув увагу на те, що організація як форма діяльності людей не є самоціллю, і щоразу вона за своїм змістом і формами реалізації зумовлюється змістом тих цілей, на досягнення яких спрямовує свою діяльність особа або відповідне соціальне утворення, хоча організаційні відносини мають і власну безпосередню мету — упорядкованість, організованість відповідного процесу по передачі майна, виконанню робіт тощо. Сформульоване ж О. О. Красавчиковим визначення *організаційних відносин як заснованих на координації або субординації соціальних зв'язків, спрямованих на упорядкування (нормалізацію) інших суспільних відносин, дій їх учасників або формування соціальних утворень*, може бути без додаткових уточнень прийнято для цілей нашого господарсько-правового дослідження².

Теорія організаційних (немайнових) цивільно-правових зобов'язань у цілому не була прийнята цивілістичною думкою³, хіба що за винятком можливості включення в пред-

¹ Огляд позицій див.: *Мезрин Б. Н.* Моделирование гражданско-правовых неимущественных обязательств // Антология уральской цивилистики. 1925—1989: Сб. статей. — М.: Статут, 2001. — С. 191—196.

² *Красавчиков О. А.* Гражданские организационно-правовые отношения // Антология уральской цивилистики. 1925—1989: Сб. статей. — М.: Статут, 2001. — С. 162—163.

³ Зокрема, А. Г. Биков, зазначав: договірні зв'язки не можуть бути винятком з того, що будь-якому суспільному утворенню притаманна організація, коли опосередковані договорами майнові зв'язки організовані планомірно. Такі організаційні відносини виконують службову роль по відношенню до майнових і в такому вигляді, за винятком окремих умов договору, не утворюють змісту самостійного зобов'язання (*Биков А. Г.* План и хозяйственный договор. — М.: Изд-во Московского ун-та, 1975. — С. 57).

мет цивільно-правового регулювання тих відносин, в яких організаційні елементи пов'язуються із соціально значущою метою надання учасникам цих відносин права самостійно упорядковувати свої відносини (зобов'язання з організаційних договорів і деяких інших)¹. Не виявляє інтересу до організаційних зобов'язань і сучасна українська цивілістика².

У рамках теорії господарських зобов'язань, яка була розроблена І. А. Танчуком, В. П. Єфімочкіним та Т. Є. Абовою, було виділено й досліджено три типи господарських зобов'язань як правових форм відповідних господарських відносин: зобов'язання товарно-грошового характеру, внутрішньогосподарські зобов'язання та господарсько-управлінські зобов'язання. Останні були визначені як форма організації певних господарських відносин, що складаються в процесі управління соціалістичною економікою³. Слід сказати, що пізніше І. А. Танчук дещо переглянув свою позицію відносно організаційно-господарських зобов'язань. Виступаючи на міжнародній науково-методичній конференції «Шляхи удосконалення викладання господарського права» (Київ, 24—26 травня 1990 р.), він зазначив, що в нових економічних умовах вже немає господарсько-управлінських договорів у колишньому їх значенні як договорів з переважанням планово-організаційних елементів, які опосередковують відносини планового керівництва (вертикаль) за участю органів управління (зокрема, якщо державне замовлення видавати-

¹ Мезрин Б. Н. Моделирование гражданско-правовых неимущественных обязательств // Антология уральской цивилистики. 1925—1989: Сб. статей. — М.: Статут, 2001. — С. 201.

² Так, визначаючи ознаки господарського зобов'язання, за яким воно відрізняється від цивільно-правового зобов'язання (особливий суб'єктний склад, а саме наявність крім кредитора та боржника, ще й суб'єкта організаційно-господарських повноважень, сфера суспільних відносин, підстави виникнення, особливий характер дій сторін зобов'язання), Т. В. Боднар зазначає, що організаційно-господарські зобов'язання не є цивільно-правовими і нормами цивільного права не регулюються (Боднар Т. В. Договірні зобов'язання як категорія цивільного права // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. Вип. 61. — 2004. — С. 74, 75).

³ Докладніше про господарсько-управлінські зобов'язання див.: Танчук І. А., Єфімочкин В. П., Абова Т. Е. Хозяйственные обязательства. — М.: Юрид. лит., 1970. — С. 83—122.

меться і прийматиметься на договірній основі, навряд чи такий договір слід конструювати як управлінський). У зв'язку з цим І. А. Танчук запропонував відмовитися як від групування господарських договорів на господарсько-управлінські та господарсько-оперативні, так і від відповідних понять¹. Проте в нових умовах господарювання зберігають теоретичну і практичну цінність твердження про те, що:

1) орган господарського керівництва попри владні повноваження відносно підприємства не може на свій розсуд і своєю владою встановити господарсько-управлінське зобов'язання, оскільки такі випадки чітко обмежені законодавством. Не субординація сама по собі дає право вимагати певної поведінки боржника, а закон, що згладжує значною мірою юридичну нерівність сторін зобов'язання;

2) юридична підпорядкованість сама по собі не свідчить про господарсько-управлінський характер правовідносин, для цього необхідним є також особливий характер об'єкта та зміст правовідносин. Суб'єкти господарсько-управлінського зобов'язання можуть і не бути у відносинах підпорядкування, а бути рівними за своїм юридичним становищем².

Відповідно до основних видів господарських відносин (безпосереднє господарювання та управління) законодавцем визначені й види господарських зобов'язань — майново-господарські та організаційно-господарські, хоча в тому вигляді, в якому останні визначаються в ч. 1 ст. 176 ГК, їх точніше було б називати управлінсько-господарськими³.

¹ Танчук І. А. Хозяйственные договоры в курсе хозяйственного права // Пути совершенствования преподавания хозяйственного права: Методические рекомендации международной научно-методической конференции (Киев, 24—26 мая 1990 г.) / Редкол.: В. И. Гончаренко (отв. ред.) и др. — К., 1991. — С. 21.

² Танчук І. А., Ефимочкин В. П., Абова Т. Е. Хозяйственные обязательства. — С. 116—117.

³ Слід зауважити, що виділення внутрішньогосподарських зобов'язань, які складаються між структурними підрозділами суб'єкта господарювання, а також між суб'єктом господарювання та його структурним підрозділом, є навряд чи виправданим, зважаючи на виключення з установленого ч. 1 ст. 55 ГК України переліку суб'єктів господарювання філій, представництв, інших відокремлених підрозділів господарських організацій (структурних одиниць) (Див.: Закон України від 4 лютого 2005 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» // ВВР. — 2005. — № 11. — Ст. 205).

Поділ господарських відносин на господарсько-виробничі, організаційно-господарські та внутрішньогосподарські має внутрішньогалузеве значення. Якщо ж розглядати господарські правовідносини в механізмі господарсько-правового регулювання за критерієм персоніфікації зобов'язаної сторони, вони можуть бути поділені на: 1) абсолютні речові; 2) абсолютно-відносні; 3) абсолютні господарські правовідносини по веденню власної господарської діяльності; 4) відносні зобов'язальні (господарсько-управлінські, виробничо-господарські, внутрішньогосподарські); 5) немайнові абсолютні господарські правовідносини¹.

В *абсолютно-відносних* господарських правовідносинах, до яких належать ті, що виникають на праві господарсько-го відання та інших прав на майно, одержаних від власника для здійснення господарської діяльності (оренда, концесія, тощо) суб'єкт господарювання володіє, користується та розпоряджається майном найбільш повно, незалежно від усіх інших осіб, за винятком власника, з яким він перебуває у відносних правовідносинах. У *зобов'язальних* господарських відносинах відображений об'єктивний розподіл праці у сфері суспільного виробництва, одним із видів якого є надвиробничий, за якого певна частина майново-господарських питань виробництва вирішується державою та її органами від імені та в інтересах усього суспільства². Таким чином, суб'єкт організаційно-господарських повноважень (державний орган, який здійснює функції держави-власника щодо об'єктів державної власності, в тому числі засобів виробництва, або інший суб'єкт), може бути стороною і абсолютно-відносних, і зобов'язальних правовідносин, частина яких має договірний характер.

Однією з підстав виникнення абсолютно-відносних правовідносин може бути договір (наприклад, договір оренди державного чи комунального майна, договір концесії), зобов'язання ж передати державне чи комунальне майно у

¹ *Мартемьянов В. С.* Хозяйственное право. Т. I. Общие положения: Курс лекций. — М.: Изд-во БЕК, 1994. — С. 40—52. Хозяйственное право: Учебник / В. К. Мамутов, Г. Л. Знаменский, В. В. Хахулин и др.; Под ред. В. К. Мамутова. — К.: Юринком Интер, 2002. — С. 73—78.

² Хозяйственное право: Учебник. — С. 75—76.

володіння та користування з метою господарського використання має майново-господарський характер, і не може бути віднесено до організаційно-господарських. Тому не можна погодитися з тим, що названі договори слід відносити до господарсько-управлінських¹. Хоча такі договори і містять елементи організаційного характеру², але вони не є організаційними (управлінськими) договорами.

Зобов'язальні господарські правовідносини організаційного виду можуть виникати з різних підстав, і лише однією з цих підстав за смыслом ст. 176 ГК можуть бути договори (між державою, регіонами та підприємством; про створення об'єднань, фінансово-промислових груп або холдингів тощо).

Виходячи з розуміння організації як родового поняття відносно поняття управління у складі організаційно-господарських відносини можуть бути виділені, принаймні на теоретичному рівні, не тільки *організаційні субординаційні відносини*, побудовані на підпорядкуванні суб'єкта господарювання суб'єкту організаційно-господарських повноважень, а й *організаційні координаційні відносини*, засновані на засадах формальної рівності учасників. Виділення таких підвидів господарських організаційних відносин і можливість опосередкування їх договірній формі (ст. 176 ГК) зумовлює розробку загальних положень про організаційні господарські договори, які залишаються поза рамками цивільно-правового регулювання та майже не врегульовані ГК, з одночасним уточненням положень про організаційно-господарські зобов'язання.

Не викликає сумніву те, що визначення організаційно-господарського (немайнового) зобов'язання повинно бути інтегрованим й має відображати всі універсальні ознаки немайнових зобов'язань різного виду (субординаційного та координаційного). De lege lata специфічними ознаками

¹ Віхров О. Роль і місце організаційно-господарських зобов'язань у сучасній економіці // Право України. — 2004. — № 4. — С. 54.

² Так, відповідно до ст. 10 Закону «Про оренду державного та комунального майна» істотною умовою договору оренди є порядок здійснення орендодавцем контролю за станом об'єкта оренди та забезпечення пожежної безпеки орендованого майна. Статтею 17 Закону «Про концесії» передбачено право концесіодавця здійснювати контроль за дотриманням концесіонером умов концесійного договору.

організаційно-господарського зобов'язання є: 1) суб'єктний склад, а саме участь у зобов'язанні суб'єкта організаційно-господарських повноважень; 2) управлінсько-господарський (організаційний) характер дій, які повинні бути вчинені на користь управленої сторони, або від яких зобов'язана сторона повинна утриматися. Очевидно, що легальне визначення організаційно-господарських зобов'язань змушує організаційні відносини тільки до управлінських. Через це застосування цього визначення до організаційно-господарських зобов'язань, зокрема тих, що перераховані в частинах 2 і 4 ст. 176 ГК (зобов'язання між суб'єктами господарювання, які разом організують об'єднання підприємств чи господарське товариство, та органами управління цих об'єднань чи товариств; між суб'єктами господарювання, один з яких є дочірнім підприємством іншого; між суб'єктами господарювання в рамках договору про спільну діяльність) є некоректним.

Виділення організаційно-господарських зобов'язань між суб'єктами господарювання, що є засновниками об'єднань або господарських товариств, з органами управління створених суб'єктів, на наш погляд, більша, ніж сумнівне, оскільки відносини між названими суб'єктами та органами управління створених господарських організацій є корпоративними. Орган господарської організації не діє у правовідносинах від себе особисто, а лише від імені самої організації, тому іншим учасником відносин із суб'єктом господарювання—засновником буде інший, новостворений суб'єкт, а не його орган. Такого роду відносини можуть бути названі *координаційно-управлінськими*, оскільки їх суб'єкти є формально рівними, але між ними існують відносини впливу/вирішального впливу.

Не може бути поширене легальне визначення організаційно-господарського зобов'язання (ч. 1 ст. 176 ГК) на немайнові зобов'язання, що виникають між непідпорядкованими суб'єктами господарювання, оскільки останні не пов'язані між собою управлінськими зв'язками, а з допомогою договорів (або майнових, або тих, що в літературі у свій час і були названі організаційними) можуть *координувати* свою діяльність.

Оскільки законодавець вважав за необхідне законодавчо закріпити констrukцію організаційно-господарського

зобов'язання, необхідно було б вирішити принаймні два основних питання.

По-перше, у легальному визначенні організаційно-господарського зобов'язання мають бути зафіксовані його головні ознаки — *немайновий характер і спрямованість на організацію господарської діяльності*. Ця спрямованість не залежить від суб'єктного складу зобов'язання, і участь суб'єкта організаційно-господарських повноважень не повинна бути єдиною кваліфікуючою ознакою таких зобов'язань.

По-друге, мають бути встановлені особливості застосування загальних положень ГК та ЦК про зобов'язання, які розраховані на регулювання майнових зобов'язань і які передбачають застосування відповідного юридичного інструментарію — і не тільки того, що передбачений ГК, а й насамперед, враховуючи розміщення нормативного матеріалу, положень ЦК (щодо способів забезпечення виконання зобов'язання, виконання, припинення та відповідальності за неналежне виконання). У розділі IV ГК України специфіка правового регулювання організаційних зобов'язань не визначена. Можливість же застосування за аналогією норм, розрахованих на майнові зобов'язання, є доволі сумнівною, а іноді виглядає як юридичний нонсенс.

У цивілістичній літературі до організаційного договору, так само як і до немайнових зобов'язань та організаційних відносин, ставлення було неоднозначним. З одного боку, категорично заперечувалася можливість використання договору у вертикальних, владно-організаційних відносинах, з огляду на те, що організаційний договір у відносинах між органом державного управління та підпорядкованим йому підприємством є не тільки непотрібним, а й шкідливим: такий «лжедоговор» відкриває шлях до розширення адміністративного втручання¹. Про неможливість застосування

¹ Посилаючись на висловлювання В. І. Леніна про те, що домовлятися можуть лише рівні, інакше це буде лише словесним прикриттям підпорядкування, йшлося про те, що потрібні встановлені законом гарантії здійснення підприємством його самостійності, прав та ініціативи (звичайно, що само по собі заперечень не викликає. — О. Б.), але іншої аргументації проти договірних відносин по вертикалі не наводилося (*Братусь С., Маковский А., Рахмилович В. Правовое регулирование хозяйственной деятельности // Рахмилович В. А. Избранное. — М.: ЗАО Юстицинформ, 2005. — С. 48—49*).

договірному методу до організаційної діяльності органів господарського управління, або, навпаки, методу влади та підпорядкування у відносинах між договірними контрагентами писав О. С. Іоффе¹. Вочевидь, така позиція зумовлювалася поглядом авторів на договір як винятково цивілістичну категорію й нерозрізненням в ряді випадків понять «організація» та «управління». В господарсько-правовій літературі можливість використання договірної форми у вертикальних (господарсько-управлінських) відносинах допускалася, хоча іноді й доволі стримано².

З іншого боку, на основі теорії організаційних відносин О. О. Красавчикова, було розроблено поняття *організаційного цивільно-правового договору* як взаємної угоди двох або більше сторін, спрямованої на організацію, упорядкування взаємних відносин і створення передумов, необхідних і достатніх для вступу його учасників в інші відносини майнового характеру². Його (з деякими уточненнями) можна брати за основу і для організаційного господарського договору *як дво- або багатосторонньої угоди немайнового характеру між суб'єктами господарювання та/або угоди між суб'єктом (суб'єктами) господарювання та суб'єктами організаційно-господарських повноважень, мета яких (угод) полягає в забезпеченні організованості процесу гос-*

¹ *Иоффе О. С.* Правовое регулирование хозяйственной деятельности в СССР // *Иоффе О. С.* Избр. тр. по гражданскому праву: Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права». — М.: Статут, 2000. — С. 718.

² Так, Г. В. Пронська зазначала, що господарсько-управлінські зобов'язання виникають на основі розпорядчих актів органу-центру галузевої господарської системи, як і до певної міри фіксують і зміст майбутніх правовідносин. Використання договору мало узгоджується з ієрархічністю вертикальних зв'язків, і законодавчо визначеному ефективному механізму переведення компетенції підпорядкованих органів у матерію конкретних правовідносин слід віддати перевагу перед запровадженням договірної форми таких відносин (*Пронская Г. В.* Правовая организация отраслевых хозяйственных систем (на примере Украинской ССР). — К.: Изд-во при КГУ издательского объединения «Выща школа», 1985. — С. 103—104).

² *Васева Н. В.* Имущественные и организационные гражданско-правовые договоры // *Гражданско-правовой договор и его функции: Межвузовский сб. науч. тр.* — Свердловск: УрГУ, 1980. — С. 68.

подарської діяльності, в тому числі створення передумов для існування майново-господарських зобов'язань.

Проведений нами за ознакою взаємного становища сторін поділ організаційних господарських відносин на субординаційні та координаційні дає підставі для поділу організаційних договорів на два основні види: *субординаційні та координаційні*¹.

І. Організаційні договори субординаційного виду (владно-управлінського).

У цілому слід позитивно оцінити можливість встановлення договірних відносин організаційного характеру між суб'єктом організаційно-господарських повноважень і суб'єктом господарювання, оскільки, як нами було вже доведено, договір за своєю сутністю (як акт взаємодії) здатний бути універсальним регулятором різнорідних суспільних відносин. Причому в принципі неправильним було б ототожнювати всі договори за участю держави з організаційними договорами субординаційного типу. Можна стверджувати, що не участь органу з господарськими повноваженнями надає договору організаційного характеру, а, навпаки, сама можливість використання договору в управлінській діяльності визначається організаційними властивостями самого договору. Крім того, сама можливість укладення таких договорів між суб'єктами, що перебувають у відносинах субординації, дає змогу точно визначити поведінку суб'єкта владних повноважень (органу державного управління), у тому числі і стосовно його відповідальності перед суб'єктом господарювання за невиконання або неналежне виконання зобов'язання. Переваги договірної форми таких відносин полягають у тому, що договір може не тільки допомогти «за-

¹ Як постановку проблеми, що заслуговує на окреме дослідження, виокремимо *координаційно-субординаційний* вид організаційних договорів як такий, що знаходиться на стику договорів першого та другого видів. Сферою застосування такого виду організаційних договорів є відносини між суб'єктами господарювання (асоційованими підприємствами, холдинговими компаніями), що ґрунтуються на економічній та/або організаційній залежності (простій або вирішальній) у формі участі у статутному фонді та/або управлінні. Основною характеристикою таких договорів є те, що формально його учасники не перебувають у відносинах юридичної підпорядкованості.

гладити» відносини нерівності між сторонами, а й запобігти зловживанню суб'єктом повноважень своїм становищем через застосування господарсько-процесуального інструментарію, для чого необхідно коригування деяких норм ГК. У цілому завжди слід пам'ятати, що договір є засобом саморегуляції відносин між сторонами, і у сфері управління такі можливості саморегуляції об'єктивно обмежуються статусом органу управління. Нормативно-визначені функції органу управління в одних випадках можуть бути ним реалізовані без вступу у відносні правовідносини, а в інших факультативно набувати і такої правової форми.

Головне питання, яке має бути вирішене на рівні загальних норм про такий вид організаційних договорів, стосується допустимості їх укладення, адже суб'єкти організаційно-господарських повноважень, насамперед державні органи й органи місцевого самоврядування, повинні самостійно виконувати покладені на них чинним законодавством управлінські функції, що є для них одночасно і правом, і обов'язком. Господарська правосуб'єктність як органів господарського управління, так і суб'єктів господарювання визначається: 1) через господарську компетенцію, тобто через конкретні права і обов'язки щодо здійснення господарської діяльності та керівництва нею. Такі права і обов'язки є суб'єктивними правами та обов'язками, що існують в силу закону, тобто в рамках абсолютних (неперсоніфікованих) правовідносин; 2) через господарську правоздатність, тобто через можливість своїми діями набувати прав і обов'язків, що відповідають предмету діяльності суб'єкта та не входять у конфлікт з цілями діяльності такого суб'єкта.

Тому можна припустити, що *у сфері управління організаційний договір може бути укладений або у разі, коли обов'язковість укладення такого договору передбачена законом, або в тій сфері, що охоплюється правоздатністю суб'єкта господарських повноважень*. Проте в першому випадку для державних органів як суб'єктів організаційно-господарських повноважень обов'язок укладення певних організаційних договорів повинен мати своє «розширення» (наприклад, у вигляді типового договору, затвердженого компетентним органом). Безсумнівно, що в рамках догово-

ру орган управління не може передавати іншій стороні ті повноваження, які для нього встановлені законом (за винятком випадків, коли можливість делегування повноважень передбачена законом¹).

II. Організаційні договори координаційного виду (між непідпорядкованими суб'єктами господарювання). Організаційні договори цього виду є найпоширенішими в практиці господарювання.

Найчастіше організаційні договори укладаються у сфері перевезення вантажів різними видами транспорту та сфері електроенергетики, що зумовлюється особливостями цих видів господарської діяльності й необхідністю її планування, причому в ряді випадків обов'язковість укладення таких договорів передбачена законодавцем.

Частиною 3 ст. 307 ГК передбачається, що вантажовідправник і перевізник у разі необхідності здійснення *систематичних* упродовж певного строку перевезень вантажів можуть укласти *довгостроковий* договір, за яким перевізник зобов'язується у встановлені строки приймати, а вантажовідправник — подавати до перевезення вантажі у погодженому сторонами обсязі. Схожа за змістом норма міститься у ч. 2 ст. 914 ЦК. Крім того, відповідно до положень зазначеної статті у довгостроковому договорі перевезення вантажу встановлюються обсяг, строки та інші умови надання транспортних засобів і передання вантажу для перевезення, порядок розрахунків, а також інші умови перевезення. Навряд чи узагальнюючий по відношенню до такого виду договорів на транспорті термін «довгостроковий» є вдалим, особливо в контексті Господарського кодексу. Так чи інакше він орієнтує скоріше на строк дії такого договору, аніж на його

¹ Зокрема, така можливість передбачається ч. 3 ст. 2 Закону України «Про поставки продукції для державних потреб», відповідно до якої державні замовники мають право на договірній основі делегувати частину своїх функцій відповідним підприємствам, установам та організаціям на умовах, що визначаються Кабінетом Міністрів України. Загальна заборона делегування повноважень органами, що здійснюють організаційно-господарські повноваження стосовно суб'єктів господарювання державного сектора економіки встановлена ч. 10 с. 22 ГК України.

сутність. Принагідно зазначимо, що термін «довгостроковий договір» використовується законодавцем у ст. 267 ГК для позначення договору поставки, укладеного на термін, що перевищує один рік. Оскільки ст. 306 ГК перевезення вантажів визначається як господарська діяльність, пов'язана з переміщенням продукції виробничо-технічного призначення і виробів народного споживання різними видами транспорту, логічно було б серед відносин, які виникають у процесі здійснення господарської діяльності такого виду (надання послуг перевезення), виділяти саме організаційні і, відповідно, узагальнюючим терміном «організаційні» позначати перераховані в ч. 4 ст. 307 ГК види договорів (довгостроковий — на залізничному і морському транспорті, навігаційний — на річковому транспорті (внутрішньому флоті), спеціальний — на повітряному транспорті, річний — на автомобільному транспорті).

Об'єктом організаційних договорів на транспорті є визначення умов взаємних дій сторін стосовно виконання договорів або порядку виконання окремих організаційно-розпорядчих функцій (річні договори на перевезення вантажів автомобільним транспортом, договори на експлуатацію залізничних під'їзних колій, подачу та прибирання вагонів тощо), оскільки основна мета їх укладення полягає в погодженні обсягів перевезень і регулюванні взаємовідносин сторін щодо створення необхідних умов для майбутніх перевезень. Такого роду договори встановлюють правила здійснення багатьох виробничих операцій, і їх укладення не знімає з транспортного підприємства та вантажовідправника обов'язку щодо оформлення перевезення конкретного вантажу договором перевезення відповідно до встановлених організаційним договором вимог.

За буквального тлумаченням диспозитивної норми ч. 3 ст. 307 ГК довгострокові договори укладаються на власний розсуд учасників перевізного процесу (вантажовідправника та перевізника). На це звертається увага і в літературі¹. Проте у транспортних кодексах, транспортних статутах і

¹ Науково-практичний коментар Господарського кодексу України / Кол. авт.: Г. Л. Знаменський, В. В. Хахулін, В. С. Щербина та ін.; За заг. ред. В. К. Мамутова. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — С. 471.

правилах перевезень, до яких відсилає ГК і якими регулюється порядок укладання організаційних договорів, така диспозитивність передбачається не завжди (як наприклад, у сфері залізничних перевезень).

Слід звернути увагу на те, що відповідно до ст. 8 Закону України «Про залізничний транспорт»¹ перспективне й поточне планування перевезень визначено основою організації перевезень на залізничному транспорті. За змістом статей 17, 18 Статуту залізниць, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 6 квітня 1998 р. № 457² саме довгострокові договори на організацію перевезення вантажів разом з поточними договорами й замовленнями відправників слугують основою планування перевезення вантажів залізницею. Наказом Міністерства транспорту України від 21 листопада 2000 р. № 644 затверджено форму договору про організацію перевезень вантажів і проведення розрахунків за перевезення та надані залізницею послуги перевезення (додаток № 1 до Правил розрахунків за перевезення вантажів (ст. 62 Статуту). Відповідно до цього типового договору вантажовласник зобов'язується пред'являти залізниці у визначені строки місячні плани перевезень, заявки на подачу вагонів (контейнерів) й здійснювати навантаження (вивантаження) вантажів, що відправляються ним або прибувають на його адресу. Залізниця ж зобов'язується приймати до перевезення та видавати вантажі вантажовласника, подавати під навантаження (вивантаження) вагони (контейнери) згідно із затвердженими планами і заявками вантажовласника та надавати йому додаткові послуги, пов'язані з перевезенням вантажів, перелік яких зазначається в додатку до цього договору.

Порядок укладення та зміст річного договору на автомобільному транспорті визначається статтями 34—36 Статуту автомобільного транспорту Української РСР, затвердженого Постановою Ради Міністрів УРСР від 27 червня 1969 р. № 401³: в річному договорі на автомобільне перевезення ван-

¹ ВВР. — 1996. — № 40. — Ст. 183.

² ОВУ. — 1998. — № 14. — Ст. 548.

³ ЗП УРСР. — 1969. — № 7. — Ст. 88.

тажів встановлюються обсяги та умови перевезень, порядок розрахунків, визначаються раціональні маршрути і схеми вантажопотоків. Правилами перевезень вантажів автомобільним транспортом в Україні, затвердженими наказом Міністерства транспорту України від 14 жовтня 1997 р. № 363¹, передбачено, що згідно з укладеним договором перевізник і замовник в межах квартального плану за десять днів до початку кожного місяця визначають місячні плани з декадними плановими завданнями на перевезення вантажів (п. 3.6). Перевезення вантажів здійснюються в межах укладеного договору на перевезення вантажів на підставі належним чином оформлених заявок замовника. Отже, в межах єдиного організаційного господарського договору виникає, реалізується і припиняється ряд відносно незалежних одне від одного правовідносин щодо погодження специфікацій, відвантаження окремих партій продукції, її приймання, оплати тощо.

Незважаючи на значне скорочення обсягу перевезення вантажів на основі централізовано встановлених планових завдань, договори на організацію перевезень зберігають своє значення, оскільки на автомобільному, повітряному та внутрішньому водному транспорті вони стають основним документом, що визначає обсяги перевезень вантажів і права сторін щодо організації їх виконання².

Організаційні договори мають важливе значення і в галузі морських перевезень вантажів. Стаття 128 КТМ передбачає, що перевізник і власник вантажів у разі необхідності здійснення систематичних перевезень вантажів можуть укладати довгострокові договори про організацію морських перевезень. У той же час окремі перевезення в межах такого договору здійснюються на підставі договорів морського перевезення вантажів, наявність і зміст яких підтверджується рейсовими чартерами, коносаментами та іншими письмовими доказами (ст. 134 КТМ).

Слід звернути увагу на те, що в чинному законодавстві не передбачено наслідків невиконання приписів щодо обов'язкового укладення організаційного договору. У той же

¹ ОВУ. — 1998. — № 8. — Ст. 312.

² Настольная книга хозяйственного руководителя по законодательству / Под ред. Б. И. Пугинского. — М.: Юрид. лит., 1989. — С. 291.

час якого значення може набувати факт відсутності організаційного договору, якщо вантажоодержувач наполягає на укладенні договору перевезення вантажу? З одного боку, такий договір перевезення за змістом чинного законодавства (насамперед, ст. 633 ЦК) є публічним, від укладення якого суб'єкт господарювання може відмовитися лише у разі відсутності технічної можливості. Якщо організаційний договір на перевезення вантажів не укладався, відсутній обов'язок перевізника укладати разові договори перевезення вантажу лише у визначені вантажовідправником строки, у визначених обсягах тощо, через що перевізник вправі посилатися на відсутність технічних можливостей (наприклад, відсутність необхідних транспортних засобів, рухомого складу на залізниці тощо). І навпаки, якщо організаційний договір був укладений, то перевізник не може заявляти про відсутність таких умов, оскільки *він повинен був їх створити (забезпечити)* саме на виконання умов організаційного договору. Змодельована ситуація свідчить про те, що укладення організаційного договору у сфері транспортних перевезень вантажів слугує забезпеченню виробничих інтересів обох його учасників.

У сфері транспорту можуть використовуватися й інші конструкції організаційних договорів, зокрема, відповідно до ст. 9 Закону України від 15 травня 1996 р. «Про трубопровідний транспорт»¹ щодо регулювання взаємовідносин суб'єктів, яким передано в управління об'єкти трубопровідного транспорту, лінії електропередач, зв'язку, залізниці, автомобільні дороги та інші комунікації, що проходять в одному технічному коридорі або перетинаються.

Надзвичайно важливу роль у сфері електроенергетики, яка має стратегічне значення для стабільного функціонування економіки держави, відіграє організаційний по суті Договір членів оптового ринку електроенергії, невід'ємною частиною якого є Правила оптового ринку електричної енергії України. Зазначеним Договором, який був укладений 15 листопада 1996 р., визначаються:

— мета та умови функціонування оптового ринку електроенергії, на якому відповідно до ст. 15 Закону України

¹ ВВР. — 1996. — № 29. — Ст. 139.

«Про електроенергетику» здійснюється купівля всієї електричної енергії, виробленої на електростанціях, потужність (обсяг) відпуску якої більша за граничні показники, а також на вітроелектростанціях, незалежно від величини встановленої потужності (обсягів) відпуску електричної енергії (крім електричної енергії, виробленої на теплоелектроцентралях, які входять до складу енергопостачальників, для споживання на території здійснення ліцензованої діяльності), та весь її оптовий продаж. Функціонування інших оптових ринків електричної енергії в Україні забороняється;

— механізм функціонування оптового ринку електричної енергії України;

— порядок розподілу навантажень між генеруючими джерелами,

— правила формування ринкової ціни на електричну енергію.

Разом з тим слід звернути увагу на недооцінку сутності і призначення Договору членів оптового ринку електроенергії як організаційного договору, яка виявилася в рішенні Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 45 народних депутатів України стосовно відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про електроенергетику» (справа про електроенергетику) від 12 лютого 2002 р. № 3-рп/2002¹. КСУ звернув увагу на таку особливість функціонування об'єднаної енергетичної системи, як безперервність процесу виробництва, накопичення, розподілу і споживання електричної енергії, що вимагає збалансованих, синхронних дій, централізованого диспетчерського управління та єдиного системного обліку електроенергії на всіх стадіях виробничого процесу, але юридичну природу прав суб'єктів господарювання у цій сфері визначив як таку, що базується на загальній концепції договірних засад, закладеній у цивільному законодавстві.

Разом з тим проблема організації значної кількості суб'єктів господарювання в одну систему, яка б нормально й ефективно функціонувала, в принципі ідеологічно не є проблемою цивільного законодавства, насамперед Цивіль-

¹ ОВУ 2002. — № 22. — Ст. 1069.

ного кодексу як «кодексу приватного права». Така «процивілістична» позиція КСУ пізніше була розвинена і конкретизована в практиці господарських судів по вирішенню спорів, пов'язаних з розрахунками на оптовому ринку електроенергії. Зокрема, в одному із судових рішень господарський суд, посилаючись на зазначене рішення КСУ, вказав на те, що суд взагалі *не вбачає підстав* застосовувати до договірних відносин між сторонами по справі будь-яких інших положень законодавства, крім цивільного. Таким чином, був повністю знехтуваний зв'язок між усіма учасниками оптового ринку електроенергії, чії права та обов'язки у сфері електроенергетики зумовлюються не лише двосторонніми договорами купівлі-продажу електричної енергії, а й впливають із Закону «Про електроенергетику» та Договору членів оптового ринку електроенергетики.

Розглянуті особливості організаційних договорів дають змогу окреслити основні засади їх правового регулювання. Причому ми не вважаємо необхідним детальне врегулювання організаційно-господарських відносин ані в ГК, ані на рівні нормативно-правових актів. Достатнім буде включення в ГК загальних положень про організаційно-господарські договори, в яких було б відображено особливості цієї конструкції, оскільки застосування загальних положень про договори (насамперед, вимог щодо змісту договору, порядку його укладення), які в цілому розраховані на майнові господарські договори, в ряді випадків є неможливим з огляду на немайновий характер організаційних договорів. Неможливе і встановлення більш-менш розгорнутого переліку такого виду договорів, оскільки вони як найбільш наочний *спосіб самоорганізації* господарської діяльності майже повністю знаходяться в площині неназваних законодавством договорів.

Виходячи з того, що поняття господарського зобов'язання є родовим по відношенню до поняття організаційно-господарського зобов'язання, можна констатувати, що дія ст. 179 ГК про загальні умови укладення договорів, які породжують господарські зобов'язання, поширюється на *всі* господарські договори — і майнові, і організаційні, хоча в ч. 1 цієї статті згадуються лише майново-господарські зобов'язання, а ст. 186 ГК не встановлює *порядку* укладення організаційного договору. Разом з тим положення ч. 1

ст. 181 ГК про загальний порядок укладення договорів до організаційних договорів не застосовуються з огляду на вказівку ст. 186 ГК про те, що організаційно-господарські договори не можуть укладатися у спрощений спосіб, який допускається для майнових господарських договорів. Крім того, до організаційних договорів з огляду на їх немайновий характер не можна застосовувати правило ч. 8 ст. 181 ГК.

Статтю 186 ГК, назва якої наразі не відповідає її змісту, пропонується викласти в такій редакції:

«1. Організаційно-господарські договори укладаються учасниками господарських відносин на основі вільного волевиявлення, якщо інше не передбачено нормативно-правовими актами.

2. Організаційно-господарський договір укладається в письмовій формі.

3. Якщо інше не передбачено угодою сторін або нормативно-правовими актами, організаційно-господарський договір може укладатися за правилами, встановленим частинами 2—6 ст. 181 ГК».

Вказівка на примірний договір, яка міститься у чинній редакції ст. 186 ГК, позбавлена практичного сенсу, оскільки загальне правило про визначення змісту договору, який укладається на основі типового або примірного договору, сформульоване в ч. 4 ст. 179 ГК і повинно застосовуватися до будь-якого виду організаційно-господарського договору.

Можливість вирішення переддоговірних спорів і спорів стосовно спонукання до укладення певних господарських договорів у судовому порядку має вирішуватися за правилами ст. 187 ГК.

Не можуть бути застосовані до організаційних господарських договорів норми про предмет і ціну як істотні умови господарського договору, закріплені в частинах 3—6 ст. 180 ГК, оскільки вони розраховані лише на майнові господарські відносини. Вимоги щодо змісту організаційного договору, на наш погляд, повністю охоплюються диспозицією ч. 1 ст. 180 ГК.

Заслуговує на увагу питання виконання організаційних договорів і способи його забезпечення. Основний принцип договірної права *pacta sunt servanda* поширює свою дію на всі види договорів, у тому числі й на організаційні господарські. Належне виконання організаційно-господарських

зобов'язань свідчить про досягнення прогнозованого сторонами при укладенні договору ступеня упорядкованості їх господарських відносин, і може бути забезпечене з допомогою передбачених законом або договором певних видів забезпечення виконання зобов'язання. Аналізуючи передбачені цивільним і господарським законодавством види забезпечення виконання зобов'язання (майнового за визначенням), слід підкреслити, що коло тих видів, які придатні для використання в організаційних договорах, є досить обмеженим. У літературі зверталася увага на те, що лише деякі правові засоби *забезпечують* виконання, і до них належать неустойка і завдаток як такі, що мають стимулювати зобов'язану особу до належної поведінки. Інші ж способи забезпечення призначаються або для *захисту майнового інтересу* кредитора у разі несправності боржника (порука, гарантія/ банківська гарантія), або для *забезпечення виконання і захисту інтересів* кредитора (застава, притримання)¹.

Очевидно, що організаційно-господарські зобов'язання не можуть забезпечуватися такими правовими засобами, які спрямовуються на захист майнових інтересів кредитора, а також завдатком. Разом з тим, слід позитивно вирішити питання про можливість забезпечення належного виконання організаційно-господарських зобов'язань координаційного типу неустойкою (штрафом), умову про яку сторони можуть включити до договору, причому умова про неустойку має стимулювати зобов'язану особу до виконання своїх зобов'язань. Немайнові зобов'язання у принципі можуть забезпечуватися неустойкою. Зверталася в літературі увага і на те, що організаційні договори можуть мати також елементи майнового характеру у вигляді майнових санкцій за невиконання чи неналежне виконання організаційних зобов'язань, проте ці елементи не впливають на юридичну природу такого договору². Так само не виключається мож-

¹ Гонгалю Б. М. Учение об обеспечении обязательств. — М.: Статут, 2002. — С. 9.

² Быков А. Г. План и хозяйственный договор. — М.: Изд-во Московского ун-та, 1975. — С. 60—61; Васева Н. В. Имущественные и организационные гражданско-правовые договоры // Гражданско-правовой договор и его функции: Межвузовский сб. науч. тр. — Свердловск: УрГУ, 1980. — С. 67.

ливість відшкодування збитків, завданих управненій стороні неналежним виконанням організаційно-господарського зобов'язання, в передбаченому законодавством порядку.

Враховуючи викладене, пропонуємо доповнити ст. 199 ГК ч. 3 наступного змісту:

«Організаційно-господарські зобов'язання учасників господарських відносин можуть забезпечуватися неустойкою (штрафом) у передбачених договором або законом випадках».

Наближеним до організаційно-господарського зобов'язання є зобов'язання, що впливає із попереднього договору. Але він повинен містити всі істотні умови майбутнього основного договору й відповідне зобов'язання припинятиме своє існування або у випадку, коли сторони уклали основний договір, або у випадку, коли основний договір не укладений у встановлений договором строк і жодна із сторін не направить другій стороні пропозиції щодо його укладення (ч. 4 ст. 182 ГК, ч. 3 ст. 635 ЦК)¹. У правових дослідженнях неодноразово зазначалося, що за ухилення від укладення основного договору з несумлінного контрагента може стягуватися неустойка². На відміну від попереднього, організаційний договір має самостійний, незалежний від інших договорів, що укладаються в його рамках, зміст (умови немайнового характеру) і припиняє своє існування за загальним правилом у зв'язку із закінченням строку, на який він був укладений.

Слід звернути увагу на те, що норма ч. 1 ст. 207 ГК про підстави недійсності господарських договорів (зобов'язань), має універсальний характер і може застосовуватися до організаційних договорів, проте застосування правил про реституцію до організаційних договорів, визнаних недійсними, виключається з огляду на їх немайновий характер.

Будь-яка самоорганізація суспільних відносин, у тому числі господарських, може здійснюватися не тільки на користь суспільним інтересам, а й всупереч їм. Такому виду самоорганізації законодавець повинен запобігати, а це зумовлює необхідність дослідження особливостей тих органі-

¹ Конструкція попереднього договору докладніше вже розглядалася нами раніше. Див.: *Беляневич О. А.* Господарський договір та способи його укладання. — С. 141—147.

² Див., зокрема: *Брагинский М. И.* Хозяйственный договор. Каким ему быть? — М.: Экономика, 1990. — С. 31; *Гришин Д. А.* Неустойка: теория, практика, законодательство. — М.: Статут, 2005. — С. 76.

заційних договорів, які можуть впливати на стан економічної конкуренції. Такі правові норми мають формуватися на стику господарського договірної права з конкурентним правом як підгалуззю господарського права.

Слід сказати, що ця проблема піднімалася ще в юридичній літературі дореволюційного періоду. Так, питанню юридичних форм, які обслуговують концентрацію капіталу й виробництва, комбінування окремих стадій виробничого процесу і прагнення до монопольного становища на ринку, приділив увагу А. В. Венедиктов. В особливу групу ним були виділені *договори поєднання*, в яких окремі підприємства зберігають формальну (юридичну) самостійність (договори про розмежування районів збуту, про продажні ціни, про умови кредиту та строки поставки, про кількість товару, який випускається на ринок тощо). Оскільки угоди такого роду переслідують монополістичну мету, вони призводять до утворення картелів. До договірних поєднань учений відніс і договори про спільну експлуатацію підприємств (так звана спільність інтересів) — угоди двох або більше підприємств про ведення справ за спільний рахунок. Єдність господарської політики досягається в таких договорах, зокрема, через передачу управління одному з підприємств. Третім видом таких договорів поєднання визначені угоди, спрямовані на проведення однієї або кількох певних операцій (зокрема, консорціуми банків з реалізації запозичень)¹.

Договір підприємницького союзу (синдикату та тресту) був об'єктом уваги В. І. Синайського. Ученим такий договір визначався як угода підприємців, спрямована на знищення або послаблення дії вільної конкуренції у виробництві та збуті певного продукту. В. І. Синайський обґрунтовував необхідність публічно-правового регулювання таких договорів, насамперед, у вигляді публічності, урядового контролю та втручання, а також кримінального переслідування, які повинні бути включені в єдине цивільно-торгове законодавство про підприємницькі союзи². Ця наукова

¹ Венедиктов А. В. Слияние акционерных компаний // Избр. тр. по гражданскому праву: В 2 т. Т. I. — М.: Статут, 2004. — С. 70—73.

² Синайский В. И. Договор предпринимательского союза (синдиката и треста) // Сб. статей по гражданскому и торговому праву. Памяти профессора Габриэля Феликсовича Шершеневича. — М.: Статут, 2005. — С. 59, 67.

спадщина повинна бути сприйнята і осмислена в категоріях сьогодення.

У сучасних умовах господарювання правове регулювання окремих різновидів організаційних договорів має встановлювати продумані механізми захисту правового порядку у сфері економічної конкуренції. Деякі організаційні договори координаційного виду, не передбачені законодавством, а тому такі, що повністю перебувають у сфері вільного волевиявлення суб'єктів господарювання, укладаються ними в порушення вимог законодавства про захист економічної конкуренції. У контексті ст. 5 Закону України «Про захист економічної конкуренції» вони виступають як узгоджені дії, тобто укладення суб'єктами господарювання угод у будь-якій формі (погоджена конкурентна поведінка)¹. У такому ракурсі організаційні договори можуть бути віднесені або до дозволених узгоджених дій, або до заборонених антиконкурентних узгоджених дій, тобто таких, що призвели чи можуть призвести до недопущення, усунення чи обмеження конкуренції, і тягнуть за собою встановлену відповідальність. Уявляється доцільним такі організаційні договори (угоди) кваліфікувати як недійсні, як це визначено у ст. 85 Римського договору про заснування Європейського економічного співтовариства². Невичерпний перелік антиконкурентних узгоджених дій подається в статті 6 Закону «Про захист економічної конкуренції». Відповідно на організаційні договори мають поширюватися і положення ст. 10 зазначеного Закону, якою передбачається можливість визнання таких антиконкурентних узгоджених дій Антимо-

¹ Термін «узгоджені дії» можна тлумачити як договір, оскільки угода передбачає наявність, як мінімум, двох учасників. Причому не має значення, чи існує ця угода у вигляді письмового документа, чи укладається вона в усній формі. На те, що узгоджені дії є господарськими договорами зверталася увага і в літературі (Хозяйственное право Украины: Учебник / Под ред. А. С. Васильева, О. П. Подцерковного. — Харків: Одиссей, 2005. — С. 324).

² За загальним правилом §1 ст. 85 Римського договору забороняються як несумісні із загальним ринком: будь-які угоди між підприємствами, рішення, прийняті об'єднаннями підприємств, та картельна практика, котрі можуть впливати на торгівлю між державами-членами, маючи метою або результатом чи попередження, чи обмеження, чи порушення конкуренції всередині спільного ринку.

нопольним комітетом України дозволеними, якщо учасниками цих дій буде доведена їх спрямованість на вдосконалення виробництва, придбання або реалізації товару; техніко-технологічний, економічний розвиток; розвиток малих або середніх підприємств; оптимізацію експорту чи імпорту товарів; розроблення та застосування уніфікованих технічних умов або стандартів на товари; раціоналізацію виробництва. Очевидно, що ці умови пов'язуються з необхідністю забезпечення та захисту суспільних інтересів.

3.4. Господарські договори у сфері державного господарювання (договори публічної спрямованості)

Проблема розуміння необхідності та правових форм державного господарювання належить до проблем, які виникають під впливом соціальної реальності та ментальності, що формується в ній, і які особливо загострюються в період соціальних трансформацій, переходів суспільства через «рубікони» свого розвитку¹. Проте аксіоматичним уявляється судження про те, що держава в будь-який час має слугувати двом споконвічним цілям: виконанню «загальних справ» і упорядкуванню відносин в асиметричному суспільстві. В сучасних умовах економічна функція держави полягає у виправленні недоліків ринкової стихії без порушень природної саморегуляції суспільства². Саме в такому розумінні економічна функція держави знайшла закріплення у статтях 5 і 6 ГК.

Об'єктивна необхідність функціонування державного сектора економіки впливає із конституційних положень про обов'язок держави забезпечувати соціальну спрямо-

¹ Як слушно зазначає А. О. Матюхін, тоді, коли в суспільстві існує певний ступінь довіри до пануючих духовних та ідеологічних систем, відсутня потреба в їх *витлумаченні*. У сучасній же історії незалежних суверенних пострадянських держав внаслідок існування різноманітних концепцій відносно природи, смислу, принципів державно-правового будівництва, моделей організації державно-правового життя, її актуальних проблем, перспектив тощо склалася «герменевтична ситуація» (Матюхін А. Государство в сфере права: институциональный подход. — Алматы: ВШП «дділет», 2000. — С. 170).

² Чиркин В. Е. Современное государство. — М.: Междунар. отношения, 2001. — С. 199, 201—202.

ваність економіки (ч. 2 ст. 13 Конституції України) та політичну, економічну й ідеологічну багатоманітність суспільного життя в Україні (ч. 1 ст. 15). За змістом вихідної норми преамбули ГК, господарська діяльність (господарювання) базується на різноманітності суб'єктів господарювання різних форм власності. У найбільш узагальненому вигляді така економічна різноманітність може бути представлена через функціонування державного та недержавного секторів економіки, причому слід підкреслити, що майно, яке перебуває у державній власності (зокрема, єдина енергетична система, система транспорту загального користування та інформації, що мають загальнодержавне значення, майно державних підприємств), становить матеріальну основу *суверенітету України і забезпечує її економічний та соціальний розвиток* (ч. 1 ст. 34 Закону України «Про власність»). Крім того, державний сектор слугує доповненням приватного (недержавного) сектора там і тоді, де і коли відсутня підприємницька мотивація для приватного капіталу (зокрема, в сировинних галузях, у сфері фундаментальних досліджень, охорони навколишнього середовища тощо). Успіхи та невдачі держави свідчать лише про те, що вміння правильно знайти межу між ринком і державою належить до числа *вічних проблем*¹.

Одним з найважливіших фактів для пізнання держави є той факт, що вона сама *господарує*. Тим самим, як зазначав Г. Єллінек, держава є, з одного боку, вищим органом колективного господарства народу, з іншого — саме у відношенні до інших держав — особливим соціальним утворенням. Діяльність держави у сфері господарювання може бути зрозумілою лише через детальне вивчення народного господарства, чому присвячена особлива дисципліна — *вчення про державне господарство або фінансова наука*. Держава і публічно-правові союзи є не тільки носіями публічної влади, а й суб'єктами, що ведуть господарство та управляють своїми справами за допомогою засобів, які доступні будь-якій особі і не мають характеру дій влади. Межа між діями союзу як суб'єкта влади та як суб'єкта, що веде своє госпо-

¹ Самуельсон П., Нордхаус В. Економіка / Пер. с англ.: 16-е изд. — М.: Изд. Дом «Вільямс», 2003. — С. 58.

дарство, повинна бути встановлена, насамперед, конкретним правопорядком¹.

Питання про державу як суб'єкт господарського права є дискусійним. De lege lata (ч. 1 ст. 8 ГК) держава, органи державної влади та органи місцевого самоврядування не визнаються суб'єктами господарювання. У теорії господарського права було обґрунтовано погляд на те, що держава має всі ознаки, властиві суб'єктам господарського права: має власне майно, яке реалізує в економічному обороті, здійснює керівництво господарською діяльністю та безпосередньо здійснює її, встановлюючи господарські зв'язки з іншими учасниками господарського обороту владно та на основі договорів. Особливостями ж держави як суб'єкта господарювання є: 1) в його компетенції переважає керівництво господарською діяльністю; 2) держава не потребує легітимації подібно до інших суб'єктів; 3) керівництво економікою здійснюється з допомогою актів юридичної сили. Виведення держави з кола суб'єктів господарювання залишить без пояснень низку питань стосовно регулювання господарської діяльності². До цього можна було б додати, що легітимність держави як соціального інституту, який обмежує або, принаймні, повинен обмежувати себе правом діяти в правових рамках, досягається через встановлення відповідальності перед законом не тільки окремих осіб, а й *самого себе*³.

Досить часто заперечення ролі держави в сфері господарювання пов'язується із тим, що держава не може бути ефективним власником. Втім питання ефективного управління державою своїм майном перебуває в іншій площині — площині якісного менеджменту як елементу *професійності* господарської/підприємницької діяльності, передумови її стабільності та прибутковості незалежно від того, на основі якого речового права здійснюється ця діяльність (права

¹ *Еллинек Г.* Общее учение о государстве / Вступ. статья докт. юрид. наук, проф. Ю. И. Козлихина. — СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2004. — С. 136, 374—375.

² Детальніше див.: *Мартемьянов В. С.* Хозяйственное право. Т. I. Общие положения: Курс лекций. — М.: Изд-во «БЕК», 1994. — С. 113—119.

³ *Матюхин А.* Государство в сфере права: институциональный подход. — Алматы: ВШП «Әділет», 2000. — С. 187.

власності, права господарського відання, права оперативного управління, права володіння, права користування тощо) і хто є суб'єктом права власності на майно, на базі якого здійснюється ця діяльність¹. Але, як виявляється, одним з юридичних способів забезпечення ефективності використання державного та комунального майна, що включає і організацію належного управління ним, можуть виступати такі господарсько-договірні конструкції, як оренда та концесія майна, що не пов'язані із відчуженням (приватизацією) державного та комунального майна.

Держава, залишаючись одним з найбільших власників засобів виробництва, бере участь у відносинах у сфері господарювання:

— в особі суб'єктів господарювання, які діють на основі відокремленої частки державної власності, перелік яких визначений у ч. 2 ст. 22 ГК;

— в особі органів управління, які реалізують систему своїх організаційно-господарських повноважень щодо суб'єктів господарювання, в тому числі і тих, що належать до державного сектора економіки. За змістом ч. 3 ст. 8 ГК безпосередня участь держави, органів державної влади та місцевого самоврядування у господарській діяльності може здійснюватися лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що визначені Конституцією України та законами України.

Усі договори у сфері державного господарювання можуть бути умовно поділені на два види:

1) господарські договори, які укладаються суб'єктами державного сектора господарювання (зокрема, державними унітарними підприємствами) з іншими суб'єктами господарювання на власний розсуд для досягнення власних господарських цілей;

2) господарські договори за участю органів держави, які укладаються ними в межах своїх організаційно-господарських повноважень із суб'єктами господарювання різних форм власності, в тому числі державного сектора, і спрямо-

¹ В етимологічному розумінні менеджмент (лат. manus — рука, сила, влада, мистецтво) є вибором (або мистецтвом вибору) найбільш придатних форм організації та процедур для реалізації конкретних цілей.

вані на виконання державою своїх економічних і соціальних функцій (договори публічної спрямованості)¹.

Правовий режим другого виду (договорів публічної спрямованості), як і інших господарських договорів, також формується в рамках правової уніфікації (інтеграції) та диференціації, тобто передбачає застосування до таких відносин норм ГК про господарські договори та зобов'язання, а також норм, що визначають особливості правового становища зазначеної категорії суб'єктів (зокрема, казенних підприємств), а за їх відсутності — норм ЦК. Але головною відмінністю є те, що роль норм ЦК в регулюванні таких договорів є доволі незначною.

У ГК містяться деякі засади правового регулювання окремих видів цих договорів, в основному ж значною мірою їх правове регулювання здійснюється за межами ГК низкою законодавчих актів, насамперед, Законом України в редакції 14 березня 1995 р. «Про оренду державного та комунального майна», Законом України від 16 липня 1999 р. «Про концесії», Законом України від 22 грудня 1995 р. «Про поставки продукції для державних потреб», Законом України від 24 січня 1997 р. «Про державний матеріальний резерв». Головна проблема, як уявляється, полягає у відсутності загальних положень про договори публічної спрямованості, які визначали б не тільки особливості їх укладання, як це зроблено у ст. 183 ГК для державних контрактів, а й особливості визначення їх змісту, забезпечення виконання відповідних зобов'язань, принципів їх виконання, припинення. З огляду на це можна констатувати відсутність концептуально-цілісної нормативної основи правового режиму договорів у сфері державного регулювання.

У рамках зазначеного типу господарських договорів можуть бути виділені:

¹ Вкладене не означає, що в цих договорах відсутній підприємницький інтерес контрагента держави або що цей інтерес підпорядкований неперсоніфікованим, а, отже, абстрактним суспільним (публічним) інтересам. Завдання правового регулювання таких договорів саме й має полягати в тому, щоб певні суспільні потреби задовольнялися не за рахунок якихось додаткових обтяжень або обмежень у правах суб'єктів господарювання, а забезпечували досягнення цілей усіма учасниками таких договорів.

— планові господарські договори (державні контракти) та деякі інші договори (зокрема, пов'язані з функціонуванням державного матеріального резерву), спрямовані на забезпечення потреб держави в товарах, роботах, послугах;

— договори оренди та концесії, спрямовані на підвищення ефективності використання державного й комунального майна та забезпечення потреб громадян України в товарах, роботах, послугах;

— договори купівлі-продажу об'єктів приватизації, які, опосередковуючи відчуження державного майна, повинні забезпечувати створення багатуукладної соціально орієнтованої ринкової та економіки, підвищення соціально-економічної ефективності виробництва та залучення коштів на структурну перебудову економіки України¹.

Однією з важливих господарсько-правових юридичних конструкцій, в яких закладена ідея забезпечення реалізації публічних інтересів у сфері господарювання та їх балансу з інтересами суб'єктів господарювання є конструкція державного контракту як *договору планового*, в основу якого покладено акт державного планування і обов'язковість укладення якого для певного кола суб'єктів господарювання імперативно встановлена законом.

Сьогоднішнє протиставлення виключно «вільно-ринкового» плановому по суті відображає стару радянську традицію неприйняття теорії конвергенції різних соціально-економічних систем. Ринкова економіка не виключає жодної з форм планування, оскільки сама є такою, що планується, хоча й на децентралізованому рівні. Носіями планів в ній є численні суб'єкти господарювання, координація планів яких здійснюється з допомогою механізмів ринкової конкуренції. Однак така координація є недостатньою і потребує обов'язкового коригування з боку держави: по-перше, з допомогою не обов'язково монополю-державної, але за-

¹ У цій роботі будуть проаналізовані особливості конструкції планових договорів (державних контрактів) як таких, що не тільки найбільш виразно втілюють у собі соціальну спрямованість (забезпечення певних потреб суспільства), а й мають особливі засади регулювання, зумовлені такою спрямованістю. Значною мірою ці особливості стосуються й інших договорів (концесії, оренди, приватизації) як таких, що повинні забезпечувати досягнення певного соціального ефекту.

гальної і в цьому розумінні централізованої економічної політики; по-друге, обов'язковими розпорядженнями, які виходять від держави та відносяться до певних суб'єктів господарювання¹.

Можливо, одним із перших в юриспруденції на приховану сутність договору як акта передбачення, прогнозу звернув увагу французький теоретик інституціоналізму М. Оріу, надзвичайно тонко проаналізувавши сутність договору в роботі «Основи публічного права». Договір, як зазначає М. Оріу, є найбільш сміливою, яку тільки можна уявити, спробою панування людської волі над фактами через їх випередження в *акті передбачення*. Значною мірою ця спроба можлива лише завдяки фікції; виконання договору відбувається суворо в межах договірних припущень (планів) лише у тому випадку, коли виконання настає через короткий проміжок часу і якщо воно нескладне; складні ж виконання і ті, що здійснюються поступово протягом багатьох років, зазвичай піддаються впливу сторонніх договору фактів, на які суддя повинен зважати². І з цим, до речі, пов'язується проблема дії норм про господарські договори у часі, до якої ми вже зверталися, і проблема співвідношення господарського договору і закону в розумінні того, наскільки договір може і повинен бути захищений від змін у законодавстві, адже певною мірою від цього залежатиме те, наскільки виправдовуватимуться очікування сторін при укладенні договору і досягнення ними своїх цілей.

У радянський період було загальноновизнано, що планова сутність господарського договору полягає в тому, що він укладається на підставі й на виконання відповідних планово-адміністративних актів, що видані у встановленому порядку компетентними органами та є обов'язковими принаймні для однієї із сторін договору. З правової точки зору, як зазначав О. С. Іоффе, плановим міг вважатися лише такий договір, юридичною підставою якого є планова передумова (хоча вчений розрізняв плановість як правове і як економічне явище, через що з економічної точки зору до планових можна було віднести будь-які господарські договори,

¹ Рих А. Хозяйственная этика. — М.: Посев, 1996. — С. 456, 543.

² Оріу М. Основи публічного права / Пер. с фр.; Под ред. Е. Пашуканиса. — М.: Изд-во Коммунистической академии, 1929. — С. 197.

спрямовані на виконання плану)¹. З такою позицією частково не погоджувався А. Г. Биков, який звертав увагу на те, що визначення планової сутності однієї правової категорії (договору) через інші правові категорії (планово-адміністративні акти) є недостатнім: планова сутність господарського договору визначається не наявністю чи відсутністю адресованих сторонам планово-адміністративних актів, а плановою сутністю товарно-грошових відносин, які опосередковуються договором. Господарський договір суть плановий незалежно від того, в яких конкретно-правових формах здійснюється планомірне державне регулювання товарно-грошових відносин, якими (формами) є не тільки директивні завдання, а й інші, зокрема, інформаційні показники, що мають рекомендаційний характер².

Частиною 2 ст. 152 ЦК УРСР 1963 р. встановлювалася загальна вимога відповідності змісту договору, який укладається на основі планового завдання, цьому завданню. Разом з тим, у літературі вказувалося і на *відносну самостійність* господарського договору, що виражається в наданні сторонам або одній з них права: 1) не виконувати приписів планового акта; 2) визначати умови договору з відхиленням від приписів акта планування; 3) відступати в процесі виконання договору в допустимих законодавцем межах від приписів планового акта і узгоджених раніше умов договору; г) розірвати договір, якщо плановий акт не змінений або не скасований. Така самостійність могла мати місце на всіх стадіях: укладення договору, його виконання, зміни або розірвання. Відповідно всі господарські договори поділялися на три групи: 1) договори, умови яких можуть повністю відхилитися від приписів планових актів;

¹ *Иоффе О. С.* План и договор в социалистическом хозяйстве. — М.: Юрид. лит., 1971. — С. 71—73.

² *Быков А. Г.* План и хозяйственный договор. — М.: Изд-во Московского ун-та, 1975. — С. 20, 21. Таку позицією займав і В. М. Можейко. Виокремлюючи дві групи господарських договорів (перша група має основою план, друга укладається за відсутності обов'язкового для сторін планового припису), він зазначав, що всі господарські договори мають планову сутність (*Можейко В. Н.* Хозяйственный договор в СССР. — М.: Госиздат. юрид. лит., 1962. — С. 116—119).

2) договори, умови яких можуть бути визначені лише з деякими відхиленнями від планових приписів; 3) договори, в яких взагалі не допускається відхилення їх умов від змісту планових актів. Відповідно, господарський договір визнавався своєрідною правовою формою забезпечення прав та інтересів підприємств у випадку видання планового акта з порушенням чинного законодавства¹.

У сучасній цивілістичній літературі ставлення до явищ, у визначенні яких містяться слова «план»/«плановий»², доволі часто є негативним. Хоча, як і будь-які терміни, вони не є чимось добрим або шкідливим як такі: головне, який зміст вкладається в них інтерпретатором³. До плановості як ознаки *усвідомленої*, раціонально спрямованої для досягнення певної мети діяльності можна підходити з позицій різних соціальних наук (філософських⁴, соціологічних⁵, економіч-

¹ *Быков А. Г.* План и хозяйственный договор. — М.: Изд-во Московского ун-та, 1975. — С. 110, 117.

² Етимологія слова «план» не дає жодних підстав розглядати його лише як невід'ємну частину словосполучення «централізований» або «адміністративний». План (лат. *planus* — рівний, плаский; ясний, зрозумілий) в найширшому розумінні — це замисел, який передбачає рівний хід/розвиток подій.

³ Див., наприклад: Актуальні проблеми цивільного права і 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 імені В. М. Корецького НАН України, 2005. — С. 28.

⁴ «Всяке життя неодмінно «планує» саме себе ... плануючи кожную нашу дію, ми ухвалюємо рішення, бо нам воно видається таким, що, з огляду на конкретні обставини, має більший сенс. Тобто кожне життя має потребу — хоче воно чи ні — виправдати себе у власних очах ... Але цей план і це виправдання мають на увазі, що ми склали якусь думку про те, чим є світ і все, що в ньому, й про наші можливі дії стосовно нього. Словом, людина не може жити й реагувати на себе і світ, не створюючи якогось розумового витлумачення його та своєї можливої поведінки в ньому» (*Хосе Ортега-і-Гассет*. Місія Університету // *Ідея Університету: Антологія*. — Львів: Літопис, 2002. — С. 95).

⁵ Майже афористичними стали слова К. Маркса про те, що найгірший архітектор від найкращої бджоли первісно відрізняється тим, що перш, ніж побудувати чашечку з воску, він вже побудував її в своїй голові. Наприкінці процесу праці отримується результат, який вже на початку цього процесу був в уяві людини, тобто ідеально (*Маркс К., Енгельс Ф.* Соч. Т. 23. — С. 189).

них¹). Але мислити дискретно про соціальні явища в їх відповідних характеристиках, що напрацьовуються різними суспільними науками, — означає обмежувати розуміння проблеми, прирікаючи його на однобічність. Тому нами питання *необхідності планування* господарських договорів у принципі не дискутується. Осмислення ж питання *рівня* планування в умовах соціально орієнтованої економіки важливе, принаймні, з двох причин. Перша причина впливає з характеру тих завдань, що стоять перед соціальною державою як інституцією у сфері економіки. Друга причина пов'язана з необхідністю побудови та функціонування ефективної системи правових гарантій майнових і немайнових прав суб'єктів господарювання різних форм власності, причому не тільки і не стільки тих, що засновані на недержавній власності (адже для них обов'язковість укладення договорів є скоріше винятком, аніж загальним правилом), скільки державних підприємств, тих господарських утворень, в яких держава бере участь (господарські товариства), та деяких інших суб'єктів, для яких укладення державного контракту є обов'язковим. Нарешті, в деяких сферах господарювання, зокрема електроенергетики, залізничних перевезень вантажів, саме планування значною мірою зумовлюється забезпеченням потреб суспільства в певних товарах, роботах і послугах.

Необхідно наголосити на тому, що під плануванням в умовах ринкової економіки ми розуміємо: 1) мікропланування суб'єктами господарювання своєї діяльності; 2) мезопланування на рівні окремої галузі економіки; 3) макропланування в національному масштабі у вигляді Державної програми економічного й соціального розвитку України, Державного

¹ Зміни та розмаїття — важливі відмінні риси будь-якої економічної дійсності. Якщо ж ми бажаємо вийти з хаосу жахливого історичного розмаїття, яке робить ненадійним будь-яке пізнання і будь-які дії, необхідно знайти точку опори Архімеда, відштовхуючись від якої можна пізнати економічну дійсність у притаманних їй формах і в процесі її зміни щодня. Сутність цієї точки Архімеда, яку дає нам морфологія, полягає в такому: *завжди і всюди будь-яка господарська діяльність базується на планах* (Ойкен В. Основные принципы экономической политики / Пер. с нем.; Общ. ред Л. И. Цедилина и К. Херрманн-Пиллата. — М.: Прогресс, 1995. — С. 72).

бюджету України, інших державних програм з питань економічного та соціального розвитку (ч. 3 ст. 11 ГК). Планування в такому розумінні є невід'ємною складовою організації та самоорганізації відносин у сфері економіки.

Детальний аналіз проблеми планування господарської діяльності виходить за межі цієї роботи. Але слід сказати, недооцінка ролі планування в окремих сферах господарської діяльності, результати яких забезпечують потреби суспільства в цілому, а не лише окремих суб'єктів господарювання чи груп споживачів, може призводити до колізійності у правовому регулюванні окремих видів договорів. Так, специфічно плановий характер зберігають договірні відносини у сфері електроенергетики, відмінність полягає лише в тому, що в радянський період принцип плановості був нормативно закріплений, а сьогодні в законодавстві на ньому не наголошують. Підкреслимо, що планованість таких договорів виявляється не в директивному доведенні до споживачів їх параметрів, насамперед договірних величин (лімітів) споживання електричної енергії, а в тому, що зміст цих договорів формується на основі планових актів мікрорівня (програм діяльності споживачів електричної енергії), узгоджених з програмами діяльності енергопостачальників та енергогенеруючих компаній.

Іншим фактором, що впливає на необхідність планування таких договорів є те, що, відповідно до статей 5 і 6 Закону України від 20 квітня 2000 р. «Про природні монополії»¹, ними опосередковуються відносини або у сфері природних монополій (зокрема, щодо передачі та розподілу електричної енергії), або на суміжних ринках (зокрема, постачання електричної енергії). Специфіка договірних зобов'язань між енергопостачальником і споживачем повністю виявляється і стає зрозумілою лише з огляду на засади функціонування об'єднаної енергетичної системи України та взаємопов'язаності учасників оптового ринку електричної енергії України й споживачів у відносинах, що складаються в процесі виробництва, передачі, постачання і використання енергії. З недооцінкою цієї специфіки пов'язуються складнощі правозастосування норм про відповідальність споживача елект-

¹ Відомості Верховної Ради. — 2000. — № 30. — Ст. 238.

ричної енергії за споживання електроенергії понад договірну величину та/або перевищення договірної величини потужності¹.

Правова природа санкцій, що передбачаються ч. 5 ст. 26 Закону «Про електроенергетику» як господарсько-правових санкцій *sui generis* може бути пояснена лише з огляду на Правила користування електричною енергією, затверджених наказом Міністерства енергетики та електрифікації СРСР від 6 грудня 1981 р. № 310², з яких українським законодавцем запозичена низка норм. Ці правила були логічним відображенням системи планування народного господарства, що існувала на той час: відпуск електричної енергії усім споживачам повинен був здійснюватися відповідно до річного, квартальних та місячних планів (лімітів) відпуску електроенергії, які встановлювалися для кожного споживача (за винятком населення) у затвердженому порядку (п. 1.4.1 Правил 1981 р.). *За порушення встановлених планів споживання електроенергії Правилами 1981 р. були встановлені «заходи впливу (санкції)»* (за термінологією Правил) до споживача у вигляді стягнення п'ятикратної плати за електроенергію, спожиту з перевищенням встановленого місячного плану споживання електроенергії та/або встановленого ліміту потужності. У радянській літературі обговорювалася природа таких санкцій, і вони були названі штрафом, який є втім специфічним заходом впливу на споживача (підвищеною платою за електроенергію) поряд з обмеженням або припиненням подачі електроенергії³. Очевидно, що такі заходи впливу, «вмонтовані» в сучасне українське законодавство, в умовах повної ліквідації радянської системи планування опинилися без об'єкта правової охорони — планових засад в електроенергетиці, і значною

¹ Ця проблема детально розглядалася нами раніше. Див.: *Белянич О. А.* Про деякі особливості відповідальності споживача в договірних відносинах енергопостачання // Вісник господарського судочинства. — 2005. — № 2. — С. 172—179.

² Правовая работа в народном хозяйстве: Сб. нормативных актов / Под ред. Б. В. Кравцова. — М.: Юрид. лит., 1986. — С. 111—136.

³ *Шафир А. М.* Энергоснабжение предприятий (правовые вопросы). — М.: Юрид. лит., 1990. — С. 96, 98; *Сейнароев Б. М.* План и договор: Материальное стимулирование — М.: Юрид. лит., 1989. — С. 169.

мірою втратили функціональні зв'язки з іншими нормами, що регулюють відносини в цій сфері.

Особливе місце в сучасній системі господарських договорів посідають державні контракти на поставку продукції для державних потреб. Публічна значущість цих договорів виявляється в наявності відповідного інтересу, предметом якого виступають певні блага, життєво важливі для суспільства¹.

Сучасні державні контракти мають деякі спільні риси з плановими господарськими договорами радянського періоду. Крім того, прообразом сучасних державних контрактів можна вважати, з деякими застереженнями, договори приватних осіб з казною (казенні підряди та поставки). З огляду на недостатню дослідженість заслуговує на увагу історія питання.

Розвиток законодавства про державні контракти відбувся в кількох часових відтинках, причому він не був поступовим, лінійним, оскільки відбувався щоразу на зламі соціально-економічних перетворень у країні: дореволюційний період, період нової економічної політики, період перебудови, сучасний. Звернення до історії правового регулювання договорів «із казною» є корисним, оскільки дозволяє виявити певні специфічні ознаки цієї конструкції, змодельовати відповідні правові норми, які б створювали цілісний, без внутрішніх суперечностей та неузгодженостей, правовий режим державних контрактів.

У Зводі Законів цивільних (видання 1842 р.)² казенним підрядам та поставкам було відведено главу четверту (статті 1495—1724). Утім таке текстуальне розміщення норм про

¹ Важливе значення мають договори між державними органами та приватними особами (в англо-американській доктрині вони іменуються урядовими контрактами, у французькій — адміністративними договорами) в господарському механізмі західних країн. Рівень державних закупівель у США в період після Другої світової війни становить близько 20% національного доходу. Разом з трансферними платежами (пов'язаними з передачею податкових надходжень від платників податків у цілому до певної частини населення — безробітним, пенсіонерам, незможним) вони складають майже третину національного продукту (Макконнелл К. Р., Брю С. Л. *Економікс: принципи, проблеми и политика* / Пер. с англ. 11-го изд. — К.: ХаГар, 1998. — С. 129).

² Свод Законов гражданских и межевых. Т. X. Ч. 1 и 2. — СПб., 1842.

казенні підряди й поставки не свідчить про приватноправовий характер цих відносин (для порівняння — підряд і поставка між приватними особами регулювалися лише 30 статтями Зводу). Оскільки Звід Законів цивільних являв собою інкорпорацію (і йому не вистачало, за висловом В. І. Синайського, внутрішньої єдності, такої характерної для цивільного кодексу), окремі положення глави четвертої були нормами публічно-правового, а не приватного характеру¹. Так, предметом особливої уваги законодавця було попередження зловживань і недобросовісної поведінки з боку чиновництва будь-якого рангу при видачі казенних підрядів. Такі заходи перестороги було втілено в імперативні норми з відповідними санкціями (від неможливості прийняття на службу, конфіскації майна в доход держави до кримінальної відповідальності за підробку й хабарництво). Пізніше норми про договори з казною було виокремлено в Положення про казенні підряди та поставки (242 статті) як додаток до Зводу законів цивільних². По суті, це Положення було спеціальним законом по відношенню до норм глави третьої «О подрядах и поставках вообще» Зводу законів цивільних³, про що зазначається у примітці до ст. 1737 Зводу.

Головним призначенням Положення про казенні підряди та поставки було встановлення однакових правил укладення різнорідних договорів з казною, особливо тих, на які витрачається значна частина державного скарбу. Положення відрізнялося значною деталізацією суб'єктного складу таких відносин, предмета та змісту договору, порядку проведення торгів, з допомогою яких укладалися казенні підряди, забезпечення виконання казенних підрядів, відповідальності сторін за невиконання. Як свідчить ст. 16 цього Положення, потребами казни, для задоволення яких вона через уповноважених осіб вступала у відносини з приватними особами, були поставка речей (військових і корабель-

¹ Пізніше частина їх була вилучена і включена, зокрема, до «Устава о службе по определению от правительства», «Общего Учреждения Губернського», «Закона о Состояниях», «Устава лесного» тощо.

² Положение о казенныхъ подрядахъ и поставкахъ. Изд. 1887 г. / Под ред. А. К. Гаугера. — СПб., 1895.

³ Законы гражданские. Изд. 1887 г. (Св. Зак. Т.Х, ч.1 изд.) / Под ред. А. К. Гаугера. — СПб., 1895.

них снарядів і припасів, провіанту, фуражу, мундирних принадлежностей, будівельних та інших матеріалів, інструментів тощо), перевезення вантажів сухопутними або водними шляхами, роботи з будівництва та ремонту казенних будівель, доріг, каналів, мостів та інших подібних предметів, утримання пошти та виконання інших земських повинностей.

У самому ж Положенні не було визначення договору казенного підряду (поставки). Примітно, що у главі третій Законів цивільних «О подрядах и поставках вообще» законодавцем підряд і поставка практично ототожнювалися: ст. 1737 визначала «підряд або поставку» як договір, в силу якого одна із сторін договору бере на себе обов'язок виконати своїм коштом підприємство або поставити відомого роду речі, а інша, на користь якої це здійснюється, вчинити за це грошовий платіж. Критикуючи таку позицію законодавця, В. І. Синайський констатував, що неправильно вважати поставку предметом підряду¹. Д. І. Мейер звертав увагу на те, що в законодавстві об'єднуються підряд та поставки якщо і не як тотожні, але як споріднені договори, в той час як підряд і поставка суттєво розрізняються². Особливості договорів за участю казни були описані в цивілістичній літературі, хоча і в найбільш загальних рисах, а також прокоментовані в роз'ясненнях Урядового Сенату³. У цивілістичній літературі кінця XIX — початку XX ст. практично одностайно висловлювалася думка стосовно того, що договори підряду з казною підпорядковуються загальним правилам цивільного законодавства, а їх спеціальна регламентація значною мірою до сутності договорів не належить і має характер адміністративний, через що для науки цивільного права інтересу не становить⁴.

¹ Синайский В. И. Русское гражданское право. — М.: Статут, 2002. — С. 382—383. — (В серії «Классика российской цивилистики»).

² Мейер Д. И. Русское гражданское право: В 2 ч. Ч. 2. — М.: Статут, 1997. — С. 298. — (В серії «Классика российской цивилистики»).

³ Див., зокрема: Законы гражданские с разъяснениями Правительствующего Сената и комментариями русских юристов / Сост. И. М. Тютрюмов. — СПб., 1913. — С. 1307—1330.

⁴ Див.: Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. — Казань, 1905. — С. 534; Мейер Д. И. Знач. праця. — С. 300.

Оскільки казна брала участь в таких відносинах через державні органи, які самі по собі могли не тільки не мати інтересу до охорони її вигод, а й навпаки, з особистих, корисливих міркувань могли діяти прямо на шкоду державі, імперативна регламентація казенних підрядів і поставок слугувала своєрідним заходом перестороги проти недобросовісності цих органів¹. Як свідчить аналіз змісту Положення про казенні підряди і поставки, законодавець прагнув, насамперед, захистити казенний інтерес, щоб поставки та підряди були вигідними для казни, тобто коштували якомога дешевше. Для цього встановлювався принцип гласності укладення таких договорів, укладення їх виключно на торгах, різновидами яких були усні, за допомогою запечатаних об'яв і такі, що поєднували усні торги та запечатані об'яви. Положення передбачало різні засоби забезпечення виконання договорів по казенних підрядах і поставках. Казною видавався завдаток. Примітно, але, як звертав увагу Г. Ф. Шершеневич, така «допомога казни» за своєю природою була не завдатком, а державною позикою, оскільки, по-перше, казна є надзвичайно надійним контрагентом, виконання яким своїх зобов'язань не може викликати жодних сумнівів, а, по-друге, цей «завдаток» забезпечується заставою карбованець за карбованець, і тому ця сума не втрачається казною навіть тоді, коли договір порушується з її вини². Разом з тим, такий завдаток був для підрядника вигідним, оскільки він одержував готівку, якою можна було розпоряджатися, і до того ж без сплати відсотків. Виконання зобов'язань підрядником забезпечувалося заставою майна нерухомого, закладом майна рухомого, поручительством та законною неустойкою (штрафом 0,5% на місяць від суми недопоставлених речей, припасів, невиконаних робіт або від провізної плати).

¹ Мейер Д. И. Там само. — С. 299, 300.

² Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. — Казань, 1905. — С. 535. Як пояснив Урядовий Сенат по одній із судових справ, завдаток, який видано підряднику під надані застави, складає його борг перед казною та не може втрачати властивості боргу навіть тоді, коли порушницею договору буде визнана казна (див.: Законы гражданские с разъяснениями Правительствующего Сената и комментариями русских юристов. — С. 1702).

Положення визначало компетенцію тих осіб, що мали право діяти від імені казни (публічної юридичної особи), що являла собою, за висловом Г. Ф. Шершеневича, державу з господарської її сторони, характеризувалася єдністю, хоча господарська діяльність казни здійснювалася різними органами. Контрагентами казни за зобов'язаннями з додержанням правил зазначеного Положення могли бути всі особи, що мали за законом право укладати договори, за винятком тих, які судовим рішенням були оголошені несправними боржниками по попередніх зобов'язаннях з казною. Однією з головних умов участі у відносинах з казною було надання потенційним підрядником виду на проживання або інших видів про своє звання, а також документів про «благонадійні застави» або поручительство.

Положенням регламентувалася договірна свобода сторін. Якщо приватні особи значною мірою могли самостійно визначати зміст договорів підряду та поставки в рамках законодавства, про що свідчить зміст статей 1737—1745 Зводу законів цивільних, то при казенних підрядах і поставках такий вільний розсуд значно обмежувався, а зміст договору та порядок його виконання повинні були відповідати законодавчим приписам. Крім того, у самому Зводі законів цивільних (ст. 1545) було записано, що сторони можуть скасувати договір за обопільною згодою в будь-який час, але на договори, укладені з казною, це правило не поширюється. У ст. 178 Положення про казенні підряди і поставки ця норма була деталізована відносно порядку розірвання договору: «Договоры, с казною заключенные, должны быть хранимы столь твердо, как бы они были за собственноручным подписанием Императорского Величества. Если бы даже по обстоятельствам польза обеих договаривающихся сторон требовала остановить действие договора, и обе стороны были на то согласны, то сие не может иметь места без разрешения высшего начальства». Правила виконання та припинення договору по казенних підрядах (статті 178—227) було визначено імперативно.

Слід звернути увагу на те, що за правилами Статуту цивільного судочинства 1857 р. судочинство у справах між казною та приватними особами ґрунтувалося в основному на слідчих засадах. Так, інтерес казни захищався в суді не

тільки її представниками, а й самим судом незалежно від наявності скарг або клопотань, формальне подання позову не було обов'язковим для казни, у разі недостатності доказів суд зобов'язаний був самостійно збирати їх на користь казни, у разі несприятливого для казни рішення справи переходили через всі інстанції до Урядового Сенату й кожною інстанцією надсилалися на розгляд того відомства, інтерес якого був присутній у справі.

Усього для забезпечення прав казни Статутом 1857 р. передбачалося проходження справ в 11 інстанціях (від земського суду до Державної Ради з поданням на затвердження Імператору). За Статутом цивільного судочинства 1864 р. провадження у «справах казенного управління» (за термінологією Статуту) відбувалося за загальними правилами цивільного судочинства з урахуванням передбачених Статутом особливостей (статті 1282—1289). Для справ, що виникали з договорів поставки або підряду з казною, ці особливості полягали в такому: скарги на бездіяльність або повільність казенних управлінь щодо виконання підряду або поставки подавалися по начальству, а на бездіяльність головного начальства — до Урядового Сенату; по спорах, що виникали при виконанні договору, при остаточному розрахунку за виконаний договір, стягнення збитків із казни, можна було або звернутися зі скаргою по начальству, або подати позов до суду. Контрагент, що приніс скаргу стосовно остаточного розрахунку, втрачав право пред'явлення позову до суду. Термін подання позову проти казни становив шість місяців (статті 1300—1309). Особливістю справ казенного управління було також те, що рішення по них могли виноситися тільки після висновку прокурора¹.

Таким чином, законодавство про казенні підряди та поставки дореволюційного періоду відрізняється значною імперативною регламентацією договірних відносин такого виду і спрямованістю, в першу чергу, на захист інтересів казни в таких відносинах, як на випадок неналежного виконання договору, так і від протиправної поведінки осіб, що діяли від імені казни.

¹ Судебные уставы 20 ноября 1864 г. в изложении рассуждений, на коих они основаны. Ч. 1. — СПб., 1866. — С. 587—607.

Революційні події 1917 року зруйнували договірні відносини між казною і приватними особами і, в першу чергу, їх правові засади. Декретом «Про суд» від 5 грудня 1917 р. було проголошено, що місцеві суди вирішують справи іменем Російської Республіки та керуються в своїх рішеннях і вироках законами урядів, що повалені, за умови, що вони не скасовані революцією й не суперечать революційній совісті та революційній правосвідомості. Скасованими вважалися всі закони, які суперечили декретам Центрального Виконавчого Комітету Рад робочих, солдатських та селянських депутатів та Робочого і Селянського Уряду, а також програм-мінімум Російської соціал-демократичної робітничої партії та партії соціалістів-революціонерів (ст. 5)¹. Практиці були відомі випадки розірвання договорів, укладених із імператорською казною, шляхом видання відповідного декрету. Так, Декретом Раднаркому від 2 січня 1918 р. про анулювання договорів і контрактів, укладених Військовим і Морським відомствами на поставку військового спорядження армії та флоту, було встановлено, що всі договори та контракти окремих осіб, товариств, акціонерних товариств, військово-громадських організацій, інших контрагентів із зазначеними відомствами, анулюються без будь-якої неустойки або будь-яких зобов'язань з боку казни у випадках, коли Особлива Рада по Обороні анулює замовлення на предмети поставок по зазначених договорах. При цьому всі, хто одержав аванси або позики під анульовані контракти, зобов'язані були повернути їх до казни. В іншому випадку крім кримінальної відповідальності винні особи несли відповідальність перед казною ще й усім своїм майном².

Договори з казною повертаються в господарську практику в 1920-х роках внаслідок запровадження нової економічної політики. Тут слід зазначити, що порівняно з дореволюційним цивільним правом, за яким казна визначалася як єдина юридична особа, який би державний орган її не представляв, нове цивільне законодавство Радянської Росії визнавало державні підприємства, що переведені на госпо-

¹ Декреты Советской власти. Т. 1. 25 октября 1917 г. — 16 марта 1918 г. — М.: Государственное изд-во полит. лит., 1957. — С. 125.

² Там само. — С. 553, 554.

дарський розрахунок і не фінансуються в кошторисному порядку, як самостійних та не пов'язаних з казною юридичних осіб.

Законодавство цього періоду — Положення про державні підряди та поставки від 27 липня 1923 р.¹ та Положення про державні підряди та поставки від 11 травня 1927 р.² з наступними змінами та доповненнями, — порівняно з дореволюційним, відрізнялося, насамперед, лаконічністю (як за обсягом, так і за кількістю імперативних приписів). У Положенні про державні підряди та поставки від 11 травня 1927 р., що складалося лише з 21 статті, містилися визначення відповідних договорів. Так, за договором державного підряду підрядник був зобов'язаний на власний ризик виконати певну роботу за завданням державної установи або підприємства (замовника), а замовник — сплатити за виконання обумовлену винагороду; за договором державної поставки постачальник зобов'язаний був доставити державній установі або підприємству (покупцю) до визначеного строку обумовлену кількість речей (товарів), визначених родовими ознаками, а покупець — прийняти їх і сплатити встановлену ціну³. Примітно, що цивільні кодекси союзних республік, що були чинними на той час (і, зокрема, Цивільний Кодекс УРСР, затверджений ЦВК УРСР 16 грудня 1922 р.⁴), не містили положень щодо договорів поставки. Наведені ж визначення в цілому узгоджувалися з дефініціями договору підряду та договору купівлі-продажу в цивільному законодавстві (відповідно статті 220 та 180 ЦК УРСР 1922 р.).

¹ СУ РСФСР. — 1923. — № 88. — Ст. 851.

² СЗ ССРСР. — 1927. — № 28. — Ст. 292.

³ С. Й. Вільнянський зазначав, що Положення про державні підряди та поставки має метою регулювання господарської діяльності державних органів. Тому предметом договору державного підряду не може бути така робота, що не входить у сферу діяльності цього органу. Звернув увагу вчений і на те, що термін «поставка» набуває значення лише тоді, коли йдеться про державну поставку, оскільки поставка як окремий договірний тип цивільному законодавству не була відомою і розглядалася винятково як різновид купівлі-продажу (*Вільнянський С. И. Положение о государственных подрядах и поставках. Практический комментарий и материалы.* — Харьков: Изд. Совета съездов промышленности, торговли и транспорта УССР, 1926. — С. 11, 30).

⁴ ЗУ УРСР. — 1922. — № 55. — Ст. 780.

У Положенні 1927 р. не було спеціальних вимог щодо особи, яка мала намір укласти договір з державою як постачальник або підрядник. За змістом окремих статей цього Положення такими могли бути приватні особи, кооперативні організації усіх видів, акціонерні (пайові) товариства з переважанням державного чи кооперативного капіталу, державні підприємства, що діяли на засадах комерційного (господарського) розрахунку. Договори державного підряду або поставки укладалися за деякими виключеннями на публічних торгах. Положенням 1927 р. не встановлювалися і вимоги щодо змісту таких договорів, але регламентація способів забезпечення виконання договорів була досить детальною. Замовник (покупець) мав право видати підряднику (постачальнику) аванс за загальним правилом у розмірі, який не перевищував 25% ціни договору. Підрядник (постачальник) був зобов'язаний внести заставу у розмірі не менш як 10% ціни договору (але заставаодавцями могли бути й інші особи). Положенням були визначені розміри неустойки за повне чи часткове невиконання договорів підрядником або постачальником у розмірі 10% ціни договору, а за прострочення виконання 1/15% за кожний день прострочення. Сторони могли в договорі визначити більш високий розмір неустойки, але угода про менший розмір неустойки визнавалася недійсною і в такому разі застосовувалися норми Положення. Крім того, неустойка мала штрафний характер, оскільки з несправного підрядника або постачальника стягувалися і неустойка, і заподіяні збитки.

На особливу увагу заслуговує яскраво виражена соціальна спрямованість Положення 1927 р. та інших актів законодавства того часу про підряди й поставки для державних потреб. Так, Положенням 1927 р. було встановлено правило про те, що застава поверталася за умови надання підрядником (постачальником) доказів повного розрахунку з робітниками, службовцями й селянами, зайнятими у них при виконанні даного підряду (поставки). Ще більш жорсткі норми містилися в Постанові ЦВК та РНК від 7 вересня 1927 р. «Про заходи забезпечення правильної виплати заробітної плати робітникам, службовцям та селянам, що зайняті на роботах у приватних підрядників (постачальників), а також внесків на соціальне страхування за-

значених осіб»¹, відповідно до яких будь-які платежі підрядникам (постачальникам), крім первісного авансу, можуть виконуватися тільки після повного розрахунку із зазначеними працівниками, а також після внесків на соціальне страхування цих осіб. Якщо ж підрядник (постачальник) виявиться при цьому несправним, то такі розрахунки мають здійснюватися за рахунок внесеної ним в забезпечення підряду (поставки) застави з наступним обов'язковим її поповненням. Таким чином, *законодавство 20-х років ХХ ст. було спрямовано на гармонізацію інтересів окремих суб'єктів господарювання та публічних інтересів у сфері поставок та підрядів для потреб держави.*

Поступово, із згортанням недержавного сектора економіки, формуванням адміністративно-розподільчої системи управління економікою, тотальним директивним плануванням народного господарства країни, коли практично всі поставки продукції та товарів здійснювалися на підставі планових актів (фондових повідомлень, планів прикріплення, нарядів), потреба в особливому регулюванні відносин щодо поставок для задоволення потреб держави відпадає². Зважаючи на пріоритетні потреби держави в певній продукції, роботах, послугах, законодавством СРСР передбачалося створення та функціонування системи державного мобілізаційного резерву. Відносини щодо закладення, зберігання та освіження цінностей мобілізаційного резерву регламентувалися актами Ради Міністрів СРСР, Рад Міністрів союзних республік і відомчими ненормативними актами (наказами Міністерства оборони СРСР, Міннафтохімпрому СРСР тощо), адресатами яких були підприємства, підпорядковані відповідним міністерствам і відомствам. При цьому закладення цінностей до мобілізаційного резерву підтверджувалося актами встановленої форми, укладення ж відповідного договору не передбачалось.

Новий етап розвитку законодавства про державні контракти розпочинається з другої половини 1980-х років у зв'язку з відходом від жорсткої регламентації процесу пла-

¹ СЗ ССРСР. — 1927. — № 53. — Ст. 536.

² Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Кн. 2: Договоры о передаче имущества. — М.: Статут, 2000. — С. 114.

нування, значним скороченням, а іноді й повною відмовою від планів-директив, які безпосередньо визначали обсяг і напрямки господарської діяльності, і запровадженням таких економічних категорій, які надавали підприємствам можливість вибору варіанта поведінки.

Одним з важелів державного впливу на діяльність державних підприємств в умовах курсу на «прискорення соціально-економічного прогресу радянського суспільства» стає державне замовлення. Законом СРСР від 30 червня 1987 р. «Про державне підприємство (об'єднання)»¹ визначалося, що підприємство самостійно розробляє і затверджує п'ятирічний план економічного та соціального розвитку, для чого використовує такі вихідні дані для формування плану, як контрольні цифри, державні замовлення, довгострокові економічні нормативи та ліміти, а також прямі замовлення споживачів та органів матеріально-технічного постачання на продукцію, роботи, послуги (ст. 10). Відповідно до цієї ж статті, державні замовлення:

— повинні гарантувати задоволення першочергових суспільних потреб (щодо введення в дію виробничих потужностей та об'єктів соціальної сфери, поставок видів продукції, необхідних для вирішення загальнодержавних, соціальних завдань, виконання науково-технічних програм, укріплення обороноздатності та забезпечення економічної незалежності країни, поставок сільськогосподарської продукції);

— повинні видаватися підприємствам за рахунок державних централізованих капіталовкладень;

— мають видаватися підприємству органом, якому воно підпорядковано, та можуть розміщуватися на конкурсних засадах;

— є обов'язковими для включення до плану підприємства;

— повинні передбачати взаємну відповідальність сторін — виконавця та державного замовлення.

1989 року зазначений пункт було доповнено правилом про те, що на продукцію виробничо-технічного призначення державне замовлення не може встановлюватися в розмірі 100 відсотків.

¹ Відомості Верховної Ради СРСР. — 1987. — № 26. — Ст. 385.

Державні замовлення як планові акти були обов'язковими юридичними приписами і за своєю природою нічим не відрізнялися від інших правових норм — вони слугували критеріями організації виконання визначених завдань, містили типові правила поведінки, звернені до визначених учасників господарських відносин. Відповідно до Тимчасового положення про порядок формування державних замовлень на 1989—1990 роки, затвердженого постановою Ради Міністрів СРСР від 25 липня 1988 р., склад державних замовлень на 1990 рік мав бути доведений до міністерств, відомств, Рад Міністрів союзних республік і міжгалузевих державних об'єднань до 1 березня 1989 року, тобто за десять місяців до початку планового періоду¹. Механізм формування та доведення до виконавців державних замовлень був далеко не досконалим, але в юридичній літературі обґрунтовувалася можливість оспорювання підприємствами—виконавцями державного замовлення в органах державного арбітражу законності державних замовлень, що не відповідають вимогам законодавства, в тому числі щодо порядку і строків їх розміщення².

Подальше реформування радянського законодавства кінця 1980-х років характеризується допущенням у сферу економіки нових організаційно-правових форм господарювання, насамперед кооперативів і орендних підприємств. Законом СРСР від 26 травня 1988 р. «Про кооперацію»³ кооперативи були визнані нарівні з державними підприємствами (об'єднаннями) основною ланкою єдиного народно-господарського комплексу (ст. 1 Закону), дістали право брати участь у договірних відносинах щодо забезпечення державних потреб. Статтею 18 зазначеного Закону передбачалося, що кооператив має право добровільно брати на себе виконання державних замовлень, у тому числі на умовах конкурсу з державними, кооперативними й іншими громадськими підприємствами та організаціями. Для виконання державного замовлення укладаються господарські до-

¹ Временное положение о порядке формирования государственных заказов на 1989—1990 годы, утвержденное постановлением Совета Министров СССР от 25 июля 1988 г. № 889 // СП СССР. — 1988. — № 26. — Ст. 71.

² Укрепление законности в хозяйственных отношениях и государственный арбитраж. — М.: Наука, 1989. — С. 63—80.

³ ВВС СССР. — 1988. — № 22. — Ст. 355.

говори з відповідними споживачами продукції (робіт, послуг) і з постачальниками матеріально-технічних ресурсів.

Якщо для кооперативів виконання державного замовлення було правом, то для орендних підприємств це було, як правило, обов'язком. Основами законодавства Союзу РСР і союзних республік про оренду від 23 листопада 1989 р.¹ було встановлено, що орендне підприємство зобов'язане брати на себе за договором оренди виконання державного замовлення і замовлень на реалізацію продукції (робіт, послуг) за господарськими зв'язками, що склалися, в обсязі, який не перевищує відповідних замовлень, взятих на рік його здачі в оренду; тою мірою, в якій підприємство використовує майно, що належить до його колективної власності, воно приймає державні замовлення та інші зобов'язання стосовно виробництва й реалізації продукції в добровільному порядку.

Законом СРСР від 4 червня 1990 року «Про підприємства в СРСР»² було легалізовано такі види підприємств, які засновані на власності радянських громадян, колективній власності, державній власності. Статтею 23 зазначеного Закону визначалося, що підприємство самостійно планує свою діяльність і визначає перспективи розвитку виходячи з попиту на вироблювану продукцію, роботи, послуги та з необхідності забезпечення виробничого й соціального розвитку підприємства, підвищення особистих доходів його працівників, виконання ж робіт і поставок для державних потреб здійснюється на договірній основі в порядку, що визначається законодавчими актами Союзу РСР, союзних і автономних республік.

Правові засади забезпечення потреб держави в певних товарах, роботах, послугах було викладено в Законі України «Про підприємництво»³, статтею 15 якого визначено, що органи державного управління будують свої відносини з підприємцями, використовуючи, зокрема, договори на виконання робіт і поставок для державних потреб, та Законі України «Про підприємства в Україні»⁴, ст. 20 якого встановлювалося, що підприємство виконує роботи і поставки

¹ ВВС СССР. — 1989. — № 25. — Ст. 481.

² Відомості з'їзду народних депутатів СРСР і Верховної Ради СРСР. — 1990. — № 25. — Ст. 460.

³ ВВР УРСР. — 1991. — № 14. — Ст. 168.

⁴ ВВР УРСР. — 1991. — № 24. — Ст. 272.

для державних потреб на договірній основі в порядку, що визначається законодавчими актами України.

До прийняття спеціальних законодавчих актів (зокрема, Законів України «Про поставки продукції для державних потреб»¹, «Про державний матеріальний резерв»²) відносно у сфері забезпечення потреб держави в товарах, роботах, послугах регулювалися численними нормативно-правовими актами. Серед них слід виділити постанову Верховної Ради УРСР від 15 жовтня 1990 р. «Про запровадження на території Української РСР єдиного державного замовлення на виробництво продукції, виконання робіт (послуг)»³, якою на території Української РСР було запроваджене єдине державне замовлення Української РСР на виробництво продукції, виконання робіт (послуг), з метою: 1) забезпечення державних потреб республіки; 2) виконання міжреспубліканських угод і поставок на експорт найважливіших матеріально-технічних ресурсів; 3) захисту інтересів народного господарства республіки в період переходу економіки на ринкові відносини для підприємств, об'єднань і організацій, незалежно від їх відомчої підпорядкованості та форм власності.

На сьогодні норми, якими регулюються відносини, пов'язані із задоволенням потреб держави в певних товарах, роботах, послугах, залишаються розосередженими в різних законодавчих актах. У ч. 3 с. 712 ЦК міститься бланкетна норма про те, що особливості регулювання укладення та виконання договору поставки товару для державних потреб можуть бути передбачені Законом. Такого ж бланкетного виду норма міститься у ч. 2 ст. 264 ГК, але її диспозиція є навіть вужчою за диспозицію норми ЦК, оскільки в ГК йдеться лише про особливий *порядок здійснення* поставки продукції для державних потреб. Крім того, ст. 264 ГК передбачається, що такі особливості можуть передбачатися *законодавством*⁴, що значно роз-

¹ ВВР. — 1995. — № 46. — Ст. 9.

² ВВР. — 1997. — № 13. — Ст. 112.

³ ВВР. — 1990. — № 44. — Ст. 596.

⁴ Принагідно слід підкреслити некоректність вживання терміна «законодавство» для тих актів, до яких міститься відсилка у ГК. Зважаючи на те, що у ст. 7 ГК термінологічно окреслене коло актів, які регулюють господарську діяльність, залежно від бажаного та необхідного рівня правового регулювання певних господарських відносин слід говорити або про *закон*, або про *інший нормативно-правовий акт*.

ширює можливості відомчої нормотворчості. У цілому практика видання бланкетних норм, які не встановлюють конкретного правила поведінки, сприяє невизначеності правового регулювання на тих ділянках суспільних відносин, що підлягають унормуванню, а це породжує деонтичну неповноту права. Наочніше ця неповнота виявляється тоді, коли необхідній закон або інший нормативно-правовий акт не приймається взагалі, і особливо тоді, коли він приймається, але не врегулює відносини (в даному випадку — відносини поставки для державних потреб) з достатньою повнотою.

Слід зазначити, що термінологія Закону «Про поставки продукції для державних потреб», включаючи його назву, є неточною (тут законодавець додержується старих «традицій»): словосполучення «поставки продукції» вживається не тільки у власному значенні поставки (закупівлі) товарів, а й як еквівалент виконання робіт і надання послуг. Подібне зведення воедино трьох видів договорів, які відрізняються один від одного і за своєю юридичною конструкцією, і за юридичною метою дій контрагентів, має сенс тільки з точки зору визначення їх спільних рис — плановості, присутності як контрагента уповноваженого державного органу (державного замовника), який виступає свого роду агентом публічних інтересів, та обов'язковості їх для укладення певними категоріями суб'єктів господарювання, визначеним у законі. І саме в цьому сенсі різні види договорів можна об'єднати назвою «державні контракти».

Норми Закону «Про поставки продукції для державних потреб» можуть бути об'єднані в такі три групи:

1) норми-дефініції, зокрема державних потреб, державного замовлення, державних замовників і виконавців;

2) норми компетенційного характеру, що визначають повноваження Кабінету Міністрів України стосовно організації роботи з формування та розміщення державних замовлень і повноважень державних замовників; обов'язок певного кола суб'єктів господарської діяльності, для яких державне замовлення є обов'язковим. Перелік таких суб'єктів є вичерпним: по-перше, це суб'єкти господарської діяльності, що належать до державного сектора економіки (державних підприємств, установ і організацій, акціонерних товариств, у статутному фонді яких контрольний пакет

акцій належить державі) або використовують державне майно з господарською метою (орендні підприємства), по-друге, суб'єкти господарської діяльності всіх форм власності — монополісти на відповідному ринку продукції¹. Логічним, на наш погляд, було б доповнення цього переліку вказівкою на тих суб'єктів, які здійснюють свою господарську діяльність на базі державного майна, переданого їм у концесію. Крім того, виконавцем державного замовлення може бути суб'єкт господарювання будь-якої форми власності, що прямо зазначено в абзаці 2 ст. 1 Закону України «Про поставки продукції для державних потреб». У цьому разі суб'єкт господарювання, для якого прийняття державного замовлення не є обов'язковим, за власною ініціативою «входить» до зони інтенсивного імперативного регулювання договірного зв'язку, який ґрунтується на державному замовленні;

3) норми, якими регулюються деякі питання виконання та відповідальності державного замовника й виконавця державного контракту.

Вимога відповідності змісту договору, укладеного на підставі державного замовлення (обов'язкового для сторін правового акту органу державної влади), цьому державному замовленню (акту) встановлюється ч. 5 ст. 179 ГК та відповідно ч. 1 ст. 648 ЦК.

Державне замовлення визначається Законом «Про поставки продукції для державних потреб» як засіб державного регулювання економіки, який здійснюється *шляхом формування на договірній основі складу та обсягів продукції, необхідної для державних потреб, розміщення дер-*

¹ Саме у зв'язку з цим слід зауважити, що обов'язок прийняття до виконання державного замовлення та укладення державного контракту не може розглядатися як обмеження договірної свободи зазначених суб'єктів: він входить в обсяг їх господарської компетенції має бути виконаний через активні дії (укладення договору та його виконання), окрім випадку, коли виконання державного замовлення спричинитиме збитки державному виконавцю. Обов'язок планування (формування державних замовлень) для певних органів державної влади також включається в обсяг їх правосуб'єктності, причому це є лише частиною функціональних обов'язків таких органів, реалізація яких слугує досягненню певного соціального результату (упорядкованості функціонування тієї чи іншої соціальної підсистеми).

жавних контрактів на її поставку (закупівлю) серед підприємств, організацій та інших суб'єктів господарської діяльності України всіх форм власності. Таке визначення є не тільки занадто загальним, оскільки зміст поняття розкривається через абстрактну конструкцію «засіб державного регулювання», а й неточним, оскільки в ньому неправильно відображено зв'язок між державним замовленням і державним контрактом. На цю обставину слушно звертає увагу О. Подцерковний, зазначаючи, що склад і обсяг продукції є умовами державного контракту, що виникає до оферти на його укладення, а тому саме державне замовлення лежить в основі державного контракту, а не навпаки, як це передбачається в законі¹.

Державне замовлення можна сприймати у двох значеннях:

— як *обсяг* необхідних поставок, робіт, послуг, директивно адресованих державним замовникам у вигляді зведеної суми коштів²;

— як *індивідуальний акт* планування, прийнятий уповноваженим державним органом (державним замовником), в якому встановлені передбачені параметри державного контракту (предмет, строк виконання, ціна та інші) на основі доведеного до замовника обсягів поставок, збалансованих з фінансовими ресурсами.

Визначення державного замовлення як індивідуального акта дозволяє остаточно вирішити важливу проблему захисту прав суб'єкта господарювання підприємств у відносинах, пов'язаних з прийняттям державного замовлення до виконання. Проблема ця піднімалася в господарсько-правовій літературі радянського періоду. Ще тоді теоретично обґрунтовувалася можливість оспорювання підприємствами—виконавцями державного замовлення в органах державного арбітражу законності державних замовлень (таких, що не відповідають вимогам законодавства, в тому

¹ Подцерковний О. Правовая природа отношений в сфере государственного заказа // Предпринимательство, хозяйство и право. — 2003. — № 5. — С. 10.

² Див., наприклад, постанову КМУ від 12 липня 2005 р. № 570 «Про державне замовлення на закупівлю товарів, виконання робіт, надання послуг для державних потреб у 2005 році» // ОВУ. — 2005. — № 28. — Ст. 1642.

числі щодо порядку і строків їх розміщення)¹. Визнання державного замовлення актом державного органу повністю узгоджується з таким способом захисту прав суб'єктів господарювання, як визнання повністю або частково недійсними актів органів державної влади (ст. 20 ГК).

На рівні загальних положень ГК (ст. 183) особливості укладення державного контракту визначені досить повно, до того ж порядок і способи укладення державного контракту деталізовані Законом України від 22 лютого 2000 р. «Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти»². З огляду на те, що проблемні питання укладення державного контракту уже розглядалися нами³, далі приділимо увагу тим особливостям правового регулювання державних контрактів, які випливають з необхідності забезпечення потреб держави і є найбільш проблемними, а саме внесення змін та розірвання державного контракту, забезпечення виконання зобов'язань із державного контракту, принципів їх виконання та припинення.

Державне замовлення є тією програмою, яка має бути покладена в основу державного контракту, закріплена в його умовах, але саме по собі державне замовлення не породжує і не може породжувати договірне зобов'язання по поставці товарів, робіт, послуг для державних потреб⁴. Для цього необхідним є також взаємне волевиявлення — укладення державного контракту державним замовником і виконавцем. Таким чином, у механізмі правового регулювання реалізація обов'язку суб'єкта господарювання, встановленому ч. 8 ст. 2 Закону «Про поставки продукції для державних потреб», пов'язується з двома юридичними фак-

¹ Укрепление законности в хозяйственных отношениях и государственный арбитраж. — М.: Наука, 1989. — С. 63—80.

² ВВР. — 2000. — № 20. — Ст. 148.

³ *Беляневич О. А.* Господарський договір та способи його укладання. — С. 100—105.

⁴ М. М. Агарков, який вважається автором теорії фактичного складу, звертає увагу на те, що адміністративний акт ані самі по собі, ані як елемент будь-якого фактичного складу не породжує зобов'язання. Він лише встановлює обов'язкове для певного госпоргану планове завдання, яке останній і повинен виконати (*Агарков М. М.* Обязательство по советскому гражданскому праву // Избр. тр. по гражданскому праву: В 2 т. Т. I. — М.: Центр ЮрИнфоР, 2002. — С. 363).

тами: затвердженням державного замовлення та укладенням державного контракту (договором). До формування та видання державного замовлення у державного замовника відсутнє право вимагати укладення державного контракту.

Питання внесення змін до державного контракту та його розірвання в чинному законодавстві вирішується одночасно і ГК, і Законом «Про поставки продукції для державних потреб». Відповідно до ч. 7 ст. 2 цього Закону за рішенням Кабінету Міністрів України державний замовник може внести необхідні зміни до державного контракту або припинити його дію згідно з чинним законодавством України. Редакція цієї норми уявляється некоректною, адже Кабінет Міністрів, не будучи стороною договору, не може вирішувати питання його зміни або розірвання. До його компетенції відносять питання затвердження обсягів продукції, необхідної для державних потреб у наступному році, та загальної суми коштів для її закупівлі¹. Так чи інакше, зазначена норма встановлює право державного замовника в *односторонньому порядку* змінювати державний контракт або припинити його дію.

Частиною 2 ст. 206 ГК встановлено правило про, що державний контракт підлягає розірванню в разі *зміни або скасування* державного замовлення, *яким передбачено припинення дії* контракту. Таким чином, необхідність розірвання державного контракту пов'язується не тільки із скасуванням державного замовлення, а й чомусь з його зміною. Крім того, в цій нормі абсолютно неправильно вказується на те, що державним замовленням може передбачатися припинення дії контракту, адже скасування державного замовлення означає, по суті, скасування самих параметрів (умов), які увійшли через волю сторін державного контракту до його змісту. Крім того, неправильно по суті є і вказівка ч. 2 ст. 206 ГК на те, що державний контракт підлягає розірванню в момент, коли про зміну або скасування державного замовлення стало відомо сторонам. Закон «Про поставки продукції для державних потреб» не передба-

¹ Про Порядок формування та розміщення державних замовлень на поставку продукції для державних потреб і контролю за їх виконанням. Затверджено постановою КМУ від 29 лютого 1996 р. № 266. (ЗП УРСР. — 1996. — № 8. — Ст. 239).

чає будь-яких складних договірних зв'язків, що встановлюються між учасниками відносин у сфері поставок для державних потреб: оскільки державний контракт завжди укладається між замовником і виконавцем, встановлюється проста структура таких зв'язків, і одночасно дізнатися про зміни або скасування державного замовлення сторони в принципі не можуть. У цьому випадку можна було б говорити лише про момент, коли виконавець державного замовлення був повідомлений про зміни або скасування державного замовлення. Але зі змісту цієї норми не впливає право державного замовника на зміну або розірвання контракту в односторонньому порядку, а лише шляхом повідомлення про це державного замовника.

Отже, як свідчить буквальне тлумачення норм Закону «Про поставки продукції для державних потреб» та ст. 206 ГК, законодавець, в цілому відчуваючи зв'язок між зміною та скасуванням державного замовлення та юридичною долею державного контракту, не дає чіткої відповіді на запитання про підстави та, що важливо, про порядок зміни та розірвання державних контрактів.

Ми підтримуємо обґрунтовані Т. В. Боднар пропозиції щодо внесення до Закону «Про поставки продукції для державних потреб» норми про те, що: державне замовлення може бути змінено або скасовано органом, який його видав; зміна або скасування державного замовлення тягне за собою відповідно зміну або розірвання державного контракту, який було укладено на підставі зазначеного державного замовлення; до державних контрактів не повинні застосовуватися положення ст. 652 ЦК¹. Але цим, як уявляється, ситуація остаточно не вирішується. Тільки у тому випадку, коли б ми визнавали виникнення планово-договірних зобов'язань безпосередньо з акта планування, то тоді зміна (скасування) планового акта означала б автоматичну зміну (припинення) державного контракту, тобто лише за такого концептуаль-

¹ Можна підтримати і пропозицію Т. В. Боднар щодо закріплення в ч. 2 ст. 206 ГК правила в частині того, що державний контракт підлягає зміні або розірванню в разі зміни чи скасування державного замовлення, яким було передбачено укладення цього контракту (Боднар Т. В. Теоретичні проблеми виконання договірних зобов'язань (цивільно-правовий аспект): Дис. ... докт. юрид. наук. — К., 2005. — С. 237—239).

ного підходу можна було б визнавати за органами, що здійснили планування (державними замовниками), право на односторонню зміну чи розірвання державного контракту без вчинення будь-яких додаткових дій. Але чи можна це вважати правильним? Якщо ні, то всі питання щодо зміни умов і припинення державного контракту повинні опосередковуватися угодою сторін.

Слід сказати, що питання зміни або розірвання державного контракту змикається із давньою науковою дискусією про співвідношення плану й договору в цілому та, зокрема, про безпосередній вплив зміни або скасування планових актів на долю договорів, укладених на їх підставі¹. Сучасну ситуацію з регулюванням зміни та розірвання державного контракту можна було б розглядати з позицій концепції юридичного складу, яка була обґрунтована в правознавстві радянського періоду і яка начебто дає відповіді на всі запитання. Відповідно до цієї концепції, планово-договірні зобов'язання виникають не з будь-якого одного юридичного факту-плану чи договору, а з їх єдності, яка утворює складний юридичний склад (хоча точнішим уявляється термінологія, обґрунтована О. О. Красавчиковим — «юридичний склад»². — О. Б.). Провідне місце в цьому складі визнавалося за актом планування, який є правовою підставою укладення договору, становить необхідну умову його дійсності, впливає на дію зобов'язання (виконання, можливу його зміну або припинення). Договір же, насамперед, є вольовим актом, який підтверджує рішучість адресатів планового завдання вико-

¹ Огляд різних позицій див., зокрема: *Иоффе О. С.* Избр. труды: В 4 т. Т. III. Общее учение об обязательствах. — СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2004. — С. 89—95; *Заменгоф З. М.* Изменение и расторжение хозяйственных договоров. — М.: Юрид. лит., 1967. — С. 38—43.

² У науці права, як вказує О. О. Красавчиков, було висловлено думку про те, що складним слід вважати будь-який юридичний склад, до якого входить більше як один юридичний факт. Правильніше вважати юридичний склад, який включає два елементи (адміністративний акт та угоду), простим, адже нічого складного в ньому немає. Складність може бути в аспекті взаємодії цих юридичних актів або в конструкції створюваних ним правовідносин, але не в конструкції самого юридичного складу (*Юридические факты в советском гражданском праве // Красавчиков О. А.* Категории науки гражданского права: Избр. труды: В 2 т. Т. 2. — М.: Статут, 2005. — С. 122).

нати його¹. Проте головним аргументом проти цієї концепції, принаймні в сучасних умовах, слід визнати те, що відповідно до неї зміна плану автоматично тягне за собою зміну договірною зобов'язання, договір втрачає силу і без розірвання, оскільки втрачає силу один з елементів юридичного складу — плановий акт².

Більш адекватною сучасним умовам, на наш погляд, є концепція *трансформації плану в договір*, яка обґрунтована А. Г. Биковим і може бути взята за основу моделювання відповідних норм. Умови планового акта трансформуються в умови договору шляхом волевиявлення сторін і, відповідно, зміна чи скасування планового акта може впливати на долю договірною зобов'язання *також через волевиявлення сторін*. Плановий акт, який на першій стадії розвитку господарських відносин є передумовою, основою укладення договору, потім стає його змістом, умовою, що свідчить про стадійність розвитку господарських відносин, в процесі яких умови планового акта перетворюються на умови договору³.

¹ Разом з тим О. С. Іоффе вказує на те, що обов'язок і правомочність укласти договір складають зміст цивільного зобов'язання, яке безпосередньо породжується актом планування. З цього твердження логічно випливає висновок про те, що укладення договору на основі акта планування повинно означати припинення цього зобов'язання у зв'язку з його виконанням. Але тоді складно пояснити, в який спосіб плановий акт продовжуватиме впливати на розвиток планово-договірною зобов'язання (Іоффе О. С. Избр. труды: В 4 т. Т. III. Общее учение об обязательствах. — СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2004. — С. 90, 91.

² Як зазначав О. К. Кравцов, із зміною планового акта автоматично змінюється лише зобов'язання (очевидно, в розумінні показників планового акта як змісту зобов'язання. — О. Б.), але не договір. За зміною планового акта має йти зміна сторонами укладеного договору. Мета, що при цьому переслідується, така сама, як і при укладенні договору (Кравцов А. К. Плановые обязательства по советскому гражданскому праву. — Воронеж: Изд-во Воронежского ун-та, 1980. — С. 77).

³ Концепція трансформації плану в договір дозволяє, на погляд А. Г. Бикова, більш послідовно вирішити питання: 1) плановий акт визначає основний зміст договору та зобов'язує сторони укласти його, виходячи з владного характеру приписів планового акта; 2) з допомогою волевиявлення сторін приписи плану трансформуються в умови договору, внаслідок чого договір набуває планового характеру (не тільки в смислі планової основи його укладення, але й смислі планового характеру його умов); 3) незалежно від трансформації приписів планового акту в умови договору, плановий акт та договір існують як самостійні елементи планово-до-

Зміна умов державного контракту може пов'язуватися тільки з змінами в структурі та обсягах запланованих товарів, робіт, послуг для державних потреб, що в ряді випадків може виявитися необхідним. Разом з тим, якщо такі зміни відбуваються протягом бюджетного року, то це, скоріш за все, свідчить про недоліки формування державного замовлення. Оскільки виконавець державного замовлення повинен планувати (програмувати) свою господарську/підприємницьку діяльність, виходячи з наявних виробничо-технічних можливостей і з огляду на необхідність виконання державного замовлення. Це означатиме, серед іншого, і утримання від укладення ним інших господарських договорів на реалізацію результатів своєї господарської діяльності¹. Тому повністю віддати вирішення питання про зміну умов договору або розірвання державного контракту на розсуд державних замовників було б послабленням захисту інтересів державних виконавців.

Концепція трансформації плану в договір дає можливість вирішити зазначену проблему. І скасування державного замовлення, і внесення до нього змін (як у бік збільшення, так і в бік зменшення обсягів товарів, робіт, послуг) може негативно впливати на інтереси державного виконавця. Тому визнання узгодження сторонами внесення змін до державного контракту або його розірвання дозволяє державному виконавцю захищати свої права й охоронювані інтереси в суді, в тому числі з допомогою позову про визнання акта (державного замовлення) недійсним повністю або частково².

говірного механізму; 4) трансформація плану в умови договору забезпечує, з одного боку, їх єдність, а з іншого — відносну самостійність, якщо правові норми допускають можливість визначати умови договору з деякими відступами від приписів планового акта (Быков А. Г. План и хозяйственный договор. — М.: Изд-во Московского ун-та, 1975. — С. 31, 43).

¹ Свого часу в літературі зазначалося, що витрати планування у разі зміни плану не повинні перекладатися на виконавця, для чого вищестоящі органи (у тому числі міністерства) повинні бути зобов'язані до компенсації витрат виконавців за рахунок спеціальних фондів та резервів (Пронська Г. В. Компетенція господарських міністерств Української РСР. — К.: Наукова думка, 1973. — С. 69).

² О. Подцерковний справедливо звертає увагу на те, що сучасна судова система (господарських судів) виявляється непридатною для оперативного розгляду справ, пов'язаних з розміщенням державних замов-

Існування ст. 206 ГК під назвою «розірвання господарського зобов'язання» у главі 22 ГК уявляється недоречним не тільки через суто термінологічні вади¹, але й через те, що ч. 1 ст. 206 ГК дублює ст. 188 ГК («Порядок зміни та розірвання господарських договорів»), не встановлюючи будь-яких особливостей «розірвання» інших видів господарських зобов'язань. Частина ж 2 цієї статті стосовно зміни або розірвання державного контракту може бути включена до глави 20 ГК у вигляді ст. 188-1 ГК під назвою «Особливості зміни та розірвання господарських договорів за державним замовленням (державних контрактів)» у такій редакції:

«1. Державний контракт може бути змінений або розірваний у випадках зміни або скасування державного замовлення, на основі якого він був укладений.

2. Пропозиції стосовно внесення змін до державного контракту або його розірвання надсилаються державним замовником виконавцю негайно після внесення змін до відповідного державного замовлення.

3. Спори, що виникають при зміні або розірванні державного контракту, розглядаються в судовому порядку».

Перше речення ч. 6 ст. 4 Закону «Про поставки продукції для державних потреб» має бути викладене в такій редакції: «Спори, що виникають між державним замовником і виконавцем державного замовлення при укладенні державних контрактів на поставку продукції для державних потреб, його виконанні, зміні та розірванні розгляда-

лень. Щоправда, пропозиція автора про створення спеціального міжвідомчого органу, який би міг розглядати скарги учасників процедур державних закупівель за спрощеною процедурою, викликає заперечення, адже вирішення цих питань повинно відбуватися не тільки у стислі строки, а й незаангажованим складом цієї комісії, за визначенням, створеної із чиновників різних відомств (*Подцерковный О. Правовая природа отношений в сфере государственного заказа // Предпринимательство, хозяйство и право. — 2003. — № 5. — С. 10*).

¹ Навряд чи заслуговує на схвалення «революція» у законодавчій термінології, спрямована на руйнацію усталених понять, у нашому випадку — «розірвання договору». Використання в мові закону словосполучень «розірвання зобов'язання», так само, як і «визнання зобов'язання недійсним», є безпідставним і лише ускладнює сприйняття змісту норм, на що ми вже звертали увагу раніше.

ються згідно з чинним законодавством України господарськими судами».

Слід сказати про те, що ч. 5 ст. 4 Закону «Про поставки продукції для державних потреб» передбачається, що у *випадках відмови державного замовника від закупівлі продукції*, виготовленої за державним контрактом (крім випадків, зазначених у частині четвертій цієї статті), виконавець державного замовлення реалізує її на свій розсуд, при цьому замовник відшкодовує виконавцю додаткові витрати, пов'язані з реалізацією, а у разі неможливості реалізації продукції — завдані йому збитки, включаючи очікуваний і неодержаний прибуток. Ця норма не узгоджується з метою державного контракту — задоволення потреб держави, і, як уявляється, покладає на добросовісного виконавця додаткові обтяження, оскільки така відмова не пов'язується із порушенням ним зобов'язання.

Окремо слід звернути увагу на деякі положення Цивільного кодексу, які не можуть застосовуватися до забезпечення, виконання та припинення зобов'язань, заснованих на державних контрактах та інших господарських договорах публічної спрямованості, оскільки статті 199 та 202 ГК містять відсилочні норми до положень ЦК практично без застережень¹. Наразі відсутні необхідні приписи і в спеціальному законодавстві, а в сучасній літературі на це практично не звертається увага². Маються на увазі, насамперед, *інститут притримання* та *інститут відступного*. Основна ідея, на якій ґрунтується висновок про неможливість використання цих інститутів у правовому регулюванні господарських договорів соціальної спрямованості, є досить простою: застосування притримання та відступного в такого роду договірних відносинах може унеможливити або значно ускладнювати досягнення очікуваного соціального ефекту.

¹ Наприклад, в дореволюційний період притримання у договірних відносинах із казною притримання не могло застосовуватися, оскільки такі відносини ніяк не підпадали під дію звичаєвого права. Див., зокрема: Положение о казенныхъ подрядахъ и поставкахъ. Изд. 1887 г. / Под ред. А. К. Гаугера. — СПб., 1895.

² Детальний аналіз проблеми забезпечення виконання господарсько-договірних зобов'язань у сфері державного господарювання, їх припинення та виконання залишаються поза рамками цієї роботи, оскільки це має бути предметом окремих досліджень.

Цивільно-правовий інститут притримання (статті 594—597 ЦК) є чужорідним для масиву норм, що регулюють договірні відносини, які мають публічну спрямованість. Оскільки господарські договори з державою є синалагматичними, суто теоретично право притримання може бути реалізоване як органом держави, який є стороною договору, так і його контрагентом залежно від характеру обов'язку, що не виконується. Вірогідність застосування права притримання до несправного боржника є досить високою, оскільки найбільш поширені в господарській діяльності договори за участю держави мають майновий характер і стосуються використання державного майна або з виробничою метою (оренда, концесія, угоди про розподіл продукції), або з метою задоволення державних потреб (поставка продукції, виконання робіт, надання послуг, у тому числі зберігання цінностей державного матеріального резерву), або, нарешті, для відчуження (приватизації) державного майна (купівля-продаж об'єкта приватизації). У цих відносинах боржником може виступати як суб'єкт господарювання, так і відповідний орган державної влади.

У наш час притримання зберігає за своїми основними ознаками характер заходу оперативного впливу на боржника, незважаючи на те, що воно, по-перше, визнано законодавцем як універсальний — для будь-яких зобов'язань (договірних і недоговірних) — вид забезпечення виконання, а, по-друге, не називається як оперативно-господарська санкція у ст. 236 ГК.

Вирішуючи питання про можливість задоволення вимог кредитора за рахунок речі, яку притримує кредитор, у договірних відносинах за участю держави, корисним буде звернення до іноземного досвіду. Так, відповідно до § 369 «Комерційне право притримання» Німецького торговельного уложення *комерсант* на виконання вимог з строком виконання, що настав, які належать йому за двосторонньою торговельною угодою, укладеною з *іншим комерсантом*, має право притримувати рухомі речі та цінні папери боржника, які поступили за волею останнього в його володіння на підставі *торговельних угод*, якщо він має їх у володінні, зокрема, може розпоряджатися ними на підставі коносаменту, транспортної або складської накладної. Право притри-

мання обґрунтоване тоді, коли власність на об'єкти перейшла від боржника до кредитора або передана третьою особою кредитору для боржника, проте підлягає поверненню боржникові. Крім того, § 370 цього Уложення передбачене надзвичайне право притримання для вимог зі строком виконання, який ще не настав: 1) якщо стосовно майна боржника відкритий конкурс або якщо боржник припинив платежі; 2) якщо примусове виконання стосовно майна боржника залишилося безрезультатним.

Право задоволення вимог кредитора на підставі притримання здійснюється за правилами Німецького цивільного уложення, за винятком норми про строк очікування: якщо відповідно до § 1234 Німецького цивільного уложення продаж об'єкта не може бути здійснений до закінчення одного місяця з моменту попередження боржника, то за правилами § 371 Торговельного уложення таким строком встановлений один тиждень¹.

Одним з найдавніших стосовно регулювання інституту притримання є латвійське цивільне законодавство². Відпо-

¹ Як відомо, у торговельному праві Німеччини центральне місце посідає поняття комерсанта (індивідуальний або колективний суб'єкт), яке класифікується за видами («за обов'язком», «за необхідністю», «за бажанням», «в силу реєстрації», «невеликий комерсант», «за формою»). Відповідно до § 343 НТУ, торговельними є всі угоди комерсанта, що належать до ведення його торговельного промислу. При цьому застосовується презумпція торговельної угоди, передбачена § 344 НТУ: «Юридичні угоди, здійснювані комерсантом, у випадку сумніву вважаються такими, що належать до ведення його торговельного промислу» (Торговое уложение Германии. Закон об акционерных обществах. Закон об обществах с ограниченной ответственностью. Закон о производственных и хозяйственных кооперативах = Deutsches Handelsgesetzbuch, Aktiengesetz, GmbHGesetz, Genossenschaftsgesetz / Сост. В. Бергманн; пер.с нем.: Е. А. Дубовицкая. — М.: Волтерс Клувер, 2005. — 624 с.).

² Цей досвід апробований часом, адже норми про право притримання Цивільного закону Латвії 1937 р., дія якого була відновлена 1992 р., максимально наближені до тих, що містилися у Зводі місцевих узаконень губерній прибалтійських (Остзейських), що діяв у другій половині ХІХ ст. Прибалтійський Звод був першим кодифікованим актом, в якому інститут притримання був представлений у вигляді загальних положень, а не розрізнених норм, і практика його застосування була предметом поглибленої уваги з боку розробників нового Цивільного уложення Російської імперії.

відно до статей 1732, 1733 Цивільного закону Латвії (ЦЗ Латвії)¹, зобов'язальне право, так само як і інші *приватні* права, захищається лише судовим порядком, а тому ніхто не може відшукувати свої права самовільно і насильницьким шляхом. Як виняток з цього правила до засобів, якими зобов'язальне право захищається поза судом, віднесені право притримання та право затримання в заклад. До речі, принципова відмінність права притримання за ЦЗ Латвії від аналогічного інституту в ЦК України полягає в тому, що відповідно до ст. 1740 ЦЗ Латвії той, хто притримує річ, не тільки повинен турботливо зберігати її, а й не може задовольнити свою вимогу шляхом відчуження речі або іншим її споживанням, у той час як ст. 597 ЦК України встановлюється право кредитора задовольнити свої вимоги за рахунок вартості притриманої речі. Частиною 1 ст. 594 ЦК України строк дії права кредитора притримувати річ боржника обмежується настанням певної події, а саме — виконанням боржником зобов'язання. Разом з тим, поза увагою законодавця залишилася можливість зловживання цим правом з боку кредитора, наприклад нарахування ним завищеної суми пов'язаних з річчю витрат або інших збитків. Крім того, відповідно до ч. 2 ст. 595 ЦК, кредитор відповідає лише за втрату, псування або пошкодження речі, яку він притримує у себе, тобто він не відшкодовує збитки, завдані реалізацією права притримання, у розумінні статей 225 ГК та 22 ЦК. У зв'язку з цим доречно пригадати слова І. М. Тютрюмова про те, що широке визнання такого роду самопомоги (права притримання. — О. Б.), яка виключає відповідальність за спричинені при цьому збитки, є допустимим лише за наявності більш-менш високого культурного рівня населення, і, навпаки, вкрай небезпечно при недостатньо розвиненому почутті права².

Наведені приклади свідчать про те, що право притримання повинно застосовуватися у тих господарських/підприємницьких відносинах, що не обтяжені державною участю та знаходяться у «горизонтальній» площині. Тому українсь-

¹ Гражданский кодекс Латвийской Республики. — СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2001. — 830 с.

² Цит. за: Сарбаш С. В. Право удержания как способ обеспечения исполнения обязательств. — 2-е изд., испр. — М.: Статут, 2003. — С. 33.

кий законодавець за відсутності певних «стандартів» у питанні притримання, має орієнтуватися не на те, що «так прийнято» в іншій країні, а на особливості договірних відносин, в яких воно може або, навпаки, не може бути використано. Крім того, він повинен орієнтуватися і на рівень правосвідомості в сучасному українському суспільстві. З огляду на це, уявляється доцільним виключити застосування притримання як виду забезпечення виконання зобов'язання, що виникає з державного контракту, оренди, концесії державного майна, або принаймні застосування ст. 597 ЦК про задоволення вимог за рахунок речі, яку притримує кредитор, оскільки це може призводити до неможливості досягнення того соціального ефекту, з яким пов'язується використання таких договірних конструкцій.

Тому ст. 199 ГК пропонується доповнити ч. 3 такого змісту: «До відносин щодо забезпечення виконання зобов'язань, які виникають за державних контрактів та інших господарських договорів за участю органу держави—суб'єкта організаційно-господарських повноважень, правила ЦК про притримання не застосовуються».

Обтяженість господарських договорів за участю держави публічними інтересами повинна зумовлювати й імперативність норм щодо принципів виконання відповідних зобов'язань і способів їх припинення. Зокрема, викликає сумніви можливість застосування в цих відносинах такого способу припинення зобов'язання як відступне (ст. 600 ЦК). Питання про відступне в цілому змикається з питанням про принципи виконання договірних зобов'язань, хоча, як зазначалося в літературі, відступне може виконувати й забезпечувальну функцію, зокрема, тоді, коли домовленість про відступне досягається сторонами одночасно з укладенням договору¹.

За універсальним правилом, зобов'язання має припинятися виконанням, проведеним належним чином (ст. 202 ГК, ст. 599 ЦК). Згідно з ч. 3 ст. 202 ГК, до відносин стосовно припинення господарських зобов'язань застосовуються відповідні положення ЦК з урахуванням особливостей, пе-

¹ Шилохвост О. Ю. Отступное в гражданском праве России. — М.: Статут, 1999. — С. 13.

редбачених ГК¹. Але в ГК, і тим більше в Законі «Про поставки продукції для державних потреб», прийнятому 1995 року, немає спеціальних застережень стосовно застосування положень ЦК до виконання та припинення зобов'язання, яке виникло з державного контракту.

Вимога реального виконання (виконання зобов'язання в натурі) полягає в необхідності виконати дії, що становлять предмет зобов'язання (передати річ, виконати роботу, надати послугу). Принцип реального виконання зобов'язання в радянській літературі визначався як такий, що має для господарського договору найбільше значення, знаходив в ньому найбільш повне та послідовне втілення, був особливою рисою, що відрізняв радянський господарський договір від договору у капіталістичному господарстві². На значення принципу реального виконання договору неодноразово вказувалося в

¹ Навряд чи можна погодитися з тим, що неприпустимими і невинуватими є встановлені в ГК України відхилення від норм ЦК, присвячених правовому регулюванню виконання зобов'язань у сфері господарювання, оскільки встановлені нормами ЦК загальні умови, елементи та принципи виконання цивільних зобов'язань повною мірою забезпечують правову основу виконання господарсько-договірних зобов'язань (*Боднар Т. В.* Теоретичні проблеми виконання договірних зобов'язань (цивільно-правовий аспект): Дис. ... докт. юрид. наук. — К., 2005. — С. 34).

² Наведемо типову для радянського правознавства аргументацію: «Зрозуміло, що і в буржуазному господарстві договори виконуються в натурі. Проте це жодним чином не спростовує того, що капіталіст у договорі переслідує мету одержання прибутку; що ця мета може бути досягнута і тоді, коли замість виконання в натурі він одержить грошовий еквівалент — сурогат виконання... Можливість заміни реального виконання договору грошовим сурогатом визначається також і тим, що, якщо капіталісту-кредитору потрібен товар, передбачений договором, він може придбати його за одержані від несправного контрагента гроші. Буржуазне цивільне та торговельне законодавство надає таку можливість, визначаючи, як правило, збитки від невиконання договору, виходячи з різниці між договірною та ринковою вартістю... Радянській державі не байдуже, від якого саме поставщика, за якими цінами підприємство одержить продукцію. Придбання потерпілим споживачем недоотриманої за договором продукції від будь-якого іншого контрагента в соціалістичному господарстві не тільки може бути відхиленням від плану, порушенням його, а й в ряді випадків виявиться неможливим» (*Можейко В. Н.* Хозяйственный договор в СССР. — М.: Госиздат. юрид. лит., 1962. — С. 152, 162—165).

літературі¹. *De lege ferenda* висловлювалося пропозиції закріпити в цивільному законодавстві *загальне правило* щодо права кредитора вимагати від боржника реального виконання (виконання в натурі) та обов'язок відшкодування збитків лише за неможливість виконання, за яку боржник відповідає².

У сучасному цивільному законодавстві та літературі з'явилася тенденція до відходу від визнання універсальності принципу реального виконання договорів. Як зазначає Т. В. Боднар, дія принципу свободи договору виявляється і у свободі вибору засобів виконання зобов'язання, тому дискусія щодо співвідношення понять належного та реального виконання зобов'язання втратила свій сенс і не має ані теоретичного, ані практичного значення, через що в сучасних умовах, коли головною метою здійснення підприємницької діяльності є одержання прибутку, грошовий еквівалент як сурогат реального виконання дозволяє досягти цієї мети і є одним з прийнятних для підприємця шляхів³. Разом з тим, як уявляється, такий погляд не є безспірним, адже, як правильно розставляє акценти С. В. Сарбаш, у цьому випадку слід було б припустити можливість надання боржником кредитору замість узгодженого виконання іншого. Ті випадки, коли законом передбачається звільнення боржника від виконання зобов'язання в натурі внаслідок відшкодування збитків і сплати неустойки або коли закон допускає припинення зобов'язання у разі відсутності належного виконання, як винятки не можуть підіривати принципного значення вимоги про реальне виконання⁴.

¹ Див., зокрема: *Венедиктов А. В.* Договорная дисциплина в промышленности // Избр. труды по гражданскому праву: В 2 т. Т. I. — М.: Статут, 2004. — С. 403—404; *Иоффе О. С.* Избр. труды: В 4 т. Т. III. Общее учение об обязательствах. — СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2004. — С. 106—111; *Толстой В. С.* Исполнение обязательств. — М.: Юрид. лит., 1973. — С. 46—58; *Кравцов А. К.* Плановые обязательства по советскому гражданскому праву. — Воронеж: Изд-во Воронежского ун-та, 1980. — С. 61—71.

² *Агарков М. М.* Обязательство по советскому гражданскому праву // *Агарков М. М.* Избр. труды по гражданскому праву: В 2 т. Т. I. — М.: Центр ЮрИнфоР, 2002. — С. 241.

³ *Боднар Т. В.* Теоретичні проблеми виконання договірних зобов'язань (цивільно-правовий аспект): Дис. ... докт. юрид. наук. — К., 2005. — С. 173, 174.

⁴ *Сарбаш С. В.* Исполнение договорного обязательств. — М.: Статут, 2005. — С. 107.

Виходячи з того, що укладення державних контрактів є обов'язком для певного кола суб'єктів господарювання, логічним є і визнання необхідності реального виконання ними своїх обов'язків за договором. Враховуючи соціальне значення державних контрактів, відповідні зобов'язання мають припинятися належним і реальним виконанням, оскільки саме реальне виконання державним виконавцем свого обов'язку щодо поставки продукції, виконання робіт або надання послуг здатне забезпечувати задоволення певних суспільних потреб. З іншого боку, зобов'язання державного замовника по оплаті поставлених товарів, виконаних робіт, наданих послуг навряд чи може виконуватися інакше, аніж це передбачено контрактом (наприклад, переданням виконавцю будь-якого майна або заміна способу виконання), оскільки, по-перше, це пов'язане із цільовим використанням коштів Державного бюджету, а, по-друге, це може призводити до порушення прав суб'єкта господарювання.

До цього питання ми зверталися раніше, досліджуючи договірні відносини по зберіганню цінностей Державного матеріального резерву України¹. Юридичною підставою укладення договорів відповідального зберігання цінностей державного матеріального резерву слугує державне замовлення. Пунктом 5 ст. 5 Закону «Про державний матеріальний резерв» визначено, що щорічні обсяги поставок матеріальних цінностей до державного резерву, відповідно до затверджених Кабінетом Міністрів України рівнів накопичення, в першочерговому порядку плануються під час формування замовлень на поставку продукції для державних потреб і забезпечуються відповідними коштами за рахунок Державного бюджету України на поточний рік і коштами, отриманими від реалізації матеріальних цінностей державного резерву, що підлягають освіженню, позичанню та розбронюванню.

Договір відповідального зберігання є реальним і вважається укладеним з моменту передачі матеріальних цінностей на зберігання. Але якщо акта про приймання, що підтверджує

¹ Детальніше див.: *Беляневич О. А.* Проблемні питання договорів зберігання цінностей державного матеріального резерву (Вісник господарського судочинства. — 2003. — № 1. — С. 146—152.

факт прийняття зберігачем цінностей державного матеріального резерву, за часів СРСР було достатньо для підтвердження відповідних відносин, то в сучасних умовах такі відносини повинні набувати договірної форми. При цьому права та обов'язки сторін будуть зафіксовані комплектом документів: власне договором і приймальним актом відповідної форми. Якщо продукція була закладена на зберігання до 1997, 1998 рр., Держкомрезерв взагалі унікав укладення договорів зберігання¹, навіть якщо про це надходили пропозиції суб'єкта, що фактично зберігає відповідні цінності. В інших випадках, коли приймання продукції для зберігання відбувалося після 1998 р., Держкомрезерв фактично нав'язував зберігачеві стандартний текст договору, ігноруючи протоколи розбіжностей, що складаються зберігачами². Ігнорував наявні у справах протоколи розбіжностей і суд, хоча їх правова оцінка забезпечила б захист прав тих суб'єктів господарювання, які обслуговують державний матеріальний резерв. Так, у всіх договорах на відповідальне зберігання міститься пункт про оплату послуг зберігання: витрати зберігачів повинні *відшкодуватися* виходячи з певного розрахунку (наприклад, 1,5 грн. за тонно-місяць у 1998 р. та 2,5 грн. за тонно-місяць у 1999 р.) шляхом проведення заліку заборгованості між Держкомрезервом і Міненерго (через підвідомчі останньому підприємства). Взаємозалік дозволявся розпорядженням КМУ від 18 серпня 1998 р. № 673-р, прийнятим в режимі «ручного управління»³, яке суперечило положенням ст. 8 Закону України «Про державний матеріальний резерв»,

¹ Справи № 7/500 за 2001 р., № 8/22 за 2002 р., № 35/165 за 2002 р. (архів господарського суду міста Києва).

² Справи № 16/247 за 2000 р., № 15/50 за 2001 р., № 15/52 за 2001 р., № 15/39 за 2001 р., № 15/36 за 2001 р., 15/51 за 2001 р. (архів господарського суду міста Києва).

³ Цим розпорядженням Держкомрезерву було дозволено проводити розрахунки з хлібоприймальними підприємствами за зберігання зерна державного резерву шляхом здійснення взаємозаліків між цими підприємствами і енергогенеруючими компаніями за спожиту електроенергію зі зменшенням на відповідну суму боргу енергогенеруючих компаній перед Держкомрезервом за використані у 1998 р. вугілля, мазут, природний газ державного резерву. Такий взаємозалік повинен здійснюватися виходячи з фактичних витрат хлібоприймальних підприємств на зберігання зерна державного резерву з урахуванням по-

відповідно до якого поставка матеріальних цінностей до державного резерву і розміщення замовлень на їх поставку на підприємствах, в установах і організаціях незалежно від форм власності здійснюються в основному на підставі замовлень на поставку продукції для державних потреб з наступним відшкодуванням усіх витрат відповідальних зберігачів. Із змісту наявних у судових справах договорів на відповідальне зберігання і протоколів розбіжностей випливає, що проекти договорів доводилися Держкомрезервом хлібоприймальним комбінатам, які підписували ці договори із зазначенням про складений протокол розбіжностей і надсилали підписаний договір разом з протоколом розбіжностей Держкомрезерву. Ці розбіжності практично в усіх випадках стосувалися умови про відшкодування витрат по зберіганню (в редакції хлібоприймальних комбінатів умова по оплаті послуг визначалася «у вигляді *розрахунків* за зберігання грошовими коштами»), оскільки, як зазначали хлібоприймальні комбінати—виконавці державного замовлення, проведення взаємозаліків «не враховує виробничі інтереси підприємства, пов'язані з господарською діяльністю і пов'язується з неможливістю проведення планових платежів до бюджету, пенсійного фонду, виплати заробітної плати»¹.

З огляду на це, в Господарському кодексі України бажано закріпити норму про необхідність належного та реального виконання в натурі господарських зобов'язань за державними контрактами. Слід передбачити в цьому Кодексі застереження, які б виключали можливість передання суругату виконання у вигляді відступного за договорами у

датку на додану вартість, але не більше 2,5 грн. на місяць за одну тону. Порядок здійснення таких розрахунків було врегульовано наказом Держкомрезерву України, Міністерством фінансів України, Міністерством енергетики України, ДАК «Хліб України» від 27 серпня 1998 р. «Про затвердження механізму здійснення взаємозаліку між хлібоприймальними підприємствами за зберігання зерна держрезерву і енергогенеруючими компаніями за спожиту електроенергію». Якщо існування такої умови в договорах, укладених 1998 р., ще можна було пояснити відсутністю відповідного окремого рядка у Державному бюджеті на 1998 р., то, починаючи з 1999 р. щороку видатки на відшкодування витрат зберігачів державного матеріального резерву вже передбачалися у Держбюджеті окремим рядком.

¹ Справа № 15/36 за 2001 р. // Архів господарського суду міста Києва.

сфері державного господарювання (причому не тільки при виконанні державних контрактів, а й інших соціально-спрямованих договорів — оренди, концесії державного та комунального майна).

Загальна характеристика договорів у сфері державного господарювання була б неповною без звернення до питання про адміністративні договори.

Тривалий час справи у спорах, що виникають при укладенні, виконанні, зміні та розірванні господарських договорів за участю держави, відповідно до ст. 12 ГПК, були підвідомчі господарським судам. Статтею 3 КАС закріплено визначення адміністративного договору як дво- або багатосторонньої угоди, зміст якої складають права та обов'язки сторін, що впливають із владних управлінських функцій суб'єкта владних повноважень, котрий є однією із сторін угоди¹. Спори, що виникають з приводу укладення та виконання адміністративних договорів, віднесено до компетенції адміністративних судів (ст. 17 КАС). Такі законодавчі новели породили певні складнощі відносно розмежування юрисдикцій господарського й адміністративного судів щодо розгляду договірних спорів за участю держави, одним із прикладів чому може бути така справа. Рішенням господарського суду Автономної Республіки Крим від 14—20 грудня 2004 р. було задоволено позов суб'єкта підприємницької діяльності С. до Фонду майна Автономної Республіки Крим, Фонду державного майна України та державного підприємства «***» про зобов'язання продовжити дію договору оренди, визнання права на приватизацію та спонукання здійснити приватизацію. Після перегляду в апеляційному порядку зазначене рішення було оскаржено до Вищого господарського суду України, який ухвалою повернув касаційну скаргу у зв'язку із недотриманням вимог ст. 111-3 ГПК. Постановою Судової палати у господарських справах Верховного Суду України ухвалу ВГСУ скасовано,

¹ Навряд чи можна визнати правильним те, що процесуальний закон (КАС) вирішує термінологічні завдання щодо юридичних конструкцій матеріально-правової приналежності. Хоча в практичному сенсі зрозуміло, що законодавець тим самим прагнув окреслити коло відповідних публічно-правових спорів договірних «походження» як одну із складових предмета діяльності створюваного спеціалізованого суду.

а справу передано на розгляд до Вищого адміністративного суду України з посиланням на статті 241—243 КАС та п. 7 Прикінцевих і перехідних положень КАС. У постанові зазначено, що «касаційну скаргу до Вищого господарського суду подано органом приватизації — Фондом майна Автономної Республіки Крим, який є відповідачем по справі, пов'язаній із здійсненням Фондом функцій, передбачених законодавством про приватизацію майна та про оренду державного майна»¹. Таким чином, ВСУ кваліфікував орендні та приватизаційні відносини як публічно-правові (адміністративно-договірні).

Деякі питання теорії адміністративного договору піднімалися в адміністративістиці у 20-х роках минулого сторіччя², але впродовж наступних десятиріч ця тема була начебто табуована, хоча в 60-х роках і мали місце поодинокі спроби привернути увагу науковців до конструкції адміністративного договору³. Втім, судячи по крайній нечисленності інших друкованих робіт, успіху ці спроби не мали і не спричинили будь-якої помітної наукової дискусії. Серед іноземних джерел можна виділити праці французьких адміністративістів Ж. Веделя «Административное право Франции» (М.: Прогресс, 1973) та Г. Бребана «Французское административное право» (М.: Прогресс, 1988). Наразі теорія адміністративного договору залишається вкрай запутаною та дискусійною, свідченням чому є хоча б те, що за різних підходів до адміністративних договорів можуть бути віднесені найрізноманітніші договори різногалузевої приналежності (від трудового договору до міжнародного).

¹ Постанова Судової палати у господарських справах Верховного Суду України від 13 вересня 2005 р. по справі № 2-1/13704-04.

² Див.: *Елистратов А. И.* Очерк административного права. — Москва—Петроград: Госиздат, 1923. — С. 95—101; *Евтихийев А. Ф.* Основы советского административного права // Антологія української юридичної думки: В 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова) та ін. Т. 5: Поліцейське та адміністративне право; Упор.: Ю. І. Римаренко, В. Б. Авер'янов, І. Б. Усенко. — К.: Видавничий Дім «Юридична книга», 2003. — С. 485—486.

³ *Ямпольская Ц. А.* О теории административного договора // Советское государство и право. — 1966. — № 10. — С. 132—136; *Новоселов В. И.* К вопросу об административных договорах // Известия вузов. Правоведение. — 1969. — № 3. — С. 40—45.

У цілому застосування конструкції договору в адміністративному праві України, як і в інших галузях, не викликає жодних заперечень з огляду на її універсальність¹. Конструкція адміністративного договору знайшла визнання в актах законодавства Союзу РСР, прийнятих напередодні розпаду останнього².

У чинному законодавстві України можливість застосування адміністративного договору як інструменту владно-управлінської діяльності передбачається окремими законодавчими актами. Так, на підставі договорів органи місцевого самоврядування з урахуванням місцевих умов і особливостей можуть перерозподіляти між собою окремі повноваження та власні бюджетні кошти (ч. 7 ст. 16 Закону України «Про місцеве самоврядування» від 21 травня 1997 р.³). Статтею 18 цього ж Закону визначається, що відносини органів місцевого самоврядування з підприємствами, установами та організаціями, що не перебувають у комунальній власності відповідних територіальних громад, будуються на *договірній* і податковій основі та на засадах підконтрольності у межах повноважень, наданих органам місцевого самоврядування законом.

¹ Як справедливо зазначала Ц. А. Ямпольська, нерівність сторін не означає ані безправ'я для однієї сторони, ані можливості чинити свавілля — для іншої. Якщо ніхто не вбачає одіозності у нерівності сторін в адміністративних правовідносинах, то чому слід відшукувати щось суперечливе ідеї права в конструкції адміністративного договору, адже вона, навіть за умови нерівності сторін, є більш демократичною, аніж конструкція правовідносин, що виникає на базі односторонніх владних дій (*Ямпольская Ц. А. О теории административного договора // Советское государство и право. — 1966. — № 10. — С. 134*).

² Статтею 6 Закону СРСР від 10 квітня 1990 р. «Про основи економічних відносин Союзу РСР, союзних та автономних республік» було передбачено, що економічні зв'язки Союзу РСР, союзних та автономних республік, не передбачені відповідним законодавством, регулюються на договірній основі. На основі договорів вирішуються питання міжреспубліканського обміну та передачі майна, що знаходиться у власності цих суб'єктів, створюються спільні підприємства, організації, установи та єдині органи управління, формуються фонди для спільного вирішення соціально-економічних завдань тощо. (Ведомости Съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР. — 1990. — № 16. — Ст. 270).

³ ВВР. — 1997. — № 24. — Ст. 170.

Відповідно до ст. 3 Закону України «Про стимулювання розвитку регіонів» від 8 вересня 2005 р.¹, на договірній (узгоджувальній) основі здійснюється діяльність центральних та місцевих органів виконавчої влади і органів місцевого самоврядування у сфері державного стимулювання розвитку регіонів, виконання регіональних стратегій розвитку. Сторонами угод щодо регіонального розвитку є КМУ та ВР АРК, обласні, Київська, Севастопольська міські ради. Статтею 4 цього ж Закону встановлено вимоги щодо змісту таких угод, передбачено їх типову форму, яка має бути затверджена КМУ, підстави її припинення, в тому числі і можливість оскарження в судовому порядку рішення однієї із сторін угоди щодо регіонального розвитку про дострокове припинення її дії.

Укладення міжвідомчих угод між Національним банком України, Державною комісією з цінних паперів та фондового ринку і спеціальним уповноваженим органом виконавчої влади у сфері регулювання ринків фінансових послуг, яким на цей час є Державна комісія з регулювання ринку фінансових послуг, з метою співпраці та координації своєї діяльності у сфері державного регулювання ринків фінансових послуг передбачається ст. 22 Закону України від 12 липня 2001 р. «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг»².

Як зазначається в сучасних дослідженнях, адміністративні договори в публічно-правовій сфері виконують функцію управління (зокрема, координації, підпорядкування, організації, розподілу) з метою взаємного задоволення публічних інтересів³. Основними характеристиками адміністративного (публічно-правового) договору є: 1) обов'язкова наявність в договорі суб'єкта публічно-правових відносин, наділених насамперед владними повноваженнями (державна, її органи, органи місцевого самоврядування, міжнародні організації тощо); статус другої сторони може бути іншим, але в публічно-правовій сфері така особа повинна бути

¹ Урядовий кур'єр. — 12 жовтня 2005 р. — № 193.

² ВВР. — 2002. — № 1. — Ст. 1.

³ Бахрах Д. Н., Россинский Б. В., Стариков Ю. Н. Административное право: Учебник для вузов. — 2-е изд., изм. и доп. — М.: Норма, 2005. — С. 398.

носієм певних владно-регулюючих функцій або певних суспільних інтересів (територіальне, професійне та інше самоуправління); 2) предметом публічного договору є питання владарювання, управління та самоуправління, причому не всі, але лише ті, що допускають договірну форму регулювання¹.

В українському правознавстві адміністративні договори на монографічному рівні були досліджені К. К. Афанасьєвим, який визначив адміністративні договори як добровільну угоду двох чи більше суб'єктів адміністративного права (один чи більше з яких наділений власними або делегованими повноваженнями у сфері державного управління з приводу вирішення питань *виконавчого та розпорядчого характеру*), яка укладена у формі правового акта, що встановлює (припиняє, змінює) їх взаємні права та відповідальність. Оцінюючи регулятивні можливості адміністративного договору як правового акта у сфері державного управління, автор виходить з того, що використання адміністративних договорів є скоріше винятком, аніж правилом, а їх обсяг — незначним серед нормативних актів управління². На перший погляд К. К. Афанасьєв правий, коли, пов'язуючи можливість укладення адміністративного договору з наявністю адміністративного розсуду, зазначає, що такий розсуд може мати місце тоді, коли адміністрація для розв'язання правової ситуації *може вибирати*

¹ З урахуванням суб'єктів і змісту публічно-правових договорів виділяються засновницькі договори (які регулюють інституційні питання статусу держав, їх об'єднань, взаємовідносин між суб'єктами федерації, статус державних органів), компетенційно-розмежувальні угоди, угоди про делегування повноважень, програмно-політичні договори про дружбу та співробітництво, функціонально-управлінські угоди (суб'єктами яких є уряди, міністерства та відомства і які встановлюють спільні завдання, сфери співробітництва, способи спільного вирішення завдань тощо), договори між державними та недержавними структурами (наприклад, професіональними спілками), договори про громадянську згоду, міжнародні договори (Тихомиров Ю. А. Публичное право: Учебник. — М.: Изд-во «БЕК», 1995. — С. 183—198).

² Афанасьєв К. К. Адміністративні договори: реалії та перспективи: Монографія / МВС України, Луган. акад. внутр. справ ім. 10-річчя незалежності України; Наук. ред. канд. юрид. наук, проф. Ю. П. Битяк. — Луганськ: РВВ ЛАВС, 2004. — С. 15, 89.

(курсив наш. — О. Б.) з кількох варіантів рішень, якщо норма права однозначно не детермінує в однаковий спосіб правового наслідку, а лише уповноважує адміністративний орган (посадову особу) зробити вибір¹. Але детальний аналіз чинного господарського законодавства України свідчить про схоластичність такого підходу. Договірна форма певних відносин, якщо і визнається законодавством для використання державним органом управління, то не як одна з можливих, а скоріше як обов'язкова (наприклад, укладення Фондом державного майна України, його регіональними відділеннями та представництвами договорів оренди державного майна).

Вочевидь, договірне регулювання не може розмивати адміністративно-правовий масив з огляду на ч. 2 ст. 6 Конституції України, яка встановлює, що органи законодавчої, виконавчої та судової влади здійснюють свої повноваження у встановлених Конституцією межах і відповідно до законів України, та на ч. 2 ст. 19 Конституції України, відповідно до якої органи державної влади та місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією й законами України. І якщо не породжує сумніву сформульована К. К. Афанасьєвим мета адміністративного договору (необхідність підвищення ефективності управлінської діяльності держави за рахунок взаємодії та співпраці органів управління з іншими фізичними та юридичними особами, тобто використання їх управлінського потенціалу для найшвидшого досягнення запланованого суспільно-значущого результату), то позиція автора стосовно такої складової цієї мети, як забезпечення режиму законності в діяльності органів влади *за наявності прогалин у законодавстві* (курсив наш. — О. Б.), уявляється небезпечною і такою, що суперечить законодавству України². Наявні в законодавстві «лакуни» щодо повноважень державного органу (якщо взагалі про відсутність певних повноважень можна говорити, як про «лакуни»), не можуть бути усунені або подолані цим державним органом у договірний

¹ Там само. — С. 67.

² Там само. — С. 227.

спосіб. Допущення договірної саморегуляції в адміністративних відносинах у такій трактовці не просто розмиває межі законності дій державного органу (адже при прийнятті відповідних рішень орган управління в найкращому випадку може керуватися міркуваннями доцільності або корпоративними інтересами, а не законом), а й може їх зруйнувати.

На наш погляд, сучасна українська теорія адміністративного договору значною мірою тяжіє до спрощення, можливо, через тенденції реформування системи права України на основі дихотомії «публічне—приватне». Ці тенденції виявилися і в нормі ч. 1 ст. 2 КАС, яка визначає захист прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб у сфері *публічно-правових відносин* завданням адміністративного судочинства, і в літературі, коли адміністративними визнаються всі договори, які укладаються за участю уповноважених органів держави або органів місцевого самоврядування (державні контракти на поставку продукції для державних потреб, договори зберігання цінностей державного матеріального резерву, договори оренди державного та комунального майна, концесійні договори, приватизаційні договори тощо)¹. Разом з тим, як це не дивно, без спеціального обґрунтування висловлюються пропозиції про доцільність використання в регулюванні адміністративних договорів (тобто публічно-правових за термінологією КАС) загальних положень договірного права, встановлених цивільним законодавством (про форму договору та наслідки її недотримання, підстави недійсності, відповідальність тощо)².

Іншою причиною покvapливого запровадження в законодавство України адміністративного договору з недостатньо чітко окресленим обсягом цього поняття, як уявляється, є достатньо виражене прагнення до запозичення іноземного досвіду, іноді мало опрацьованого та усвідомленого. Зокрема, доктрина адміністративного договору, досить роз-

¹ Афанасьєв К. К. Адміністративні договори: реалії та перспективи. — С. 134; Харитонова О. І. Адміністративно-правові відносини (проблеми теорії). — С. 264.

² Там само. — С. 265.

винена у французькій адміністративістиці, є незвичною і складною для сприйняття у традиційних для українського правознавства термінах і поняттях. Насамперед, незвичним і доволі дивним для українського правознавця може бути те, що, як вказує Ж. Ведель, при укладенні договорів з приватними особами адміністрація *може зробити вибір*: скористатися положеннями Цивільного кодексу або підпорядкувати свої дії специфічному правовому режиму. У деяких випадках законодавець сам визначає природу договору, встановлюючи судовий орган, який має вирішувати спори з такого договору. Але в більшості випадків існують численні договори адміністрацій, які не можуть бути віднесені до задалегідь визначеної категорії договорів.

Розрізняють кілька критеріїв адміністративного договору: 1) критерій *мети публічної служби*, який означає, що саме здійснення публічної служби було доручено приватній особі; 2) договір, укладений особою публічного права, стає адміністративним і тоді, коли він не має відношення до публічної служби, а містить умову, яка виходить за рамки загального права, тобто цивільних або торгових законів. Важливо підкреслити, що існує *презумпція приватноправового характеру* договорів, що укладаються адміністративними публічними службами. Сторона, яка вважає, що договір має адміністративний характер, повинна надати докази цьому. Головним наслідком цієї презумпції є те, що договори, укладені публічними службами промислового або торгового характеру, розглядаються здебільшого як приватноправові. Більш того, практика французьких судів пішла далі і стала визнавати такі договори приватноправовими, незалежно від наявності умови, що виходить за межі загального права. Іншими словами, відносно угод публічних служб промислового та торгового характеру та їх клієнтурою презумпція приватноправового характеру перетворилася на таку, що не може бути спростована¹.

Отже, за недостатнім теоретичним обґрунтуванням цього питання введення до законодавства України дискусійного поняття «адміністративний договір» та, що найважливі-

¹ Детально про адміністративні договори див.: *Ведель Ж.* Административное право Франции. — М.: Прогресс, 1973. — С. 164—185.

ше, визнання його одним з матеріально-правових критеріїв спору, який підлягає вирішенню адміністративними судами, є передчасним.

На наш погляд, на сьогодні, враховуючи стан теоретичної проробки питання про адміністративні договори, до останніх можна віднести договори між суб'єктами владних повноважень, як підпорядкованих, так і непідпорядкованих один одному, які (договори) дозволяють вирішувати питання координації дій цих суб'єктів для ефективного здійснення ними визначених законодавством функцій. Тобто об'єктом адміністративних договорів можуть бути визнані дії *організаційного (управлінського)* характеру між суб'єктами владних повноважень незалежно від характеру зв'язку між ними, а метою — підвищення ефективності *виконавчої діяльності* як специфічного виду державного управління. Особливості ж правового регулювання таких договорів повинні бути розроблені, насамперед, на доктринальному рівні наукою адміністративного права.

Порівняння адміністративного договору з господарськими договорами за участю держави дає підстави стверджувати, що останні мають інший об'єкт і іншу мету. Господарські договори у сфері державного господарювання опосередковують не управлінські відносини між органом держави та суб'єктом господарювання, а господарську діяльність по виготовленню та реалізації продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, і пов'язані із реалізацією державою своїх повноважень власника та функцій по забезпеченню життєдіяльності суспільства. Договори у сфері державного господарювання не породжують для сторін прав і обов'язків адміністративного характеру (хоча окремі умови організаційного характеру і входять до їх змісту), тобто, з огляду на зміст п. 13 ст. 3 КАС, права та обов'язки сторін в таких договорах не впливають із владних управлінських функцій. Об'єктом господарського договору за участю держави є не дії управлінського характеру, а дії по передачі майна, виконанню робіт, наданню послуг, а на їх законодавчо визначену мету ми неодноразово вже звертали увагу в цій роботі. Суб'єкт господарської діяльності, який господарює на основі майна виробничого призначення, що перебуває у державній чи

комунальній власності (оренда, концесія), або здійснює поставки товарів, виконання робіт, надання послуг для державних потреб, є *активною* стороною в таких договорах, і переслідує власну *мету отримання прибутку* від здійснення своєї господарської/підприємницької діяльності¹.

Слід звернути увагу і на такий момент. Відповідно до ст. 17 КАС, до компетенції адміністративних судів віднесено спори фізичних (юридичних) осіб із суб'єктом владних повноважень щодо оскарження його рішень (нормативно-правових актів чи правових актів індивідуальної дії), дій чи бездіяльності. Відповідно до ч. 2 ст. 20 ГК, права та законні інтереси суб'єктів господарювання захищаються, зокрема, шляхом визнання повністю або частково недійсним актів органів державної влади та органів місцевого самоврядування. Особливості господарських договірних відносин, що виникають за участю держави, зумовлюють звернення до господарського суду сторін договору не тільки з позовними вимогами, пов'язаними з укладенням, виконанням, зміною, розірванням таких договорів, а й вимогами щодо визнання недійсними актів (як, зокрема, в договірних відносинах приватизації державного та комунального майна). За правилами ч. 3 ст. 21 КАС, не допускається об'єднання в одне провадження кількох вимог, які належить розглядати в порядку різного судочинства, якщо інше не встановлено законом. Це означає, що єдиний по своїй суті господарський спір, що виникає з договірних відносин за участю держави, може штучно розриватися на дві частини: про визнання недійсним акта державного чи іншого органу та

¹ До речі, природа концесійного договору досить ретельно досліджувалася в російському дореволюційному правознавстві, зокрема проф. Л.С. Талем. Оскільки це питання заслуговує на окрему увагу, зазначимо лише те, що концесійний договір був визначений ним як змішана угода, що складається з різнорідних елементів: 1) з адміністративного акта, яким концесіонер допускається до обслуговування місцевих потреб, яке є одним з обов'язків і предметів відання міської установи, але добровільно взятому на себе концесіонером на певних умовах; 2) з приватноправового договору, який встановлює майнові права та обов'язки сторін. Відповідно з концесійного договору випливають одночасно і публічні, і цивільні правовідносини (детальніше див.: *Таль Л. С. Концессионные договоры городских общественных управлений // Вестник гражданского права. — 1915. — № 7. — С. 13—51*).

власне майновий або немайновий спір (наприклад, про зміну умов договору). Очевидно, що це не сприятиме як всебічному розгляду справи, так і, насамперед, ефективності та швидкості відновлення порушених прав або законних інтересів як суб'єктів господарювання, так і держави. Крім того, подання до адміністративного суду державою в особі її органів позовів *проти* суб'єкта господарювання у зв'язку з укладенням, виконанням, зміною та розірванням таких договорів, як уявляється, суперечитиме самій ідеї адміністративної юстиції: захисту прав та інтересів громадянина *від порушень з боку держави*, але ж ніяк не навпаки.

Враховання світового досвіду створення адміністративної юстиції є одним з чинників визначення напрямку реформування вітчизняної судової системи, але при цьому повинні враховуватися національні, в тому числі історичні, особливості її структурної розбудови та функціонування, зневажливе ставлення до яких призводитиме до негативних наслідків.

Підсумовуючи викладене, зазначимо, що віднесення договорів у сфері державного господарювання до адміністративних і включення спорів, що виникають в такого роду договірних відносинах, до предмета діяльності адміністративних судів не має достатніх підстав як *de lege lata*, так і *de lege ferenda*.

3.5. Питання тлумачення господарських договорів

Питання тлумачення договорів до останнього часу не було предметом уваги у вітчизняній літературі, хоча тлумачення правових текстів будь-якого виду, обсягу та якості посідає важливе місце у повсякденній діяльності юриста. Достатньо розвинуті теорії тлумачення склалися ще в античній юриспруденції під назвами герменевтики¹ (Греція) або доктрини інтерпретації (Рим), і значною мірою вони спирали-

¹ Герменевтика (від гр. *hermeneutike* — мистецтво тлумачення) — це сукупність пізнавальних засобів, назва яких пов'язана з іменем бога Гермеса, який доводив до олімпійців прохання людей і роз'яснював людям глибинні смисли велень богів.

ся на вчення Арістотеля про логіку. У філософії ХХ ст. тема герменевтики — теорії розуміння й тлумачення текстів і феноменів культури як умова осмислення соціального буття — стала однією з найпопулярніших. У загальнонауковому плані в тлумаченні розрізняють процес, результат і метод розуміння, іншими словами, герменевтика є не тільки теорією, яка пояснює процес та умови розуміння, а й методологією, вченням про операції, які потрібно здійснити для ефективного розуміння певного тексту (будь-якої організованої єдиною темою послідовності висловлювань незалежно від форми — усної чи письмової). У методології герменевтики центральним є питання про те, як людина, по-перше, може зрозуміти смисл суцього, дійсного та належного, по-друге, якими є межі свободи інтерпретації¹. Питання про способи розуміння та межі розуміння набуває особливого значення у сфері юридичної герменевтики. У філософській літературі юридична герменевтика визначається як нормативна дисципліна, яка виконує догматичну функцію доповнення права і спрямовується на подолання неминучої дистанції між загальною нормою та конкретністю окремої життєвої ситуації, а тому завданням витлумачення є завдання конкретизації закону².

Питання юридичного тлумачення (а саме так за вітчизняною традицією визначається розкриття змісту закону, правових норм) були предметом дослідження загальної теорії права стосовно тлумачення права, тобто з'ясування та роз'яснення волі законодавця, яка виражена в нормативно-правових актах³.

¹ Див. Бачинин В. А., Сальников В. П. *Філософія права: Краткий словарь*. — СПб., 2000. — С. 63—64.

² Докладніше про значення юридичної герменевтики див., зокрема: Гадамер Г.-Г. *Істина і метод* / Пер. з нім. Т. I: Герменевтика I: Основи філософської герменевтики. — К.: Юніверс, 2000. — С. 301—306; Гадамер Г.-Г. *Класична і філософська герменевтика* / Істина і метод: Пер. з нім. Т. II: Герменевтика II: Основи філософської герменевтики. Доповнення, покажчики. — К.: Юніверс, 2000. — С. 99.

³ Питання тлумачення норм права розглядалися Є. В. Васьковським (*Цивилистическая методология: Учение о толковании и применении гражданских законов*. — М.: Центр ЮрИнфоР, 2002), П. О. Недбайлом (*Применение советских правовых норм*. — М., Госиздат юрид. лит., 1960), В. В. Лазарєвим (*Пробелы в праве и пути их устранения*. — М.:

Необхідність тлумачення права зумовлюється об'єктивними та суб'єктивними причинами. Закон як акт обов'язкової сили повинен застосовуватися в межах волі законодавця, що виражена текстуально, але іноді буквально застосування норми закону стає проблематичним через існуючу різноманітність відносин між суб'єктами права, вся конкретика яких не може і не повинна врегульовуватися на рівні закону, а також тоді, коли воля законодавця не має максимально точного й однозначного вияву і закріплення у тексті нормативно-правового акта.

У теорії права сформульовано основні способи тлумачення, тобто прийоми, які ґрунтуються на даних певної галузі знань і використовуються при розкритті змісту юридичних норм у цілях їх практичної реалізації: *граматичне* тлумачення, що передбачає з'ясування слів і термінів, використаних в нормативно-правовому акті, змісту речення (зіставлення граматичних форм слів — рід, відмінок, число), виявлення зв'язку між словами та реченням, з'ясування синтаксичної та морфологічної структури речення (наявність розділових знаків, сполучників тощо); *логічне* тлумачення щодо наявності логічного зв'язку між окремими положеннями закону за правилами формальної логіки; *системне* тлумачення як з'ясування змісту правових норм в їх взаємному зв'язку, з їх місцем і значенням у конкретно-нормативному акті, інституті, галузі права в цілому; *спеціально-юридичне* тлумачення, що передбачає дослідження техніко-юридичних засобів і прийомів вираження волі законодавця; телеологічне (цільове) тлумачення, спрямоване на встановлення цілей видання того чи іншого акта (безпосередніх, віддалених, кінцевих); *історико-політичне* тлумачення, спрямоване на вивчення історичних обставин і соціальних, економічних та політичних факторів, які

Юрид. лит., 1974), А. С. Піголкіним (Толкование нормативных актов в СССР. — М., 1962), О. Ф. Черданцевим (Толкование советского права (Теория и практика). — М.: Юрид. лит., 1979; Толкование права и договора: Учеб. пособие для вузов. — М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2003.), Ю. М. Тодикою (Тлумачення Конституції і законів України (Теорія та практика): Монографія. — Харків: Факт, 2001), Ю. Л. Власовим (Проблеми тлумачення норм права: Монографія. — К.: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2001) та іншими вченими.

зумовили видання акта; *функціональне* тлумачення, яке передбачає системне врахування умов і фактів, за яких реалізується правова норма¹.

Залежно від цільового призначення необхідно розрізняють тлумачення, що провадиться з метою з'ясування норми права (так би мовити «для себе». — О. Б.), та тлумачення, що здійснюють для роз'яснення норми права іншим суб'єктам, тобто процес тлумачення спрямований на доведення дійсного змісту правової норми до третіх осіб². Найбільш типовим тлумаченням другого виду є казуальне тлумачення норми права, що здійснюється, зокрема, господарськими судами при розгляді господарського спору і спрямоване на прийняття законного й обґрунтованого рішення по справі.

Способи тлумачення норми права, напрацьовані теорією права, можуть використовуватися і при тлумаченні договорів. Причому придатність (або, навпаки, непридатність) окремих способів тлумачення норм права для з'ясування змісту договору зумовлюється специфікою договору як акта правореалізації та його відмінностями від актів правотворчості. Як зазначав Д. І. Мейєр, загальні засади відшукування волі в угоді почасти закладені в законодавстві, почасти в законах людського мислення, і є схожими із засобами тлумачення законів. Як закон виражає волю законодавця, так само угода виражає волю її сторін. І в законі, і в угоді виявляється невидима сила, яка підлягає однаковому розумінню. Корінне ж правило для юриста полягає в тому, щоб усіляким чином підтримувати угоду, оскільки не можна припускати, що її учасники діяли марно, а, навпаки, необхідно дати місце припущенню, що вони бажали постановити дещо дійсне³. У зв'язку з цим слід звер-

¹ Див.: Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. — М.: Юрист, 1997. — С. 445—447; Проблемы общей теории права и государства: Учебник для вузов / Под общ. ред. В. С. Нерсесянца. — М.: Изд. группа НОРМА-ИНФРА-М, 1999. — С. 450—451; Алексеев С. С. Право: азбука-теория-философия: Опыт комплексного исследования. — М.: Статут, 1999. — С. 131—137; Тодика Ю. М. Тлумачення Конституції і законів України: теорія та практика: Монографія. — Харків: Факт, 2001. — С. 122—132.

² Власов Ю. Л. Проблеми тлумачення норм права: Монографія. — К.: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2001. — С. 32.

³ Мейєр Д. И. Русское гражданское право. Ч. 1. — М.: Статут, 1997. — 211 с.

нути увагу, що за змістом ст. 213 ЦК для тлумачення правочинів застосовуються граматичний, системний і функціональний способи тлумачення.

Герменевтичні проблеми господарського договірного права належать до числа тих, які очікують всебічної та глибокої проробки. І хоча на сьогодні тлумачення господарських договорів має здійснюватися за правилами ЦК, особливості інтерпретації господарських договорів повинні зумовлюватися цілями їх правового регулювання.

Проблема тлумачення господарських договорів розглядатиметься нами, насамперед, під кутом зору тлумачення господарського договору, яке здійснюється в судовому порядку. В сучасних умовах господарювання тлумачення договорів судами набуває особливого значення, чому сприяє загальнодозвільний тип правового регулювання. За радянських часів в умовах централізованого управління економікою, коли господарський договір був досить жорсткою нормативною конструкцією, оскільки сторони були зобов'язані керуватися розпорядженнями актів планування та нормами права, які регулюють той чи інший вид договору, проблема тлумачення договору як така не була актуальною. В умовах ринкової економіки господарський договір є основним засобом організації відносин між суб'єктами господарювання та важливим інструментом правової організації господарського життя суспільства в цілому. Господарський договір як гнучкий правовий регулятор дає змогу враховувати специфіку окремого господарського зв'язку та узгодити його з типізованими моделями організації господарських зв'язків того чи іншого виду, а також із загальнонормативним режимом правового регулювання. Договірна саморегуляція надає обов'язковості специфічному порядку дій контрагентів, завдяки чому стає можливим подолання протиріч між інтересами суб'єктів господарювання та типізованими законодавчими моделями їх відносин.

Особливістю судового тлумачення договорів є те, що господарський суд як орган правозастосування повинен пізнати відповідність чи невідповідність юридичної практики (і господарського договору як акта правореалізації) цілям суспільного розвитку та завданням правового регулювання шляхом порівняння конкретної правової дійсності із загальни-

ми положеннями відправних норм господарського договір-ного права. Відбувається, таким чином, зіставлення актів реалізації права із загальними соціально-політичними та правовими цінностями, проголошеними у вихідних нормах¹.

Термін «тлумачення» пояснюється теорією права неодно-значно — і як певний інтелектуальний процес, спрямований на встановлення смислу норм права, і як результат такого процесу, що виражається в сукупності суджень (граматич-них речень), в яких розкривається смисл норм, що тлума-чаться². Таке розуміння тлумачення в цілому можна поши-рити й на тлумачення договору. Але на відміну від тлумачен-ня норми права метою тлумачення господарських договорів як угод, спрямованих на встановлення господарських пра-вовідносин є встановлення і пояснення істинного правового змісту (смислу) договору, справжнього наміру сторін, пись-мовим виразом якого є текст договору.

У практиці ділового обігу така потреба виникає досить часто, коли необхідно встановити відповідність між волею контрагентів та її волевиявленням, зокрема, при недостат-ньо повному або нечіткому формулюванні окремих умов договору, при виникненні суперечностей між контрагента-ми стосовно сутності договору, порядку та способу виконан-ня договірних зобов'язань, при використанні в договорі незрозумілих термінів тощо, тобто тоді, коли сторони при вик-ладенні умов договору або не звернули увагу на редакцію договору в цілому чи окремих його частин, або, встановлю-ючи певні умови, розуміли їх неоднаково.

У ЦК УРСР 1963 р. положення про тлумачення договорів відсутні, не було їх і в ЦК РРФСР 1922 р., через що увагу тлумаченню договорів вітчизняними науковцями майже не приділяли. Уперше в радянському законодавстві норми про тлумачення договорів були сформульовані у ст. 59 Основ цивільного законодавства Союзу РСР та союзних республік 1991 р., які на території України чинності не набули. У чин-ному ЦК України правила тлумачення правочинів викла-

¹ Нормы советского права. Проблемы теории / Под ред. М. И. Байтина и В. К. Бабаева. — Саратов: Изд-во Саратовского ун-та, 1987. — С. 230.

² Общая теория государства и права: Академический курс в 2 т. / Под ред. проф. М. Н. Марченко. Т. 2. Теория права. — М.: Зерцало, 1998. — С. 323.

дені у ст. 213, а у ст. 637 міститься відсилочна норма про тлумачення умов договору за правилами ст. 213 ЦК.

Проблема невідповідності або суперечності між зовнішнім виразом договору і тим, що сторона дійсно мала на увазі, належить до одних із найстаріших в юриспруденції. Протягом багатьох сторіч у законодавстві та судовій практиці різних країн формувалися основні теорії тлумачення договорів: теорія волевиявлення («текстуалізму») та теорія волі («суб'єктивістська»)¹. У літературі суб'єктивна та об'єктивна теорії тлумачення визначаються також як статична та динамічна тенденції тлумачення. Статичний підхід до тлумачення відрізняється несприйняттям можливості коригування у процесі тлумачення норм з метою їх пристосування до умов життя, які змінилися: зміст норм права з моменту їх прийняття законодавцем залишається незмінним, усталеним. Динамічний підхід як головна цінність правового життя визнає мінливість змісту норм права незалежно від законодавця, можливість пристосування норм до нових економічних, політичних, культурних потреб суспільства. Причому динамічний підхід до тлумачення зумовлюється, насамперед, станом законодавства і станом «адекватності права життю»².

Теорія волевиявлення (*interpretatio secundum verba*) сягає коріннями в Закони XII таблиць. В архаїчні часи вирішальну роль відіграло об'єктивне значення слів, форма, навіть якщо вона і не збігалася з волею діючої особи. До появи договорів *bona fidei* (добросовісних) тлумачення волі сторін при укладенні договорів не було складним. Внутрішня воля сторін не мала юридичної сили, силу мала лише виявлена воля; форма повністю поглинала волю³. Так, за

¹ З огляду на це вважаємо за можливе дещо уточнити думку О. О. Мережка про те, що Гуго Гроцій та Емер де Ваттель є засновниками відповідно суб'єктивістської теорії та теорії текстуалізму в міжнародному публічному праві, оскільки вони є скоріш продовжувачами усталених правових традицій — але вже в міжнародному публічному праві (див.: Мережка А. А. *Lex mercatoria: теория и принципы транснационального торгового права*. — К.: Таксон, 1999. — С. 185—186).

² Черданцев А. Ф. *Толкование советского права (Теория и практика)*. — М.: Юрид. лит., 1979. — С. 32—33.

³ Пухан Иво, *Поленак-Акимовская Мирьяна*. *Римское право (базовый учебник)* / Под ред. проф. В. А. Томсинова. — М.: Зерцало, 2000. — С. 222, 227.

текстами таблиці VI, якщо хтось укладає угоду самозастави або відчуження речі (у присутності п'яти свідків і вагаря), то нехай *слова*, що проголошуються при цьому, вважаються непорушними; крім того, (для підтвердження існування зобов'язання. — О. Б.) достатньо було надати докази того, що було проголошено при укладенні угоди, а той, хто відмовлявся від своїх слів підлягав штрафу удвічі¹.

Лише при неформальних юридичних діях, заснованих на договорах *bona fides*, більше уваги стало приділятися суб'єктивному моменту, на що значною мірою вплинула й елліністична риторика². Для теорії волі (*interpretatio secundum voluntatem*), що почала формуватися з появою договорів *bona fidei*, головним вважалося не тільки і не стільки те, про що сторони заявили при укладенні договорів, але, насамперед, те, чого вони дійсно прагнули, вступаючи у договірні відносини. У класичному римському праві теорія волі була другою, й застосовувалася лише тоді, коли інтерпретації волевиявлення сторін виявлялося недостатньо.

Поступово правило «Знати закони — означає сприймати не їх слова, але їх зміст і значення» (D 1, 3, 17)³, яким керувалися римські юристи при тлумаченні законів, було поширене і на сферу тлумачення договорів⁴.

¹ Памятники римського права: Закони XII таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана. — М.: Зерцало, 1997. — С. 8.

² Навчання та дослідження слід здійснювати не на підставі імен та слів, а набагато більше — на підставі сутності (Платон); треба звертати увагу не на слово (*logos*), а на намір (*diapnoia*) (Арістотель) (Цит. за вид.: Римское частное право / Под ред. И. Б. Новицкого и И. С. Перетерского. — М., 1948. — С. 335).

³ Памятники римського права. Закони XII таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана. — М.: Зерцало, 1997. — С. 167.

⁴ Поворотним пунктом в історії боротьби між словом і волею дослідники вважають гучний спадковий процес — *causa Curiana* (90 р. до н. е.), який було описано Цицероном у творі «Про оратора». Суть справи полягала в тому, що хтось залишив заповіт, де записав: «Якщо у мене народиться син і він помре, не досягши повноліття, я бажаю, щоб Курій був моїм спадкоємцем». Склалося так, що син не народився. Відомий юрист старої школи, колишній консул і верховний жрець Квінт Муцій Сцевола, що виступав на процесі як адвокат спадкоємців за законом, доводив, що за буквального текстом заповіту Курій у ситуації, що склалася, взагалі не має права на спадщину, через що вона має перейти до законних спадкоємців. Не менш відомий Луцій Ліциній Красс — держав-

Остаточно утвердилася теорія волі в посткласичному римському праві, свідченням чому Дигести Юстиніана. Саме з цього часу граматичне значення слів стало тільки відправним моментом при з'ясуванні змісту договірних зобов'язань, але дійсна воля сторін і справжній зміст договорів виводилися з цілого комплексу обставин, які передували договору й супроводжували його¹. Щоправда, романісти зазначають, що в посткласичному періоді при повному звільненні форми та під впливом пізніх елліністичних і теологічних вчень тлумачення договорів все більше піддавалося надмірній суб'єктивності, перетворюючись на якесь «поблажливе» тлумачення («виключно прихильне рішення»)².

У подальшому теорії волі та волевиявлення втілилися в цивільне законодавство країн континентальної Європи досить своєрідно, іноді — суперечливо. Й. О. Покровський зазначав, що протягом першої половини ХІХ ст. загальна думка юриспруденції віддавала перевагу теорії волі виходячи з того, що сила будь-якої угоди полягає в істинній волі сторін; там, де такої волі немає, не може бути й юридичного ефекту договору: є тільки видимість останнього, а не його сутність. З другої ж половини ХІХ ст. «вольова» теорія стала все частіше піддаватися критиці³.

Саме теорія волі була покладена в основу правил тлумачення договорів, викладених у статтях 1156—1162 Кодексу Наполеона⁴. Так, відповідно до ст. 1156, при розгляді угод

ний діяч, блискучий оратор і знавець права, який захищав інтереси Курія, посилався на волю заповідача, на смисл заповіту. Квінт Муцій Сцевола відстоював древні формули права, доводив необхідність додержання консервативних засад у цивільному праві, зазначаючи, що «було б пасткою для народу, знехтувавши написаним текстом, займатися пошуком уявленої волі заповідача». Аргументація Красса була протилежною, і доводив він, що «саме в словах і є пастка, якщо залишити поза увагою волю» (Римское частное право / Под ред. И. Б. Новицкого и И. С. Перетерского. — С. 334, 335). Позицію Луція Ліцинія Красса (який переміг у цьому процесі) про те, що «нічого путнього не вийде, якщо ми будемо керуватися словами, а не суттю», підтримав і Цицерон.

¹ Пухан Иво, Поленак-Акимовская Мирьяна. Знач. праця. — С. 227.

² Бартошек М. Римское право: Понятия, термины, определения / Пер. с чешск. — М.: Юрид. лит., 1989. — С. 56, 160.

³ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. — М.: Статут, 1998. — С. 246.

⁴ Гражданское, торговое и семейное право капиталистических стран. — М.: УДН, 1986. — С. 18—106.

необхідно в першу чергу досліджувати двосторонні наміри сторін, що домовляються, а не спинятися на буквальному значенні висловів. Якщо ж будь-яка умова договору може розумітися подвійно, то перевагу слід віддавати тому значенню, в якому воно може тягти за собою правові наслідки, а не в тому, яке б спричинило недійсність договору (ст. 1157). У разі сумніву угоди повинні тлумачитися на користь боржника і проти кредитора (ст. 1162), у договорах купівлі-продажу — проти продавця (ст. 1602). (Порівняймо з висловом Лабейона: «темнота» договору повинна скоріш шкодити продавцю, який так висловився, аніж покупцю, оскільки продавець до укладення угоди міг висловитися точніше», — (D 18, 1, 21¹). Значно пізніше, 1981 року, Касаційний суд Франції, який є вищою ланкою системи загальних судів, роз'яснив, що суди першої інстанції зовсім не зобов'язані слідувати цим правилам, якщо для прийняття рішення по справах, що розглядаються, необхідно вдатися до тлумачення. З приводу цього дослідники зазначають, що складається враження, наче суддя звертається лише останнім числом до встановлених законом правил тлумачення, причому тільки до тих, які, з його точки зору, підходять для його власних висновків, уже зроблених раніше на підставі зовсім інших принципів². Але в цілому французька судова практика до цього часу дотримується суб'єктивного методу тлумачення.

Не були подолані протиріччя між теоріями волі та волевиявлення в положеннях Німецького цивільного уложення. Так, у параграфі 133 міститься правило про те, що при тлумаченні волевиявлення необхідно слідувати дійсній волі, не додержуючись при цьому буквальному смислу висловів. У той же час параграфом 157 встановлено, що договори слід тлумачити добросовісно, беручи до уваги звичаї обігу³. Ко-

¹ Памятники римского права. — С. 443.

² Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2 т. Т. 2 / Пер. с нем. — М.: Междунар. отношения, 1998. — С. 108.

³ Германское право. Ч. 1. Гражданское уложение / Пер. с нем.; Серия: Современное зарубежное и международное частное право. — М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996. — С. 37, 41.

ментуючи ці положення, німецькі дослідники зазначають, що на практиці встановити емпіричну волю контрагентів досить складно, а тому діє волевиявлення, смисл якого повинен бути ідентичним смислу, що вкладається в нього розумною особою, якби вона була адресатом і перебувала в тих же умовах. Через це шляхом тлумачення як загальноприйнятого смислу волевиявлення, захищається довіра адресата цього волевиявлення. І додають, що теорія волі могла бути інструментом регулювання в ті ідилічні часи, коли дружньо налаштовані селяни й торговці по-сусідськи вели переговори один з одним, враховуючи в усьому особисті обставини кожного, а для нашого часу найбільш придатна теорія волевиявлення¹.

На відміну від континентального права, в загальному праві Великої Британії суперечок між теоріями волі та волевиявлення практично не виникало. І на сьогодні один з основних принципів загального права полягає, за висловом Чешіра і Файфута, в тому, що «договір не стан розуму, а дія, і як така є наслідком певної поведінки. Сторони слід судити не по тому, що вони задумали, а по тому, що вони сказали, написали або зробили... Функції англійського судді полягають не в тому, що шукати і знаходити якісь примарні елементи розумового характеру, а забезпечувати, щоб розумні очікування порядних людей були виправдані»². Задача суду полягає в тому, щоб виявити намір сторін, письмовим виразом якого є договір, і цей намір має бути встановлений із самого документа: при цьому сторони не можуть надавати прямих доказів того, що їх істинні наміри відрізнялися від положень документа. Один з найбільш авторитетних дослідників, В. Ансон, виділяє інші правила загального характеру, що застосовуються судами стосовно письмових угод: 1) слова розуміються в їх прямому та буквальному значенні; 2) слова, що мають подвійне значення, отримують те з них, що зумовлює дійсність документа, а не його нікчемність; 3) встановлення змісту слів і фраз в документі має визначатися в його загальному контексті³.

¹ Цвайгерт К., Кётц Х. Знач. праця. — С. 111.

² Цит. за: Цвайгерт К., Кётц Х. Знач. праця. — С. 114.

³ Ансон В. Договорное право. — М.: Юрид. лит., 1984. — С. 111—112.

У дореволюційному російському законодавстві правила тлумачення договорів були врегульовані у Зводі Законів Цивільних (статті 1538, 1539), роз'яснені Урядовим Сенатом та прокоментовані юристами¹. За загальним правилом, договори повинні були тлумачитися за їх словесним змістом (ст. 1538), а якщо існували сумніви стосовно словесного змісту — за намірами сторін та їх доброю совістю, тобто за нормальною сутністю угоди та презумпцією добросовісності сторін (ст. 1539).

З новітніх кодифікацій, в яких врегульовано питання тлумачення договору, можна виділити ЦК Квебеку, який поєднує особливості різних правових систем (загального права і права континентального). У правилах тлумачення договорів, викладених у статтях 1425—1432 ЦК Квебеку, відчувається «подих» французького цивільного законодавства (примат спільного наміру сторін над буквральним значенням). Примітним же і надзвичайно важливим є правило ст. 1432 цього кодексу, за яким в будь-якому випадку договір повинен тлумачитися на користь сторони, що приєдналася, або споживача. Це є свідченням того, як в сучасних умовах господарювання, коли зміст конкретних комерційних договорів визначається не стільки взаємними господарськими інтересами контрагентів, скільки можливостями та бажанням сильнішої сторони в угоді, й необхідністю, яку диктує конкретна ситуація слабкішій стороні, законодавець може обмежувати в інтересах усього суспільства індивідуальні прагнення окремих суб'єктів господарювання.

Норми щодо тлумачення правочинів, закріплені в ЦК України, свідчать про наслідування традиціям російської дореволюційної цивілістики і утвердження в українському законодавстві теорії волевиявлення. За правилом ч. 3 ст. 213

¹ Див., зокрема: *Законы гражданские со включением позднейших узаконений и разъяснений по решениям Общего Собрания и Гражданского Кассационного Департамента Правительствующего Сената.* — 7-е изд. / Сост. А. К. Гаугер. — СПб., 1909. — С. 672—675; *Законы гражданские с разъяснениями Правительствующего Сената и комментариями русских юристов.* — 4-е изд. / Сост. И. М. Тютрюмов. — СПб., 1913. — С. 1131—1136; *Обязательства по договорам. Опыт практического комментария русских гражданских законов.* Т. 1. *Общая часть* / Сост. В. Л. Исаченко, В. В. Исаченко. — СПб., 1914. — С. 480—521.

ЦК, яке слід вважати *загальним*, при тлумаченні змісту правочину береться до уваги однакове для всього змісту правочину значення слів і понять, а також загальноприйняте у відповідній сфері відносин значення термінів. Якщо буквальне значення слів не дає змоги з'ясувати зміст окремих частин правочину, цей зміст встановлюється порівнянням відповідної частини правочину з усім його змістом¹.

Слід підкреслити, що в правилах статей 213 і 637 ЦК текстуально практично повністю відтворені положення ст. 59 Основ цивільного законодавства Союзу РСР та союзних республік 1991 року. Вони є аналогічними і правилам ст. 431 «Тлумачення договорів» діючого Цивільного кодексу Російської Федерації².

Стаття 213 ЦК України адресується як сторонам договору, так і суду. Коли сторони самостійно інтерпретують зміст укладеного договору, то вони не є безумовно зв'язаними правилами ст. 213 ЦК, і, власне кажучи, керувати ними повинні логіка та здоровий глузд. Головний ефект від використання сторонами будь-яких способів інтерпретації, як визначених у законодавстві, так і не визначених, полягає у можливості (нехай і гіпотетичній) такого виконання договірних зобов'язань, з яким обидві сторони погоджуються. Принаймні причиною можливих спорів між ними у майбутньому не будуть розбіжності в розумінні окремих умов договору.

¹ У ситуації, коли певні юридичні поняття не відомі праву України або відомі під іншою назвою, або з іншим змістом і не можуть бути визначені шляхом тлумачення за правом України, то при їх правовій кваліфікації необхідно також враховувати право іноземної країни. У зв'язку з можливістю застосування такого суб'єктивного критерію, як наміри сторін, слухними є зауваження М. Г. Розенберга: 1) щодо необхідності враховувати намір сторони в момент заяви або іншої поведінки, а не в момент спору про те, як слід його тлумачити; 2) вирішальне значення надається не тому, що сторона мала на увазі, а тому, чи знала або не могла не знати інша сторона, яким був цей намір; 3) при з'ясуванні наміру сторони насамперед необхідно дослідити фактично використані вислови або фактичну поведінку (Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров: Комментарий. — М.: Юрид. лит., 1994. — С. 30, 31).

² Гражданский кодекс Российской Федерации. Ч. 1 и 2. С постатейными материалами из практики Высшего Арбитражного суда Российской Федерации. — М.: Издательская группа НОРМА—ИНФРА-М, 1999. — 839 с.

Вимога про тлумачення договору може з'являтися як в рамках порушеного провадження у справі, в якій контрагенти за договором виступають як учасники судочинства, так і до виникнення спору між сторонами, якщо вона буде заявлена «заздалегідь», на майбутнє. У зв'язку з цим зауважимо, що і за відсутності правил тлумачення договору до набуття чинності ЦК 2003 р. суди при розгляді спорів, що виникають при виконанні договорів, вдавалися до тлумачення змісту договору, оскільки без цього навряд чи можливо вирішити спір по суті. Слід звернути увагу на інформаційний лист Вищого господарського суду України від 11.04.2005 р. № 01-8/344 «Про деякі питання практики застосування норм Господарського процесуального кодексу України, порушені в доповідних записках про роботу господарських судів у 2004 році». У цьому листі ВГСУ з посиланням на ч. 1 ст. 1 ГПК та ч. 1 ст. 12 ГПК зазначив, що тлумачення змісту правочину господарським судом можливе за наявності *спору*, тобто тоді, коли сторони мають різне уявлення щодо свого волевиявлення або волевиявлення іншої сторони (сторін) правочину¹. На наш погляд, така відповідь по суті є правильною, хоча вона й суперечить певною мірою положенням ЦК в тому сенсі, що ЦК вочевидь і безспірно не пов'язує судові тлумачення з наявністю суперечки (спору, конфлікту) між сторонами: «на вимогу *однієї* (виділено нами. — О. Б.) або обох сторін». Причому останній вислів («обох сторін») може розглядатися як коректний з процесуальної точки зору лише в тому розумінні, що позивачем і відповідачем, які реалізують свої процесуальні права, заявляється клопотання про тлумачення судом умов господарського договору в процесі розгляду справи, пов'язаної із *динамікою* договірною зобов'язання (укладення договору, його зміна, виконання або розірвання). У будь-якій іншій процесуальній ситуації він (вислів) не несе жодного змістовного навантаження, оскільки контрагенти за договором не можуть виступити позивачами в суді, вимагаючи одночасно від суду витлумачення договору.

Іншими словами, постає запитання, наскільки можливим є тлумачення договору судом, так би мовити, в «рафі-

¹ Вісник господарського судочинства. — 2005. — № 3. — С. 53.

нованому» вигляді. З точки зору інтересів контрагентів таке тлумачення «заздалегідь» може мати сенс з превентивної точки зору, для запобігання виникненню спорів при виконанні договору в майбутньому, а якщо точніше — головний інтерес полягатиме в одержанні преюдиційного факту на випадок виникнення спору стосовно невиконання або неналежного виконання договору. Вірогідність такої ситуації, коли одна сторона договору (чи обидві) діє «на майбутнє», випливає з того, що сама норма розташована в матеріально-правовому, а не в процесуальному законодавчому акті, а тому поняття «сторони», що в ній використано, має чітко визначене змістовне навантаження — сторони угоди (договору), а не сторони по справі (процесуальний термін). Тоді виникають деякі проблеми процесуального характеру. Так, чинний ГПК передбачає у ст. 4-1 дві форми судового процесу: позовне провадження та провадження у справах про банкрутство. За змістом ст. 1 ГПК зазначені в ній особи мають право звертатися до господарського суду по захист своїх порушених або оспорюваних прав і охоронюваних законом інтересів. Основною процесуальною формою є позовне провадження, в якому вирішуються саме *спори* про право. Питання про те, чи існує оспорюване право, чи оспорює його саме цей відповідач, повинен вирішити суд, адже на момент порушення провадження у справі припускається, що позивачеві належить спірне право і що це право або інтерес оспорюється відповідачем. Якщо сторони угоди звертаються до суду з вимогою розтлумачити договір з превентивною метою, з тим, щоб уникнути порушення умов цього договору при виконанні через відсутність їх однозначного розуміння, то спір про право в традиційному для процесуальних наук розумінні між сторонами відсутній, скоріше йдеться про захист інтересів сторін, які, втім, також поки що не оспорюються і не порушуються. Вітчизняне процесуальне законодавство та доктрина не називають і не знають превентивних позовів. Навпаки, практика судів ґрунтується на певній послідовності подій у часі: позов слідує за фактом порушення прав позивача, *post factum* як реакція на негативний акт, що вже відбувся. Отже, звернення сторін до суду з вимогою постановити рішення про тлумачення змісту правочину означає або 1) необхідність розширення змісту по-

няття «позов» і, відповідно, визнання права на подання «безспірних» позовів; 2) або, якщо визнавати такі вимоги безспірними, зважаючи на усталене в теорії поняття позову, запроваджувати спеціальну процесуальну форму розгляду таких справ (про встановлення юридичного факту) — окреме провадження.

І в першому, і в другому випадку значення судового рішення про тлумачення договору полягає у встановленні фактів, які можуть мати преюдиційне значення і не доводиться в майбутніх справах між тими ж сторонами. Іншими словами, це буде превентивне рішення, зорієнтоване на попередження спору-конфлікту, правопорушення, на те, щоб зберегти між контрагентами нормальні ділові стосунки.

Найчастіше потреба тлумачення виникає у разі невиконання або неналежного виконання договірних зобов'язань одним з контрагентів (неналежним — принаймні на думку тієї сторони, на користь якої воно має бути виконаним). Тому, коли питання про тлумачення виникає при розгляді спору з приводу неналежного виконання договору, то тлумачення здійснюється «по ходу» розгляду справи і його результат безпосередньо впливає на рішення суду. Причому позови за такими справами є, як правило, або позовами про визнання, або позовами про присудження. Суд, здійснивши на вимогу однієї сторони (позивача або відповідача) або обох сторін тлумачення договору, повинен в рішенні, яке виноситься по справі, зазначити результати тлумачення. Слід зауважити, що відповідно до частини другої ст. 35 ГПК факти, встановлені рішенням господарського суду під час розгляду однієї справи, не доводяться знову при вирішенні інших спорів, в яких беруть участь ті самі сторони. Таким чином, результат тлумачення умови договору, зафіксований в рішенні господарського суду, яке набуло законної сили і не буде спростовано, також матиме преюдиційне значення. Превентивна функція здійсненого судом тлумачення умов договору в цьому випадку є очевидною, оскільки жодна з сторін не зможе посилатися в майбутньому на те, що відповідну умову договору вона розуміє інакше, аніж її контрагент.

Коли між сторонами не існує суперечностей щодо розуміння змісту договору, суд з власної ініціативи не повинен шукати іншого у змісті договору, якщо тільки така не-

обхідність не зумовлюється оцінкою доказів при розгляді спору. Причому при тлумаченні договору суд повинен виходити з власного розуміння конкретних обставин, з одного боку, а з іншого — враховувати правову позицію учасників процесу, яка також ґрунтується на їх власному переконанні. Крім того, чинний процесуальний закон зобов'язує суддю у разі недостатності поданих сторонами доказів вдаватися до активних дій щодо витребування необхідних для вирішення спору доказів (ст. 38 ГПК).

Отже, сенс встановлення правил тлумачення договору полягає, насамперед, у встановленні відповідних орієнтирів для суду. А тому правило про буквальне тлумачення, викладене у ч. 3 ст. 213 ЦК, означає, насамперед, що суд повинен дотримуватися тексту договору, навіть якщо при цьому виявляються його розбіжності з намірами сторін¹. У цілому таке правило узгоджується із загальною презумпцією правомірності правочину (ст. 205 ЦК), зокрема, і відносно того, що волевиявлення сторін відповідає волі, а тому угода може бути визнана недійсною лише за умови, якщо сторона зможе довести або відсутність волі, або вади волі, або невідповідність угоди її зовнішньому вигляду². Головна презумпція тлумачення полягає в тому, що воля сторін не має вад, що зумовлюють недійсність договору.

За змістом норми ч. 3 ст. 213 ЦК при встановленні справжньої волі сторін за угодою важливо надавати їй такого смислу, при якому вона визнається законною, дійсною, тобто коли відсутні передбачені законом підстави для визнання угоди недійсною — нікчемною або оспорюваною. Якщо ж спір виникне по факту нікчемності договору або оспорю-

¹ Якщо зміст угоди за буквальним її значенням не породжує сумнівів, то й угода повинна розумітися відповідно до цього буквального змісту. Разом з тим, як вважав І.Б. Новицький, це положення необхідно сприймати лише умовно, і особливо обмежено — відносно угод соціалістичних організацій, тобто не обмежуватися зовнішнім волевиявленням і брати до уваги дійсні взаємовідносини (зокрема, якщо йдеться про плановий договір, то навіть за умови ясності його редакції, необхідно перевірити її відповідність плановому завданню, на виконання якого укладений договір) (*Новицький І. Б. Сделки. Исковая давность.* — М.: Гос. изд-во юрид. лит., 1954. — С. 128).

² *Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Кн. 1. Общие положения:* — 2-е изд. испр. — М.: Статут, 1999. — С. 170.

вання укладеного договору, то в таких випадках суд повинен враховувати й вади волі, й вади волевиявлення¹.

Так, Вищим арбітражним судом було розглянуто позов Фонду державного майна України до ВАТ «Томак» та АК «Промінвестбанк України» про визнання недійсною угоди про спільну діяльність, за якою ФДМУ надав ВАТ «Томак» за рахунок коштів позабюджетного Державного фонду приватизації 3 млн грн. фінансової допомоги на строк з 11.08.95 по 11.02.96, за користування якими ВАТ мало сплатити відповідні відсотки річних ФДМУ та АК «Промінвестбанк України». Зобов'язання за договором ВАТ виконано частково. Визнаючи угоду недійсною, суд зазначив, що за своїм змістом і правовою природою оспорювана угода не є договором про сумісну діяльність, оскільки має на меті одержання прибутку, а не досягнення господарської мети, як це передбачено статтями 430—434 ЦК УРСР 1963 р. Фактично ця угода є договором кредитування, і відповідно до ст. 58 ЦК 1963 р. визнається укладеною із застосуванням правил, що регулюють ту угоду, яку сторони дійсно мали на увазі. Укладаючи ж такий договір, сторони порушили вимоги Закону України «Про приватизацію державного майна» та Положення про позабюджетний Державний фонд приватизації².

Сама по собі неоднозначність розуміння сторонами умов договору не може бути підставою визнання договору «неукладеним» або недійсним. Разом з тим практика судів свідчить про інше. Так, в постанові Вищого арбітражного суду по одній із справ, пов'язаній із стягненням заборгованості по орендній платі за договором, який судом було визнано неукладеним, зазначалося: «матеріали справи свідчать, що сторони по-різному розуміють умову додаткової угоди (саме ця обставина й спричинила спір), у зв'язку з чим не можна вважати, що сторонами досягнуто згоди з такої умови договору як орендна плата»³. У цьому випадку суд кваліфікував неоднозначне розуміння сторонами тієї чи іншої умови як відсутність згоди між ними.

¹ Там само. — С. 267.

² Вісник Вищого арбітражного суду України. — 1999. — Число 1(5). — С. 104—105.

³ Судовий розгляд справ про визнання договорів неукладеними // Вісник господарського судочинства. — 2001. — № 2. — С. 130.

Тлумачення договору не повинно призводити до визнання його недійсним через вади форми. Як усе, що існує, за висловом Д. І. Мейера, має свої межі, які відділяють певне існуюче від інших предметів і в яких обрис складає форму, так і юридичні угоди виявляються у певних формах, і не можуть бути мислимі без цих форм. Юридична угода є юридичною дією, в якій виявляється воля особи. Ця воля як невидима сила проявляється певним чином і тільки так може бути доступною стороннім і сприйматися ними. Для угоди суттєвим є те, що воля, спрямована на встановлення, зміну, припинення правовідносин, повинна бути виражена, а в якій саме спосіб — має визначити законодавець. Форма договору є рамкою для обрису права, яка дає підстави стверджувати про визначеність того чи іншого права (або обов'язку) в договорі, чи ні¹. Невдала ж редакція умов договору ще не є свідченням вад волевиявлення, тим більше з огляду на правила статей 207, 208 ЦК стосовно простої письмової форми угоди, що вимагається законом. Отже, якщо письмова форма додержана, то визнання договору недійсним з тих підстав, що сторони невдало сформулювали умову договору, є необґрунтованим.

Частиною 4 ст. 213 встановлюються *спеціальні* способи тлумачення², тобто врахування мети правочину, змісту попередніх переговорів, усталеної практики відносин між

¹ Мейер Д. И. Русское гражданское право: В 2 ч. Ч. 1. По исправленному и дополненному 8-му изд., 1902. — М.: Статут (в серии «Классика российской цивилистики»), 1997. — С. 182, 183.

² І. Б. Новицький звертає увагу на загальне керівне положення, яке повинно полягати в тому, щоб у процесі тлумачення не нав'язувати сторонам такого змісту угоди, якого вони не збиралися вкладати в неї, а прагнути до встановлення істинних намірів сторін, зокрема такими способами, як: дотримання такого значення слів і висловлювань, яке більш відповідає змісту всього договору, або такого, що є загальноживим; розуміння окремих фрагментів тексту в загальному контексті; тлумачення відповідно до так званих звичайних умов, навіть якщо вони не були включені до тексту договору. При цьому І. Б. Новицький заперечував правила тлумачення на користь боржника, що склалися у так званому буржуазному праві, зазначаючи при цьому, що в радянському праві сторони не є противниками з непримиримими інтересами, відповідно, сторони угоди повинні в рівному ступені відповідати за можливі неясності (Новицкий И. Б. Сделки: Исковая давность. — М.: Гос. изд-во юрид. лит., 1954. — С. 130—131).

сторонами, звичаїв ділового обороту, подальшої поведінки сторін та інших обставин, що мають істотне значення¹.

Вказівку частини 2 ст. 637 ЦК про врахування при тлумаченні типових умов договору (типових договорів), навіть якщо в договорі й немає посилання на ці умови, вважаємо некоректною з огляду на те, що типові договори розглядаються нами *de lege lata* як нормативно-правові акти. Через це мова може йти лише про оцінку відповідності змісту договору імперативним положенням типових договорів, тобто відповідність вимогам законодавства. Отже, тлумачити (з'ясовувати) зміст тієї чи іншої умови договору вважаємо можна тоді, коли сторони мають право сформулювати таку умову самостійно, коли вони в буквальному значенні слова *домовилися* про щось, дещо *узгодили*. Якщо ж сторони в договорі не узгодили інший варіант поведінки, ніж той, що передбачений диспозитивною нормою, то така норма поширюватиме свою дію на відносини між сторонами також незалежно від їх волі.

Викликає сумніви і можливість використання звичаю ділового обороту як засобу тлумачення договору, зважаючи на їх регулятивну силу та особливості застосування, які розглядалися нами у другому розділі цієї роботи.

Звичайно, що необхідність застосування спеціальних правил тлумачення є питанням кожного конкретного випадку. До спеціальних способів тлумачення договору необхідно вдаватися лише тоді, коли результат волевиявлення залишається нез'ясованим, і існує потреба встановити «спільну волю» сторін з урахуванням мети договору². По-

¹ Перелік викладених обставин, що можуть братися до уваги, не є вичерпним. Коментуючи аналогічні положення Цивільного кодексу Російської Федерації, М. І. Брагинський зазначає, що під переговорами слід розуміти усне виявлення волі сторонами, а тому вони можуть враховуватися лише тоді, коли не потрібна обов'язкова письмова форма договору. Під оцінкою усталеної практики слід розуміти оцінку обставин, що дозволяють дійти висновку про те, як розуміли ту чи іншу умову сторони в інших договорах, що укладалися цими ж сторонами (Брагинский М. И., Витрянский В. В. Знач. праця. — С. 269).

² За договором оренди між ВАТ «*» та «***» останньому передано в оренду приміщення загальною площею 7855,9 кв. м з метою створення бізнес-центру та їх подальшої експлуатації, яка здійснюється орендарем на підставі окремих угод з суборендарями. Проформа договору су-

слідовне застосування теорії волевиявлення дає змогу дійти висновку про те, що перевага повинна надаватися контрагенту сторони, яка сформулювала неясну умову. Отже, рішення може бути винесене на користь автора умови лише в єдиному випадку: коли буде доведено, що умова в дійсності є ясною та такою, що розуміється однозначно¹.

Примітна обставина: п. 5 ст. 1539 Зводу Законів цивільних Російської імперії у повній відповідності з римськими правовими канонами, встановлював, що у разі неможливості пояснити договір виходячи з його буквального змісту двозначні вислови мають тлумачитися на користь сторони, яка зобов'язалася щось віддати або виконати, оскільки від її контрагента залежало визначення предмета зобов'язання з більшою точністю. Така позиція законодавця підтримувалася й науковцями, які зазначали, що особа, зобов'язана за договором, перебуває у гіршому стані, аніж особа, що набула права, а тому потребує більшої до себе уваги. Крім того, особа, що набула право, сама мала потурбуватися про

боренди є додатком до договору оренди. Визначено, що вибір суборендарів приміщень бізнес-центру здійснюється *на власний розсуд орендарем за умови виконання умов, передбачених проформою*. У випадку відхилення від цих умов здача приміщень в суборенду допускається тільки за наявності згоди орендодавця, яка *не може бути безпідставно ненадана або затримана*. У випадку, якщо орендар не забезпечить суборенди приміщень за ціною не нижче еквіваленту 50 доларів США за 1 кв. м на місяць та Орендодавець не погодиться зі зниженням ставки, орендодавець протягом 45 днів має право пошуку суборендарів та укладання — за участю орендаря — з ними договорів суборенди. У випадку якщо протягом 45 днів орендодавець не знаходить суборендарів, тоді право пошуку останніх залишається за орендарем. Крім того, договором передбачено, що орендодавець та орендар не мають права без дійсної економічної підстави відмовлятися або ухилятися від договорів суборенди. Таким чином, сторони визначили укладення договорів суборенди як одну з цілей договору, обтяживши її досягнення залежністю від «дійсності економічної підстави». У цій ситуації укладення договору суборенди із розміром орендної плати не нижче еквіваленту 50 доларів США за 1 кв. м на місяць безумовно відображує економічний інтерес орендодавця, його прагнення до отримання максимального прибутку, але відсутність на ринку нерухомості м. Києва такого розміру орендної плати практично унеможливорює досягнення мети договору іншою стороною — орендарем (Справа № 34/400-40/135 // Архів господарського суду міста Києва за 2005 рік).

¹ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Знач. праця. — С. 268.

точне його визначення, у противному разі «пусть пеняет на себя»¹.

Можна припустити, що відсутність в в ЦК України подібного правила пов'язується з еволюцією теорії волевиявлення під впливом *lex mercatoria* на національне законодавство окремих країн. Можна припустити також, що на сучасному етапі «боротьба» між теоріями волі та волевиявлення втрачає практичне значення². Як зазначають дослідники, сьогодні не можна обмежуватися в питанні волевиявлення лише тим, що розумів його автор або адресат при укладенні договору. Визначальним є значення, яке могла б надати волевиявленню гіпотетична розумна особа — адресат такого волевиявлення з урахуванням письмового тексту та інших важливих і відомих йому обставин, що мають значення для договору³.

Саме така «функціональна» позиція втілена у ст. 8 Віденської конвенції про договори міжнародної купівлі-продажу товарів: заява або інша поведінка сторін тлумачиться відповідно до її наміру, якщо інша сторона знала або не могла не знати, яким був цей намір (п. 1); якщо застосування пункту 1 не дає результатів, то волевиявлення тлумачиться у відповідності з тим розумінням, яке мала б розумна особа, діюча в тій же якості, що й інша сторона за аналогічних обставин (п. 2); при цьому необхідно враховувати всі обставини, включаючи переговори, будь-яку практику, яку сторони встановили у своїх відносинах, звичаї і наступну поведінку сторін (п. 3)⁴. Ана-

¹ Див.: *Мейер Д. И.* Русское гражданское право: В 2 ч. Ч. 1. — М.: Статут, 1997. — С. 211; *Победоносцев К.* Курс гражданского права. Ч. 3 — СПб.: Синодальная типография, 1896. — С. 135; *Шершеневич Г. Ф.* Учебник русского гражданского права. — 6-е изд. — СПб., 1907. — С. 455.

² Разом з тим «спільним для всіх форм герменевтики залишається таке: текст, що підлягає розумінню, набуває конкретності й завершеності лише у витлумаченні, проте воно міцно тримається за зміст самого тексту. Юрист не може дивитися на завдання аплікації (конкретизації закону) як на певну свободу ставлення до тексту (*Гадамер Г.-Г.* Истина і метод / Пер. з нім. Т. I: Герменевтика I: Основи філософської герменевтики. — К.: Юніверс, 2000. — С. 309).

³ *Цвайгерт К., Кётц Х.* Знач. праця. — С. 117.

⁴ Венская Конвенция о договорах международной купли-продажи товаров: Комментарий. — М.: Юрид.лит., 1994. — С. 29—33.

логічні принципи тлумачення закріплені і в Принципах УНІ-ДРУА¹.

Повертаючись до питання застосування правил тлумачення договорів, слід сказати, що досить часто при розгляді спору суд має визначитися з кваліфікацією договору, з якого цей спір виник. Метою такої кваліфікації є не тільки і не стільки вирішення питання, який саме договір було укладено між сторонами, а насамперед питання про норму закону, що повинна бути застосована².

При вирішенні питання про норму, що має бути застосована до спірних відносин, слід враховувати пріоритет спеціального закону. Оскільки існування спеціального закону є свідченням правової диференціації та конкретизації, застосування права має розпочинатися з норм про підвид договору, і лише за відсутності таких норм повинні застосовуватися загальні норми про господарські та цивільно-правові договори. Якщо певний підвид договору одержав в законодавстві спеціальну регламентацію, застосування по аналогії закону норм про інший підвид неможливе. Ілюстрацією до цієї тези може бути така справа.

Рішенням арбітражного суду м. Києва за позовом ДП у Києво-Святошинському районі до ДП «...» та ТОВ «...» було визнано недійсним договір оренди обладнання з посиланням на те, що спірний договір не відповідає вимогам чинного законодавства й суперечить інтересам держави. Невідповідність вимогам законодавства, на думку позивача, полягала в тому, що в договорі, який на момент подання позову був реально виконаний, не передбачені такі істотні умови договору, як використання амортизаційних відрахувань, і не вказана вартість об'єкта оренди, як це визначено ст. 10 Закону України «Про оренду державного та кому-

¹ Принципы международных коммерческих договоров / Пер. с англ. А. С. Комарова. — М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996. — С. 102—114.

² У цьому насамперед зацікавлені контрагенти за договором, оскільки застосуванням закону іншого, ніж той, що охороняє їх права, право одного з них може бути довільно розширене, а право іншого — довільно звужене. (Обязательства по договорам. Опыт практического комментария русских гражданских законов. Т. 1. Общая часть / Сост. В. Л. Исаченко, В. В. Исаченко. — СПб., 1914. — С. 483).

нального майна». Оскільки суд не взяв до уваги, що сторони за договором оренди є суб'єктами, що засновані на колективній формі власності, а також не врахував, що статтями 256—265 глави 25 чинного ЦК такі умови не визначаються як істотні, рішення було перевірене в порядку нагляду і скасоване¹.

У судовій практиці досить непоодинокі випадки, коли сутність правовідносин, що склалися між сторонами, безпосередньо не пояснюється назвою договору, а тому потребує тлумачення судом змісту господарського договору з подальшим зіставленням результатів тлумачення з нормами чинного законодавства. Так, рішенням господарського суду Одеської області було відмовлено у задоволенні позову Миколаївського морського торговельного порту до ТОВ «Укрчартер» про стягнення основного боргу за договором експлуатаційного управління судном і збитків, спричинених неналежним виконанням зобов'язань за договором. Суд дійшов висновку, що вимоги позивача про стягнення заборгованості за щомісячними платежами понад суми отриманих відповідачем доходів від експлуатації судна суперечать умовам укладеного між сторонами договору експлуатаційного керівництва (менеджменту) судна, оскільки цей договір, на думку суду, за своєю правовою природою є договором морського агентування — різновидом договору доручення, представництва (ст. 386 ЦК УРСР 1963 р.), а тому для оплати щомісячно певної грошової суми потрібно існування двох обставин: наявність прибутку від експлуатації судна та реальні витрати позивача.

ВГСУ, переглядаючи справу в касаційному порядку, дійшов висновку про змішану природу договору, оскільки частина умов договору відповідає відносинам фрахтування, а умова договору про обов'язок сплачувати судовласнику доходи від експлуатації для покриття його витрат є характерною ознакою сумісної діяльності з розмежуванням функцій. ВСУ, скасовуючи судові акти першої, апеляційної та касаційної інстанцій зазначив, що суди виходили з помилкового уявлення про правову природу спірних відно-

¹ Вісник Вищого арбітражного суду. — 2000 р. — Число 3 (11). — С. 198—201.

син, і, передаючи справу на новий розгляд до господарського суду першої інстанції, вказав, що зміст договору, зокрема, підпорядкування екіпажу судна відповідачеві, покладення на нього керівництва питаннями фрахту, що включає без обмеження такі функції, як організацію відповідних платежів судовласнику, взяття на себе відповідачем повноважень з керівництва питаннями фрахту та фрахтування, дає підстави для кваліфікації відповідно до положень Кодексу торговельного мореплавства України укладеного договору як договору фрахту¹.

Слід підкреслити, що тлумачення судом предмета договору треба відрізнити від тлумачення сутності договору. Так, ще 1925 року Пленум Верховного Суду РРФСР зазначив, що при тлумаченні договору слід виходити не з його букви і не тієї назви, яку сторони дали йому, а із змісту договору, із сутності відносин між ними². Причому, як свідчить судова практика, необхідність кваліфікації договору як договору певного виду постає перед судом досить часто, і від правильності цієї кваліфікації, яка значною мірою зумовлюється тлумаченням змісту договору, залежить винесення законного рішення по справі. Так, рішенням господарського суду Харківської області було частково задоволено позов ПСП «Дружба» до ВАТ «ІЗХ» про стягнення боргу, при цьому суд визнав, що договір за своєю суттю є договором про спільну діяльність, а тому витрати, які понесли сторони в процесі спільної діяльності, підлягають відшкодуванню за правилами ст. 433 ЦК УРСР 1963 р. Зазначене рішення було скасоване апеляційною інстанцією, яка дійшла висновку про те, що між сторонами склалися відносини підряду на вирощування сільськогосподарської продукції. ВГСУ та ВСУ було підтримано висновок апеляційної інстанції про те, що за відсутності в договорі істотних умов договору про сумісну

¹ Постанова ВСУ від 27.04.2004 р. у справі № 91/-31/5-03-219. Інформаційний лист Вищого господарського суду України від 25.03.2005 р. № 01-8/486 «Про практику Верховного Суду України у справах зі спорів, пов'язаних з перевезенням вантажів морським транспортом» // Вісник господарського судочинства. — 2005. — № 3. — С. 87—90.

² Сборник определенный Верховного Суда РСФСР. — 1925. — № 99. — № 211. Подається за: Новицкий И. Б. Сделки: Исковая давность. — М.: Гос. изд-во юрид. лит., 1954. — С. 129.

діяльність місцевий господарський суд неправильно застосував до спірних правовідносин сторін статті 430, 431 і 432 ЦК УРСР 1963 р., до яких виходячи з фактичних обставин справи, повинні застосовуватися правила глави 28 ЦК УРСР 1963 р. про договір підряду¹.

Поширення в господарському обігу набувають договори, які законодавцем не поіменовані, а також змішані договори. При розгляді спорів, пов'язаних з укладенням, виконанням, зміною або розірванням такого роду договорів, суду необхідно здійснити юридичну кваліфікацію договору. Саме правильна кваліфікація договору має надзвичайно важливе значення в судовій практиці. Кожний договір створює для його учасників відповідні права, що охороняються силою того закону, яким вони встановлені. Через це для зацікавлених в справі сторін важливо, щоб їх права за договором охоронялися саме тим законом, яким вони повинні охоронятися. Якщо судом буде застосовано інший закон, то це означатиме, що право однієї сторони буде довільно звужене, а право іншої — довільно розширене².

Іноді правильне тлумачення взагалі дає змогу правильно застосувати найближчу до таких відносин норму права. Прикладом може бути така справа. Арбітражним судом було відмовлено в позові банку до громадянина—суб'єкта підприємницької діяльності про визнання недійсним договору оренди на підставі ст. 48 ЦК УРСР 1963 р. Це рішення суду стало об'єктом перевірки в наглядових інстанціях, при цьому було встановлено наступне. Оспорюваний договір оренди майна з боку орендодавця укладено підприємцем, якому це майно не належало, а передано у розпорядження іншим підприємцем на підставі договору доручення. Відповідно до ст. 62 ЦК УРСР 1963 р., угода, укладена однією

¹ Постанова Верховного Суду України від 01.04.2003 р. у справі № 177/5-29/ Інформаційний лист Вищого господарського суду України від 10.03.2005 р. № 01-8/375 «Про практику Верховного Суду України у справах зі спорів, пов'язаних з виконанням зобов'язань за договорами підряду» // Вісник господарського судочинства. — 2005. — № 3. — С. 79—80.

² Обязательства по договорам: Опыт практического комментария русских гражданских законов. Т. 1 Общая часть / Сост. В. Л. Исаченко, В. В. Исаченко. — СПб., 1914. — С. 483.

особою (представником) від імені другої особи (яку представляють) в силу повноваження, що ґрунтується на довіреності, законі або адміністративному акті, безпосередньо створює, змінює і припиняє цивільні права і обов'язки для особи, яку представляють. Таким чином, підприємець мав діяти відповідно до договору доручення та укласти договір від імені довірителя. Підприємець, не заперечуючи тієї обставини, що він не є власником переданого в оренду майна, стверджував, що діяв у межах повноважень, наданих йому власником цього майна згідно з договором доручення. Оскільки доводи заявника ґрунтувалися на тому, що під час передачі майна в оренду підприємець діяв всупереч повноваженням, які були надані йому за договором доручення, у вирішенні даного спору судова колегія виходила з правової природи укладеного договору.

Відповідно до ст. 386 ЦК УРСР 1963 р. одна сторона (повірений) зобов'язується виконати від імені й за рахунок другої сторони (довірителя) певні юридичні дії. Таким чином, предметом договору доручення в розумінні ст. 386 ЦК УРСР 1963 р. можуть бути лише юридичні дії повіреного. Укладений між підприємцями договір мав назву «договір доручення», сторони в ньому іменувалися «довіритель» і «повірений», але предметом даного договору було доручення повіреному здійснювати експлуатацію обладнання, а не виконання юридичних дій від імені довірителя. З огляду на це судова колегія дійшла висновку про те, що за своїм змістом згаданий договір відповідав ознакам іншого цивільно-правового договору, а саме договору безоплатного користування майном. Крім того, погоджені сторонами доповнення до договору, згідно з якими повіреному було надано право укладати від свого імені будь-які угоди щодо переданого йому майна, у тому числі угоди стосовно відчуження останнього, надавали укладеній угоді ознак договору комісії. Та обставина, що оспорюваний договір містить ознаки різних цивільно-правових угод, не позбавляє його юридичної сили. За таких обставин доводи заявника стосовно того, що під час укладення договору оренди відповідач мав діяти виключно від імені довірителя, судовою колегією Вищого арбітражного суду України по перегляду рішень, ухвал, постанов визнано безпідставними, рішення арбіт-

ражного суду та постанову заступника голови арбітражного суду залишено без зміни¹.

У судовій практиці може виникати потреба тлумачення договору і тоді, коли окремі умови договору через певні обставини сторонами в договорі не зафіксовані. У таких випадках суд має звернутися до норм закону, що регулюють відповідний вид договірних відносин.

Так, Вищим арбітражним судом України було розглянуто справу за позовом Фонду державного майна України до ЗАТ «...» про розірвання договору купівлі-продажу акцій за некомерційним конкурсом. Фактичною підставою позову був факт невиконання відповідачем договірних інвестиційних зобов'язань. Судом було встановлено, що в договорі не було передбачено строків виконання інвестиційних зобов'язань. Тому суд визнав, що такі строки повинні визначатися законом. На дату укладення договору (21.08.95) такий строк відповідно до чинної на той час редакції Закону «Про приватизацію державного майна» не міг перевищувати 2 роки. На дату ж набрання чинності нової редакції Закону від 12.02.97 строки виконання зобов'язань за договором не вийшли. Тому суд своїм рішенням у позові відмовив, визнавши, що в цьому разі має застосовуватися п'ятирічний термін виконання інвестиційних зобов'язань, встановлений новою редакцією зазначеного Закону².

Про значення диспозитивних норм для заповнення «пожонин» у договорі йшлося вище. Необхідно звернути увагу і на позицію О. Ф. Черданцева, який говорить про значення справедливості, розумності та добросовісності як джерел, що заповнюють зміст договору³. До речі, свого часу

¹ Див. п. 3 оглядового листа Вищого арбітражного суду України № 01-8/442 від 12.04.2001 «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з орендними правовідносинами (за матеріалами судової колегії Вищого арбітражного суду України по перегляду рішень, ухвал, постанов) // Вісник господарського судочинства. — 2001. — № 3. — С. 105.

² Справа № 54/6. Архів ВАСУ за 1999 р.

³ Щодо двосторонніх оплатних договорів, зазначає В. А. Удінцев, справедливість повинна базуватися на принципі еквівалентності, зустрічного задоволення за правилами: *do ut est* (даю, щоб ти дав), *do it facias* (даю, щоб ти зробив), *facio ut des* (роблю, щоб ти дав), *facio ut facias* (роблю, щоб ти зробив) (хоча справедливись, як уявляється має бути дотримана в будь-яких договорах. — О. Б.) (Черданцев А. Ф. Толкование права и договора: Учеб. пособие для вузов. — М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2003. — С. 339).

В. А. Удінцев, коментуючи книгу п'яту проекту нового Цивільного уложення, вказував на те, що кожен суддя повинен визначати відносини сторін, виходячи з припущення про те, що ці положення ґрунтуються на засадах справедливості й добросовісності. У свободі тлумачення та суддівському розсуді знаходиться найбільш правильна гарантія справедливості, яка лежить в основі всього правопорядку і яка досягається спільними зусиллями закону, судді та сторін¹.

Судове тлумачення договору має відбуватися в певних межах, які не може порушувати суддівський розсуд, оскільки під виглядом тлумачення судом може здійснюватися зміна умов договору. Таке «тлумачення» є неприпустимим, особливо у випадку, коли йдеться про істотні умови договору, зокрема предмет договору². Так, ТОВ «*» звернулося до господарського суду з позовом до Центральної спілки споживчих товариств України про тлумачення змісту договору купівлі-продажу, відповідно до якого позивач придбав у відповідача Підприємство (єдиний майновий комплекс) «**». Уточнивши позовні вимоги, ТОВ «*» просило суд постановити рішення, яким, зокрема: 1) визнати, що предметом договору купівлі-продажу підприємства є частка в розмірі 100% у статутному фонді Підприємства, об'єкти нерухомого майна, розташовані за відповідною адресою та рухоме майно, перелік якого наведений у додатку № 2 до договору купівлі-продажу; 2) виключити з предмета договору купівлі-продажу оборотні активи та поточні зобов'язання (у визначених у договорі сумах), власником яких, на думку позивача, має залишатися Підприємство, на балансі якого вони обліковуються. Рішення місцевого господарсь-

¹ Удінцев В. А. История обособления торгового права (Удінцев В. А. Избр. тр. по торговому и гражданскому праву. — М.: Центр ЮрИнфоР, 2003. — С. 224, 225.

² Попри різні підходи ЦК та ГК до визначення кола істотних умов договору, очевидно, що в будь-якому разі сторони повинні узгодити між собою предмет договору, за необхідності достатньо деталізувавши його (наприклад, як передбачено ст. 266 ГК предмет поставки визначається родовими ознаками продукції, виробів з найменуваннями, зазначеними у стандартах, технічних умовах, документації до зразків (еталонів), прейскурантах чи товарознавчих довідниках). Наявність різного розуміння змісту предмета договору ставить під сумнів сам факт існування договору.

кого суду, яким зазначені вимоги було задоволено, стало об'єктом перевірки в апеляційному та касаційному порядку. Судова палата у господарських справах ВСУ, скасовуючи прийняті у справі судові акти і передаючи її на новий розгляд до суду першої інстанції, вказала на те, що сторони, укладаючи зазначений правочин, чітко виразили своє волевиявлення стосовно умов про предмет договору. В постанові вказується на те, що подаючи позов про тлумачення умов договору купівлі-продажу, позивач фактично поставив питання про їх зміну, що вбачається навіть із змісту заяви про уточнення позовних вимог, в якій позивач просить змінити умови договору щодо вартості предмета договору. Суд першої інстанції, не надав належної оцінки зазначеним обставинам і своїм рішенням, з яким погодився і ВГСУ, постановив рішення, яким фактично змінив пункти 1.1 і 1.2 умов договору щодо предмета договору, зазначивши у резолютивній частині про виключення зі складу предмета договору купівлі-продажу частки майна. Зазначені дії суду за своєю суттю суперечать правилам тлумачення змісту правочину, встановлених ст. 213 ЦК України¹.

Крім того, в постанові ВСУ правильно звертається увага на те, що не потребують судового тлумачення терміни «корпоративне право» та «підприємство як єдиний майновий комплекс», які визначені діючим законодавством (ч. 1 ст. 167 ГК та ст. 191 ЦК), до якого вдався суд апеляційної інстанції.

Корисним буде звернення до практики тлумачення умов договору міжнародними комерційними арбітражними судами, яка ґрунтується, зокрема, на положеннях ст. 8 Віденської конвенції про договори міжнародної купівлі-продажу товарів. Так, при розгляді спору Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті Російської Федерації (далі — МКАС) повинен був дати тлумачення умові контракту щодо майнової відповідальності сторін за невиконання або неналежне виконання зобов'язань по контракту відповідно до законодавства однієї з країн

¹ Постанова Судової палати у господарських справах від 11 жовтня 2005 р. у справі за позовом ТОВ «*» до Центральної спілки споживчих товариств України про тлумачення змісту договору // Архів ВСУ за 2005 р.

Латинської Америки та Росії. Як зазначив суд, така умова може тлумачитися так: 1) її положення застосовуються тільки до тих видів відповідальності, які не передбачені контрактом; 2) зазначену умову арбітраж може розглядати як можливість керуватися будь-якою із зазначених національних систем. При цьому можливими є такі варіанти: застосовним є законодавство тільки зазначеної латиноамериканської країни; застосовним є тільки законодавство РФ; застосовним є законодавство і РФ, і латиноамериканської країни. Позивач заявив вимогу щодо прострочення виконання грошового зобов'язання, а відповідач не оспорював застосування російського законодавства ані в письмовому відгуку на позов, ані в засіданні суду. Зважаючи на це, МКАС дійшов висновку, що відповідач погодився із застосуванням російського законодавства до відносин сторін. Таким чином, було враховано подальшу поведінку сторін, а сторони, як зазначив МКАС, вільні у розпорядженні своїми правами¹.

У іншій справі у контракті, укладеному російською організацією з італійською фірмою, було зазначено, що контракт «відповідає матеріальному праву Росії та Італії». МКАС зазначив, що таке формулювання не може свідчити про те, що сторони обрали застосовне до їх відносин право. Враховуючи, що між сторонами було укладено договір будівельного підряду, МКАС використав колізійну норму п. 2 ст. 166 Основ цивільного законодавства 1991 року, визнавши застосовним право країни, де здійснюється діяльність з капітального будівництва і створюються передбачені договором результати².

Аналіз вірогідних процесуальних складнощів реалізації норми ч. 2 ст. 213 ЦК був проведений нами раніше³. У розвиток цього питання слід зазначити таке. По-перше, ми маємо справу із «вкрапленням» в акт цивільного законодавства процесуального правила, причому сформульовано не-

¹ Розенберг М. Г. *Международный договор и иностранное право в практике международного коммерческого арбитражного суда.* — М.: Статут, 1998. — С. 28—29.

² Розенберг М. Г. *Зазнач. праця.* — С. 29.

³ Беляневич О. А. *Теоретичні питання тлумачення договорів // Вісник господарського судочинства.* — 2002. — № 2. — С. 187—196.

бездоганно, оскільки буквальне тлумачення слів «...суд може постановити», що вживаються в ч. 2 ст. 213 ЦК, може привести до висновку про те, що винесення рішення у справі про тлумачення правочину віднесено до сфери суддівського розсуду, тобто є лише правом, а не обов'язком суду. Через це вважаємо за доцільне виключити із статті 213 ЦК частину 2, доповнивши норму ст. 12 ГПК положенням про те, що господарським судам підвідомчі справи у спорах, пов'язаних з тлумаченням господарських договорів. Для цього пропонується така редакція п. 1 ч. 1 ст. 12 ГПК: *«справи у спорах, що виникають при укладанні, зміні, розірванні, виконанні та тлумаченні господарських договорів... (далі — по тексту)»*.

Частину ж 1 ст. 213 ЦК пропонується викласти в такій редакції: *«Зміст правочину може бути витлумачений стороною (сторонами) або судом»*.

К. П. Победоносцев свого часу точно сформулював думку про те, що, як не властиво позитивному закону встановлювати правила людського мислення або мистецької техніки, так само не властиво йому давати безумовні приписи для судді стосовно тлумачення, оскільки тлумачення є розумовим процесом, логічним шляхом від невідомого до відомого, в якому і полягає інтелектуальна праця суддівського звання та моральне право судді¹. З огляду на це, слід негативно відповісти на запитання про те, чи може бути підставою для скасування судового рішення недодержання судом передбачених ЦК правил тлумачення. У цьому випадку підтвердження законності та обґрунтованості судового рішення відбувається в порядку, передбаченому процесуальним законом, без будь-яких особливостей.

Необхідно зазначити, що у ст. 213 ЦК не сформульовані *принципи* тлумачення договорів, хоча складнощі у практиці застосування цієї статті можуть виникати не стільки з приводу того, які правила тлумачення повинні використовуватися при розгляді конкретної справи (тим більше, що кодекс не передбачає будь-яких негативних наслідків недодержання цих правил), а у встановленні *пріоритетів* тлумачення.

¹ Победоносцев К. Курс гражданского права. Ч. 3 — СПб.: Синодальная типография, 1896. — С. 132.

У разі відсутності усталених вітчизняних традицій щодо судового тлумачення господарських договорів доцільним буде запозичення правила «*contra proferentem*», закріпленого у ст. 4.6 Принципів УНІДРУА («якщо умови контракту, висунуті однією із сторін, є неясними, перевага надається тлумаченню, протилежному інтересам цієї сторони»), та статті 5:103 Європейських принципів контрактного права («за наявності сумнівів відносно значення терміну контракту, який не обговорювався, перевага надається тлумаченню терміну проти сторони, що поставляє»). Крім того, доцільно закріпити в ЦК і положення про те, що в будь-якому випадку договір приєднання і тлумачиться на користь сторони, що приєдналася¹.

У ширшому, загальнотеоретичному контексті це означає, на наш погляд, необхідність доповнення граматичного, системного та функціонального способів тлумачення, які використовуються, за смислом ст. 213 ЦК, при тлумаченні правочинів, також *телеологічним* (цільовим) тлумаченням. Причому телеологічне тлумачення господарських договорів передбачає не лише врахування мети правочину (на що вказується в ч. 4 ст. 213 ЦК), а врахування мети правового регулювання господарських відносин, закріплених в ГК та інших законодавчих актах, насамперед, утвердження суспільного господарського порядку у сфері економіки².

¹ Правило такого змісту встановлено, зокрема, ст. 1432 ЦК Квебеку. Аналогічні правила містяться у ст. 345 ЦК Грузії («якщо текст стандартних умов договору є неясним, він тлумачиться на користь іншої сторони»).

² Прикладом такого тлумачення є правило ч. 8 ст. 18 Закону України від 1 грудня 2005 р. «Про захист прав споживачів» про те, що нечіткі або недвозначні положення договорів із споживачами тлумачаться на користь споживача // Урядовий кур'єр. — 18 січня 2006 р. — № 9.

Висновки

Проведене дослідження (з урахуванням соціологічного, історичного, порівняльно-правового та економічного аспектів) дає змогу визначити концептуальні засади функціонування та подальшого розвитку господарського договірної права України.

Договір як загальноправова категорія є універсальним засобом самоорганізації різноманітних суспільних відносин. Як правова форма соціального спілкування (взаємодії) договір спрямовується на досягнення його сторонами певних соціально значущих цілей, правомірного результату, що потребує не тільки узгодження інтересів суб'єктів, а й їх адекватності суспільним потребам та інтересам. Широка сфера застосування конструкції договору в різних галузях права визначається комунікативністю як сутнісною характеристикою існування індивідів, що забезпечує формування соціальної спільності з одночасним збереженням індивідуальності кожного її елемента. У господарському праві конструкція договору використовується для опосередкування відносин між суб'єктами господарювання та суб'єктами організаційно-господарських повноважень, негосподарюючими суб'єктами-юридичними особами, що складаються в процесі здійснення та організації господарської діяльності. Особливості предмета та методу господарського права як комплексної галузі права в системі права України зумовлюють і юридичну своєрідність господарського договору.

Договір як абстрактне поняття можна розуміти: 1) як дво- або багатосторонню *угоду/договореність*, що слугує підставою виникнення відносин, за якими визнається правовий (юридичний) характер; 2) як *зобов'язання*, тобто абстрактну мо-

дель правового зв'язку між суб'єктами, тобто правовідносини, в яких уповноваженій особі протистоїть конкретний зобов'язаний суб'єкт і де праву однієї особи протистоїть обов'язок іншої особи до відповідної поведінки. Договір може бути визначений і різновидом *правових засобів* — особливих юридичних утворень, призначених для організації та регулювання відповідних суспільних відносин, розрахованих на багаторазове використання, види та порядок застосування яких передбачені законодавством.

У механізмі правового регулювання господарських відносин на *стадії виникнення прав і обов'язків (правовідносин)* договір виступає первинноутворюючим юридичним фактом самостійно або в ряді випадків в сукупності з іншими юридичними фактами. На *стадії реалізації норм права, а також суб'єктивних прав і обов'язків*, основним елементом якої є правовідносини, найбільш повно розкривається сутність договору як зобов'язання, його програмно-координаційні та регулятивні властивості. У загальнотеоретичному аспекті господарський договір виступає актом реалізації норм, в якому поєднуються використання дозволянь, дотримання заборон, виконання зобов'язувань і який спрямований на досягнення соціально значущих цілей та задоволення певних інтересів учасників господарських відносин та інтересів суспільства в цілому.

Оскільки договір, у тому числі господарський, є соціальним явищем, укладення його приводить в динамічний стан нормативні регулятори, що існують у двох площинах: 1) *нормативно-правовій* (юридичній), в якій можна прослідкувати перехід правової норми із її статичного стану в активну, працюючу стадію; 2) *позаяридичній*, яка пов'язана з дією інших моделей управління системою суспільних відносин, існуючих у вигляді різноманітних соціальних норм.

Методологічною основою концепції господарського договірного права в цілому, його місця в системі права України, засад формування та розвитку виступає системність права, яка, зокрема, виявляється в процесах правової спеціалізації.

Інститут господарського договірного права як елемент системи права в цілому є комплексним правовим інститутом (цілісною нормативною підсистемою комплексного ха-

рактору), який сформований і розвивається в рамках процесів правової спеціалізації — уніфікації (інтеграції), предметної та функціональної диференціації та конкретизації. У такій якості він перебуває в різноманітних зв'язках з іншими елементами системи права на внутрішньому, галузевому та міжгалузевому рівнях.

Господарське договірне право як сукупність господарсько-правових норм, що регулюють усі стадії існування договірної зобов'язання, а також переддоговірну стадію (стадію укладення господарського договору), є складним інститутом господарського права, в якому виділяються загальні положення про договори та спеціальні норми про окремі види господарських договорів.

У структурі господарського договірного права виділяються загальна та особлива частини. До першої включаються загальні положення ГК, що встановлюють уніфіковані правила про господарські договори незалежно від їх виду, та доповнюються у передбачених ГК випадках загальними нормами цивільного права про зобов'язання та договори. Другу складають норми ГК та інших нормативно-правових актів, якими регулюються окремі види господарських договорів. Уперше питання структури правового інституту розглянуто з позицій деонтичної логіки, що дало змогу, зокрема, не тільки по-іншому підійти до проблеми лакун у праві та способів їх заповнення, а й обґрунтувати роль судової практики в забезпеченні належного деонтичного стану господарського договірного права як нормативної системи.

Соціологічний підхід до права дозволяє розглядати джерела господарського договірного права в контексті двох рівнів соціального регулювання — нормативного та індивідуального. Джерелами господарського договірного права можна позначати одночасно як змістовні, так і формальні джерела права, і розглядати їх як сукупність соціальних регуляторів, в які включаються і соціальні норми, і судова практика.

Соціальними джерелами господарського договірного права визначені нормативно-правові джерела (форми) права, моральні норми та норми звичаїв (звичаїв ділового обороту). Уперше до системи джерел включено так зване формулярне право, яке виростає із практики ділового обороту (до-

говорів приєднання), досліджено його специфіку, виявлено необхідність і можливі способи забезпечення захисту інтересів слабкішої сторони в договорах приєднання.

Джерела господарського договірної права як різновид соціального досвіду перебувають у системній єдності, тобто справляють взаємний безпосередній або опосередкований вплив одне на одне, причому моральні норми (насамперед, справедливість і добросовісність) визнаються аксіологічними цінностями цих джерел.

Інституційні нормативно-правові джерела (форми права), якими регулюються господарські договірні відносини, на цей час залишаються головним джерелом господарського договірної права. Головними напрямками вдосконалення цих актів є диференціація правового режиму господарських договорів залежно від того, наскільки ці договори обтяжені публічним інтересом.

Можна стверджувати, що в ГК у цілому визначені основи правового режиму господарських договорів між не підпорядкованими один одному суб'єктами господарювання («по горизонталі»), в яких реалізуються, насамперед, приватні інтереси контрагентів. Такий правовий режим згідно із загальнодозвільним типом правового регулювання і принципом свободи підприємницької діяльності формується в основному в рамках правової інтеграції (уніфікації): господарсько-правові норми-дозволяння доповнюються цивільно-правовими нормами, утворюючи цілісний нормативний регулятор, і доповнюються охоронювальними нормами-заборами і нормами-приписами, які зобов'язують суб'єктів до певного варіанта поведінки.

У ГК України наразі не знайшли послідовного закріплення основні підходи до формування правового режиму договорів у сфері державного господарювання — державних контрактів, договорів про передачу державного майна у власність або у користування приватним особам (купівля-продаж в процесі приватизації, оренда, концесія). Цей правовий режим об'єктивно має відрізнятися підвищеним ступенем імперативності, тобто особливим співвідношенням дозволянь, заборон і позитивних зобов'язувань. І ця проблема в рамках правової інтеграції (уніфікації) не вирішується, адже застосування загальних положень про цивільно-

правові зобов'язання, договори та правочини може виявитися неефективним, а іноді й таким, що суперечить меті договору.

Нормативно-правові джерела серед усіх інших джерел права в умовах становлення соціально-ринкової економіки є найбільш лабільними. Позаяк юридичні соціальні регулятори (норми моральні, звичаї) як способи колективного мислення трансформаціям піддаються в значно меншому ступені. Але, як свідчить український досвід, при зміні політичних, ідеологічних засад суспільного життя, в кризових соціально-економічних ситуаціях (точках біфуркації), зокрема при переході від централізованої економіки до економіки, в якій діє множина самостійно плануючих свою господарську діяльність і конкуруючих між собою суб'єктів, такі колективні способи мислення виявляються нестійкими й піддаються руйнації, що негативно впливає і на правосвідомість, і на стан правопорядку в економіці.

Історико-правовий аналіз розвитку звичаїв ділового обороту свідчить про те, що роль внутрішніх звичаїв ділового обороту як регуляторів господарських договірних відносин наразі в Україні є незначною на відміну від міжнародних торгових звичаїв, які з розвитком зовнішньоекономічних відносин вітчизняних суб'єктів господарювання України набувають дедалі більшого значення. Головною умовою застосування звичаю ділового обороту як джерела господарського договірного права є відсутність в законодавстві норм, які б регулювали відповідні господарські відносини; несуперечність звичаю; сфера застосування звичаю ділового обороту обмежується лише майново-господарськими та організаційними відносинами за участю суб'єктів господарювання, які перебувають у стані рівності. Виявлено особливості механізму реалізації норм звичаю, зокрема при застосуванні їх судом до спірних правовідносин, а саме у покладенні обов'язку доведення існування та змісту звичаю на ту сторону процесу, яка на нього посилається в обґрунтування своїх вимог або заперечень.

Судова практика як джерело права може розглядатися в двох аспектах: як діяльність і як результат (досвід) цієї діяльності. У структурі судової практика виділено такі рівні: квазіпрецеденти Конституційного Суду України, уза-

гальнення-правоположення вищих судових інстанцій та «казуальне право». Не вдаючись до термінологічних дискусій відносно того, чи можна вважати акти судових інстанцій нормами права в спеціально-юридичному розумінні, слід констатувати, що судова практика є частиною соціального регулювання суспільних відносин, яка опосередковує його нормативний та індивідуальний рівні, що і впливає на характер її обов'язковості. Деонтична несуперечність і деонтична повнота системи права, в тому числі в галузевій сфері господарського права, наскільки б не відповідала ця система зазначеним вимогам, може і повинна підтримуватися і забезпечуватися господарським судом в процесі здійснення судочинства. Іншими словами, наскільки деонтично недосконалою не була б система права, суд повинен здійснювати судочинство, здійснюючи захист прав і законних інтересів учасників договірних відносин. Досягнення належного деонтичного стану системи забезпечується застосуванням інституту аналогії права (висхідних норм-засад і норм-принципів) та аналогії закону, а також і застосуванням позаюридичних нормативних регуляторів договірних відносин. Судова практика набуває особливого значення у тих випадках, коли законом не встановлено вичерпного переліку прав суб'єктів господарювання, а тому їх договірні відносини слід оцінювати з позицій добросовісності, розумності. Для цього вона повинна бути, по-перше, правомірною, а, по-друге, повинна мати усталений характер (чим значною мірою забезпечуватиметься реалізація конституційного принципу рівності громадян перед законом).

Формулярне право як своєрідний регулятор договірних відносин при начебто індивідуальному характері їх регулювання не просто є одноособовим актом правореалізації особи, яка розробила формуляр для приєднання, а й де-юре набуває обов'язковості для невизначеного кола осіб. У зв'язку з чим пропонується розглядати його як «квазіправо» та визначити в законодавстві додаткові механізми захисту слабкішої сторони в таких договорах, зокрема, щодо недійсності його умов.

Функціонування правової системи України, в тому числі системи права як її складової, має бути «налаштоване» та-

ким чином, щоб нормативно-правове регулювання господарських договірних відносин узгоджувалося і доповнювалося б іншими формами зовнішньої регуляції (судовою практикою, звичаями ділового обороту) і не пригнічувало індивідуальну саморегуляцію. А для цього в раціонально побудованій нормативно-правовій підсистемі, яка «спеціалізується» на господарських договорах, важливим є не стільки формальне визначення максимальної кількості правил поведінки, скільки правильне визначення напряму правового регулювання, насамперед, у вигляді норм-принципів, механізмів підтримки договірних відносин у випадку їх відхилення від первісно визначеної моделі, та механізмів підтримання балансу й забезпечення захисту публічних інтересів у господарських договірних відносинах (у тому числі стосовно недійсності господарських договорів).

Зовнішній нормативно-правовий вплив на господарські договірні відносини, за необхідними та виправданими винятками, має бути диспозитивним або рекомендаційним, адже жорстка (імперативна) регламентація не завжди і не обов'язково призводить до реалізації мети правового регулювання, а іноді спричинює непередбачуваний, протилежний ефект.

Категорія «правовий господарський порядок» виступає смислоутворюючою категорією господарського договірного права. Наявні в ГК норми про види договорів, до яких здебільшого не можуть застосовуватися норми ЦК, залишаються значною мірою фрагментарними, і не сприяють досягненню цілей господарського законодавства.

Утвердження правового господарського порядку, який передбачає серед іншого, і соціальну спрямованість економіки, пов'язується з такими юридичними конструкціями: 1) недійсності господарських договорів, що є, по суті, засобом недопущення договірної саморегуляції господарських договірних відносин і суперечить вимогам закону, публічним інтересам; 2) організаційного господарського договору, що є засобом забезпечення організованості господарських договірних відносин; 3) договорів у сфері державного господарювання як юридичного засобу виконання державою своїх функцій щодо забезпечення життєдіяльності суспільства. Судове тлумачення господарських договорів повинно

бути важливим засобом підтримання договірної саморегуляції та захисту інтересів слабкішої сторони в договорі.

У сучасних умовах господарське договірне право та юридичні конструкції, які в ньому напрацьовані, повинні слугувати забезпеченню сприятливого правового режиму господарських договірних відносин; захисту прав та законних інтересів добросовісної сторони в договірних відносинах; забезпеченню реалізації різноманітних публічних інтересів у господарських договірних відносинах (зокрема, публічних потреб у товарах, роботах, послугах, підвищення ефективності використання державного і комунального майна та забезпеченню потреб громадян України в товарах, роботах, послугах тощо); забезпеченню захисту слабкішого контрагента від зловживання правом економічно сильнішими суб'єктами господарювання, органами державної влади та органами місцевого самоврядування, наділеними господарською компетенцією.

Список використаних джерел

Законодавчі акти:

Конституція України // ВВР. — 1996. — № 30. — Ст. 141.

Віденська конвенція про право міжнародних договорів // ВВР Української РСР. — 1986. — № 17. — Ст. 343.

Конвенція про захист прав людини та основних свобод // Голос України. — 10 січня 2001 р. — № 3 (2503).

Конвенція Організації Об'єднаних Націй про договори міжнародної купівлі-продажу товарів від 11 квітня 1980 року // Юридичний вісник. — 2001. — № 40.

Господарський процесуальний кодекс України від 6 листопада 1991 р. // ВВР. — 1992. — № 6. — Ст. 56.

Повітряний кодекс України від 4 травня 1993 р. // ВВР. — 1993. — № 25. — Ст. 274.

Кодекс торговельного мореплавства України // ВВР. — 1995. — № 47—52. — Ст. 349.

Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. // ВВР. — 2003. — № 18, 19—20, 21—22. — Ст. 144.

Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року // ВВР. — 2003. — № 40—44. — Ст. 356.

Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 р. // ВВР. — 2004. — № 40—41, 42. — Ст. 492

Кодекс адміністративного судочинства України від 6 липня 2005 р. // Урядовий кур'єр. — 17 серпня 2005 р. — № 153—154.

Закон УРСР від 5 червня 1981 р. «Про судоустрій» із наступними змінами та доповненнями // ВВР. — 1981. — № 24. — Ст. 357.

Закон України від 4 червня 1991 р. «Про арбітражний суд» // Відомості Верховної Ради УРСР. — 1991. — № 36. — Ст. 469.

Закон України від 4 грудня 1990 р. «Про державну податкову службу в Україні» // ВВР. — 1991. — № 6. — Ст. 37.

Закон України від 6 квітня 1991 р. «Про зовнішньоекономічну діяльність» // ВВР. — 1991. — № 29. — Ст. 377.

Закон України від 18 вересня 1991 р. «Про інвестиційну діяльність» з наступними змінами // ВВР. — 1991. — № 47. — Ст. 646.

Закон України від 15 грудня 1992 р. «Про статус суддів» з наступними змінами і доповненнями // ВВР. — 1993. — № 8. — Ст. 56.

Закон України від 1 липня 1993 р. «Про колективні договори і угоди» // ВВР. — 1993. — № 36. — Ст. 361.

Закон України від 26 листопада 1993 р. «Про Антимонопольний комітет України» // ВВР. — 1993. — № 50. — Ст. 472.

Закон України від 24 лютого 1994 р. «Про міжнародний комерційний арбітраж» // ВВР. — 1994. — № 25. — Ст. 198.

Угода про партнерство і співробітництво між Європейськими співтовариствами та їх державами-членами і Україною від 14 червня 1994 р. // ВВР. — 1994. — № 46. — Ст. 415.

Закон України від 10 листопада 1994 р. «Про транспорт» // ВВР. — 1994. — № 51. — Ст. 446.

Закон України від 28 грудня 1994 р. «Про оподаткування прибутку підприємств» з наступними змінами і доповненнями // ВВР. — 1997. — № 27. — Ст. 181.

Закон України в редакції 14 березня 1995 р. «Про оренду державного та комунального майна» // ВВР. — 1995. — № 15. — Ст. 99.

Закон України від 22 грудня 1995 р. «Про поставки продукції для державних потреб» // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 3. Ст. 9.

Закон України від 15 травня 1996 р. «Про трубопровідний транспорт» // ВВР. — 1996. — № 29. — Ст. 139.

Закон України від 7 червня 1996 р. «Про захист від недобросовісної конкуренції» // ВВР. — 1996. — № 36. — Ст. 164.

Закон України від 4 липня 1996 р. «Про залізничний транспорт» // ВВР. — 1996. — № 40. — Ст. 183.

Закон України від 10 липня 1996 р. «Про особливості приватизації майна в агропромисловому комплексі» // ВВР. — 1996. — № 41. — Ст. 188.

Закон України від 16 жовтня 1996 р. «Про Конституційний Суд України» // ВВР. — 1996. — № 49. — Ст. 272.

Закон України від 30 жовтня 1996 р. «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні» // ВВР. — 1996. — № 51. — Ст. 292.

Закон України від 24 січня 1997 р. «Про державний матеріальний резерв» // ВВР. — 1997. — № 13. — Ст. 112.

Закон України від 13 травня 1997 р. «Про внесення змін до Арбітражного процесуального кодексу України» // ВВР. — 1997. — № 25. — Ст. 171.

Закон України 21 травня 1997 р. «Про місцеве самоврядування» // ВВР. — 1997. — № 24. — Ст. 170.

Закон України від 17 липня 1997 року «Про ратифікацію Конвенції про захист прав і основних свобод людини 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції» // ВВР. — 1997. — № 40. — Ст. 263.

Закон України від 16 жовтня 1997 р. «Про електроенергетику» // ВВР. — 1998. — № 1. — Ст. 1.

Закон від 7 липня 1999 р. «Про перелік об'єктів права державної власності, що не підлягають приватизації» // ВВР. — 1999. — № 37. — Ст. 332.

Закон України від 16 липня 1999 р. «Про концесії» // ВВР. — 1999. — № 41. — Ст. 372.

Закон України від 14 вересня 1999 р. «Про угоди про розподіл продукції» // ВВР. — 1999. — № 44. — Ст. 391.

Закон України 14 грудня 1999 р. «Про концесії на будівництво та експлуатацію автомобільних доріг» // ВВР. — 2000. — № 3. — Ст. 21.

Закон України від 20 квітня 2000 р. «Про природні монополії» // ВВР. — 2000. — № 30. — Ст. 238.

Закон України від 17 лютого 2000 р. «Про усунення дискримінації в оподаткуванні суб'єктів підприємницької діяль-

ності, створених з використанням майна та коштів вітчизняного походження» // ВВР. — 2000. — № 12. — Ст. 97.

Закон України від 22 лютого 2000 р. «Про закупівлю товарів, робіт, послуг за державні кошти» // ВВР. — 2000. — № 20. — Ст. 148.

Закон України від 23 березня 2000 р. «Про державне прогнозування та розроблення програм економічного і соціального розвитку України» // ВВР. — 2000. — № 25. — Ст. 195.

Закон України від 18 травня 2000 р. «Про особливості приватизації підприємств, що належать до сфери управління Міністерства оборони України» // ВВР. — 2000. — № 35. — Ст. 79.

Державна програма приватизації на 2000—2002 роки. Затверджена Законом України від 18 травня 2000 року // ВВР. — 2000. — № 33—34. — Ст. 272.

Закон України від 13 липня 2000 р. «Про особливості приватизації відкритого акціонерного товариства «Укртелеком» // ВВР. — 2000. — № 41. — Ст. 341.

Закон від 14 вересня 2000 р. «Про особливості приватизації об'єктів незавершеного будівництва» // ВВР. — 2000. — № 45. — Ст. 375.

Закон від 2 листопада 2000 р. «Про особливості приватизації пакета акцій, що належить державі у статутному фонді відкритого акціонерного товариства «Маріупольський металургійний комбінат імені Ілліча» // ВВР. — 2000. — № 51—52. — Ст. 450.

Закон України від 5 квітня 2001 р. «Про автомобільний транспорт» // ВВР. — 2001. — № 22. — Ст. 105.

Закон України від 21 червня 2001 р. «Про внесення змін до Закону України «Про арбітражний суд» // ВВР. — 2001. — № 40. — Ст. 194.

Закон України від 12 липня 2001 р. «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» // ВВР. — 2002. — № 1. — Ст. 1.

Закон України від 12 липня 2001 р. «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні» // ВВР. — 2001. — № 47. — Ст. 251.

Закон України від 7 лютого 2002 року «Про судоустрій» // ВВР. — 2002 — № 27—28. — Ст. 180.

Закон України від 21 листопада 2002 р. «Про Концепцію Загальнодержавної програми адаптації законодавства Ук-

раїни до законодавства Європейського Союзу» // ВВР. — 2003. — № 3. — Ст. 12.

Закон України від 19 червня 2003 р. «Про основи національної безпеки України» // ВВР. — 2003. — № 39. — Ст. 351.

Закон України від 11 грудня 2003 р. «Про фінансовий лізинг» // ВВР. — 2004. — № 15. — Ст. 231

Закон від 03 лютого 2004 р. «Про внесення змін до деяких законів України з метою стимулювання концесійної діяльності» // ВВР. — 2004. — №19. — С.254.

Закон України від 18 березня 2004 р. «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» // ВВР. — 2004. — № 29. — Ст. 367.

Закон від 9 квітня 2004 р. «Про особливості приватизації підприємств Державної акціонерної компанії «Укррудпром» // Урядовий кур'єр. — 2004. — № 82—83. — 30.04.2004.

Закон України від 11 травня 2004 р. «Про третейські суди» // ВВР. — 2004. — № 35. — Ст. 412.

Закон України від 29 червня 2004 р. «Про міжнародні договори України» // Урядовий кур'єр. — 18 серпня 2004 р. — № 155.

Закон України від 12 січня 2005 р. «Про формування конкурентних засад у процесі приватизації акцій (часток, паїв), що належать державі у майні юридичних осіб» // Урядовий кур'єр. — 9 лютого 2005 року

Закон України від 4 лютого 2005 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» // ВВР. — 2005. — № 11. — Ст. 205.

Закон України від 16 червня 2005 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо додаткових гарантій захисту фінансових інтересів держави» // Урядовий кур'єр. — 27 липня 2005 року. — № 137.

Закон України від 23 червня 2005 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо досудового врегулювання спорів» // ВВР. — 2005. — № 33. — Ст. 427.

Закон України від 8 вересня 2005 р. «Про стимулювання розвитку регіонів» // Урядовий кур'єр. — 12 жовтня 2005 року. — № 193.

Закон України від 1 грудня 2005 р. «Про захист прав споживачів» // Урядовий кур'єр. — 18 січня 2006 р. — № 9.

Постанова Верховної Ради України від 12 вересня 1991 р. «Про порядок тимчасової дії на території України окремих актів законодавства Союзу РСР» // ВВР України. — 1991. — № 46. — Ст. 621.

Указ Президента України від 4 жовтня 1994 р. № 566/94 «Про заходи щодо впорядкування розрахунків за договорами, що укладають суб'єкти підприємницької діяльності України» // Урядовий кур'єр. — 6 жовтня 1994 року. — № 154—155.

Указ Президента України від 4 жовтня 1994 р. № 567/94 «Про застосування Міжнародних правил інтерпретації комерційних термінів» // Урядовий кур'єр. — 6 жовтня 1994 р. — № 154—155.

Указ Президента від 1 липня 1995 р. «Про внесення змін до Указу Президента України від 4 жовтня 1994 року № 567» // Урядовий кур'єр. — 6 липня 1995 р. — № 99—100.

Указ Президента України від 11 червня 1998 року № 615/98 «Про затвердження Стратегії інтеграції України до Європейського Союзу // Урядовий кур'єр. — 1998. — 18 червня 1998 р. — № 114—115.

Положення про Державний комітет України з державного матеріального резерву. Затверджено Указом Президента України від 20 жовтня 2001 року № 996/2001 // Офіційний вісник України. — 2001. — № 43. — Ст. 1923.

Устав внутрішнього водного транспорту Союзу ССР. Утверджено постановлением СМ СССР от 15 октября 1955 г. № 1801 // Інформаційна система «Ліга».

Статут автомобільного транспорту Української РСР, затверджений Постановою Ради Міністрів УРСР від 27 червня 1969 р. № 401 // ЗП УРСР. — 1969. — № 7. — Ст. 88.

Статут залізниць України. Затверджено постановою КМУ від 6 квітня 1998 р. № 457 // Офіційний вісник України. — 1998. — № 14. — Ст. 548.

Типовий договір (контракт) на реалізацію інвестиційного проекту на території пріоритетного розвитку, в спеціальній (вільній) економічній зоні. Затверджено постановою КМУ від 5 липня 1999 р. № 1199 // Офіційний вісник України. — 1999. — № 27. — Ст. 1333.

Типовий концесійний договір. Затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 12 квітня 2000 р. № 643 // Офіційний вісник України. — 2000. — № 15.

Правила подачі газу споживачам України. Затверджено Міністерством державних ресурсів України від 30.09.1992 № 16-62/250-1 // Інформаційна система «Ліга».

Правила перевезень вантажів автомобільним транспортом в Україні. Затверджено наказом Міністерства транспорту України від 14 жовтня 1997 р. № 363 // Офіційний вісник України. — 1998. — № 8. — Ст. 312.

Типовий договір про перевезення вантажів автомобільним транспортом у місцевому та міжміському сполученні. Затверджено наказом Міністерства транспорту України від 14 жовтня 1997 р. № 363 // Офіційний вісник України. — 1998. — № 8. — Ст. 312.

Примірний договір фінансового лізингу. Затверджено наказом Міністерства України у справах науки і технологій від 3 березня 1998 р. № 59 // Офіційний вісник України. — 1998. — № 13. — Ст. 507.

Типовий депозитарний договір, затверджений наказом Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку України від 14 липня 1998 р. № 87 // Офіційний вісник України. — 1998. — № 34. — Ст. 1291.

Типовий договір про відкриття рахунку у цінних паперах. Затверджено наказом Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку України від 14 липня 1998 р. № 87 // Офіційний вісник України. — 1998. — № 34. — Ст. 1291.

Типовий договір про обслуговування емісії цінних паперів, затвержені наказом Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку України від 14 липня 1998 р. № 87 // Офіційний вісник України. — 1998. — № 34. — Ст. 1291.

Типовий договір оренди цілісного майнового комплексу державного підприємства (структурного підрозділу підприємства). Затверджено наказом Фонду державного майна України від 23 серпня 2000 р. № 1774 // Офіційний вісник України. — 2000. — № 52. — Ст. 2281.

Примірний договір про відшкодування витрат балансоутримувача на утримання орендованого нерухомого майна та надання комунальних послуг орендарю. Затверджено наказом Фонду державного майна України від 23 серпня 2000 р.

№ 1774 // Офіційний вісник України. — 2000. — № 52. — Ст. 2281.

Порядок постачання електричної енергії споживачам. Затверджено постановою КМУ від 9 квітня 2002 р. № 475 // Офіційний вісник України. — 2002. — № 15. — Ст. 798.

Умови проведення конкурсу з продажу пакета акцій ВАТ «Криворізький гірничо-металургійний комбінат «Криворіжсталь». Затверджено розпорядженням Кабінету Міністрів України від 9 серпня 2005 р. № 322-р // Урядовий кур'єр. — 13 серпня 2005 р. — № 150.

Договір між Членами Оптового ринку електричної енергії України 15 листопада 1996 р. Затверджено постановою Національної комісії з питань регулювання електроенергетики України // Інформаційно-пошукова система «Законодавство України».

Правила користування електричною енергією. Затверджено постановою Національної комісії з питань регулювання електроенергетики України від 22 серпня 2002 р. № 928 // Офіційний вісник України. — 2002. — № 48. — С. 2202.

ІНКОТЕРМС. Офіційні правила тлумачення торговельних термінів Міжнародної палати (редакція 2000 р.). Видання МТП № 560 // Урядовий кур'єр. — 3 квітня 2002 р. — № 63; 10 квітня 2002 р. — № 68.

Загальні умови укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві. Затверджено постановою КМУ від 1 серпня 2005 року № 668 // Урядовий кур'єр. — 31 серпня 2005 р. — № 163.

Договір про заснування Європейського економічного співтовариства від 25 березня 1957 року // Інформаційна система «Ліга».

Розпорядження Антимонопольного комітету України № 54-р від 26 квітня 2000 року «Про результати розгляду справи про недобросовісну конкуренцію» // Інформаційна система «Ліга».

Інструкція о порядке приемки продукции производственно-технического назначения и товаров народного потребления по количеству. Утверждена постановлением Госарбитража СССР от 15 июня 1965 года № П-6 // Бюллетень нормативных актов министерств и ведомств СССР. — 1975. — № 2.

Инструкция о порядке приемки продукции производственно — технического назначения и товаров народного потребления по качеству. Утверждена постановлением Госарбитража СССР от 25 апреля 1966 года № П-7 // Бюллетень нормативных актов министерств и ведомств СССР. — 1975. — № 2.

Література

Агарков М. М. Обязательство по советскому гражданскому праву // Избр. труды по гражданскому праву: В 2 т. Т. I. — М.: Центр ЮрИнфоР, 2002 — 490 с.

Агарков М. М. Понятие сделки по советскому гражданскому праву // Избр. труды по гражданскому праву: В 2 т. Т. II. — Центр ЮрИнфоР, 2002 — С. 333— 360.

Агарков М. Понятие хозяйственного права в германской литературе // Право и жизнь. Кн. пятая и шестая. — М., 1924. — С. 33—37.

Азимов Ч. Поняття і зміст приватного права // Вісник академії правових наук України. — 1998. — № 3(14). — С. 50—58.

Актуальні проблеми цивільного права і процесу в Україні / Я. М. Шевченко, Ю. Л. Бошицький, А. Ю. Бабаскін та ін. — К.: Інститут держави і права імені В. М. Корецького НАН України, 2005. — 456 с.

Алексеев С. С. Наука права. Избранное. — М.: Статут, 2003. — 480 с.

Алексеев С. С. Общая теория права: В 2 т. Т. I. — М.: Юрид. лит., 1981. — 360 с.

Алексеев С. С. Общая теория права: В 2 т. Т. II — М.: Юрид. лит., 1982. — 360 с.

Алексеев С.С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве. — М.: Юрид. лит., 1989. — 288 с.

Алексеев С.С. Право: азбука—теория—философия: Опыт комплексного исследования. — М.: Статут, 1999. — 712 с.

Алексеев С.С. Право на пороге нового тысячелетия: некоторые тенденции мирового правового развития — надежда и драма современной эпохи. — М.: Статут, 2000. — 256 с.

Алексеев С.С. Предмет советского гражданского права и метод гражданско-правового регулирования // Антология

уральской цивилистики. 1925—1989: Сб. статей. — М.: Статут, 2001. — С. 7—53.

Алексеев С. С. Самое святое, что есть у Бога на земле. Иммануил Кант и проблемы права в современную эпоху. — М.: Изд-во НОРМА, 1998. — 416 с.

Алексеев С. С. Юридические конструкции — ключевое звено права // Цивилистические записки. Межвузовский сборник научных трудов. — М.: Статут, 2001. — С. 5—20.

Амфитеатров Г. Н. К вопросу о понятии советского гражданского права // Советское государство и право. — 1940. — № 11. — С. 85—102.

Андрейцев В. І. Право екологічної безпеки: Навч. та наук.-практ. посібник. — К.: Знання-Прес, 2002. — 332 с.

Аннерс Э. История европейского права / Пер. со швед. Ин-т Европы. — М.: Наука, 1999. — 395 с.

Ансон В. Договорное право / Пер. с англ. — М.: Юрид. лит., 1984. — 464 с.

Арбитраж в механизме социалистического хозяйствования стран-членов СЭВ. — М.: Наука, 1988. — 176 с.

Арбитраж в СССР: Учеб. пособие / Под ред. М. С. Шакарян. — М.: Юрид. лит., 1981. — 248 с.

Арбитраж в СССР: Учеб. пособие / Под ред. К. С. Юдельсона. — М.: Юрид. лит., 1984. — 240 с.

Архипов С. И. Субъект права: теоретическое исследование. — СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2004. — 469 с.

Аскназий С. Правовые формы товарного и планового хозяйства // Советское право. Журнал института советского права. — 1926. — № 5(23). — С. 32—40.

Афанасьев К. К. Адміністративні договори: реалії та перспективи: Монографія / МВС України, Луган. акад. внутр. справ ім. 10-річчя незалежності України; (Наук. ред. канд. юрид. наук, проф. Ю. П. Битяк). — Луганськ: РВВ ЛАВС, 2004. — 320 с.

Балюк Г. І Проблеми формування та становлення ядерного права України: Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. — К., 2001. — 33 с.

Бартошек М. Римское право: Понятия, термины, определения / Пер. с чешск. — М.: Юрид. лит., 1989. — 448 с.

Бахин С. В. Субправо (международные своды унифицированного контрактного права). — СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. — 311 с.

Бахрах Д. Н. Действие норм права во времени: Теория, законодательство, судебная практика — М.: Норма, 2004. — 224 с.

Бахрах Д. Н., Россинский Б. В., Стариков Ю. Н. Административное право: Учебник для вузов. — 2-е изд., изм. и доп. — М.: Норма, 2005. — 800 с.

Бациев В. В. Обязательство, осложненное условием об отступном (замене исполнения). — М.: Статут, 2003. — 109 с.

Бачиашвили И. М. О понятии социальной нормы // Право и правотворчество: вопросы теории. — М.: ИГПАН СССР, 1982. — С. 64—69.

Бачило И. Л. Информационное право. Роль и место в системе права Российской Федерации // Государство и право. — 2001. — № 2. — С. 5—14.

Бачинин В. А., Сальников В. П. Философия права: Краткий словарь. — СПб.: Лань, 2000. — 400 с.

Белов В. «...Несомненно знающий и испытанный цивилист» // Предисловие к кн.: *Цитович П. П.* Очерк основных понятий торгового права. — М.: Центр ЮрИнфоР, 2001. — С. 12—45.

Беляневич В. Е. Арбітражне судочинство: визнання недійсними актів державних та інших органів: Навч. посібник. — К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2001. — 304 с.

Беляневич В. Е. Про види актів Вищого господарського суду України // Вісник господарського судочинства. — 2005. — № 4. — С. 140—145.

Беляневич В. Е. Про «запровадження» судового прецеденту // Вісник господарського судочинства. — 2002. — № 3. — С. 173—177.

Беляневич В. Е. Прецедентність судової практики: деякі аспекти дослідження проблеми // Бюлетень Міністерства юстиції. — 2005. — № 11. — С. 73—80.

Бем Ф. Частноправовое общество и рыночная экономика // Теория хозяйственного порядка: «Фрайбургская школа» и немецкий неоллиберализм / Пер. с нем.; Составление, предисловие и общ. ред В. Гутника. — М.: Изд-во «Экономика», 2002. — С. 191—268.

Бержель Ж.-Л. Общая теория права / Пер. с фр.; Под общ. ред. В. И. Даниленко. — М.: Издательский дом NOTA BENE. 2000. — 576 с.

Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования / Пер. с англ. — М.: Изд-во МГУ, 1994. — 592 с.

Білоус Ж. А. Дійсність господарських договорів: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2005. — 20 с.

Быков А. Г. План и хозяйственный договор. — М.: Изд-во Московского ун-та, 1975. — 158 с.

Блауберг И. В., Юдин Э. Г. Становление и сущность системного подхода. — М.: Наука, 1973. — 270 с.

Бобкова А. Г. Правове забезпечення рекреаційної діяльності: Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. — Донецьк, 2001. — 34 с.

Бобкова А. Г., Моїсєєв Ю. О. Біржове право: Навч. посібник. — К.: Центр навч. літ., 2005. — 200 с.

Богданов А. А. Тектология. (Всеобщая организационная наука): В 2 кн. Кн. 1 / Редкол. Л. И. Абалкин (отв. ред.) и др. — М.: Экономика, 1989. — 304 с.

Богданов Е. Категория «добросовестности» в гражданском праве // Российская юстиция. — 1999. — № 9. — С. 12—14.

Боголепов Н. П. Учебник истории римского права / Под ред. и с предисл. В. А. Томсинова. — М.: Зерцало, 2004. — 568 с.

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

Боднар Т. В. Договірні зобов'язання як категорія цивільного права // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. Вип. 61. — 2004. — С. 73—75.

Боднар Т. В. Теоретичні проблеми виконання договірних зобов'язань (цивільно-правовий аспект): Дис. ... докт. юрид. наук. — К., 2005. — 442 с.

Борденюк В. І. Судова влада як складова механізму держави та державного управління // Вісник господарського судочинства. — 2005. — № 2. — С. 151—163.

Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Кн. первая: Общие положения. — 2-е изд. испр. — М.: Статут, 1999. — 848 с.

Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Кн. вторая. Договоры о передаче имущества. — М.: Статут, 2000. — 800 с.

Брагинский М. И. Хозяйственный договор: Каким ему быть? — М.: Экономика, 1990. — 175 с.

Братусь С. Н., Венгеров А. Б. Понятие, содержание и формы судебной практики // Судебная практика в советской правовой системе. — М.: Юрид. лит., 1975. — С. 8—74.

Братусь С., Маковский А., Рахмилович В. Правовое регулирование хозяйственной деятельности // *Рахмилович В. А.* Избранное. — М.: ЗАО Юстицинформ, 2005. — С. 42—55.

Бродель Ф. Матеріальна цивілізація, економіка і капіталізм, XV—XVIII ст.: У 3 т. Т. 2. Ігри обміну / Пер. с фр. Г.Філіпчук. — К.: Основи, 1997. — 585 с.

Брэбан Г. Французское административное право / Пер. с фр.; Под ред. и со вступ. ст. С. В. Хоботова. — М.: Прогресс, 1988. — 488 с.

Булгакова І. В. Правове регулювання перевезення вантажів залізничним транспортом в Україні: Автореф. дис. ... канд. юрид наук. — К., 2003. — 20 с.

Буданов В. Г. Синергетика: история, принципы, современность // <http://spkurdyumov.narod.ru/SinBud.htm>

Булгакова І. В., Клепикова О. В. Транспортне право України: Академічний курс: Підручник для студ. юр. вищ. навч. закл. — К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2005. — 536 с.

Быков А. Г. План и хозяйственный договор. — М.: Изд-во Московского ун-та, 1975. — 158 с.

Васева Н. В. Имущественные и организационные гражданско-правовые договоры // Гражданско-правовой договор и его функции: Межвузовский сборник научных трудов. — Свердловск: УрГУ, 1980. — С. 53—69.

Васильев А. М. Система социалистического права. — М.: ВЮЗИ, 1961. — 35 с.

Васильев А. М. Правовые категории: Методологические разработки системы категорий теории права. — М.: Юрид. лит., 1976. — 264 с.

Васьковский Е. В. Цивилистическая методология: Учение о толковании и применении гражданских законов. — М.: Центр ЮрИнфоР, 2002. — 508 с.

Введение в теорию государственно-правовой организации социальных систем / Под общ. ред. Е. Б. Кубко. — К.: Юринком, 1997. — 192 с.

Вебер М. Про деякі категорії соціології розуміння // Соціологія: Загальноісторичні аналізи. Політика. — К.: Основи, 1998. — С. 104—156.

Вебер М. Основные социологические понятия // Избр. произведения / Пер. с нем.; Сост., общ. ред. и послесл. Ю. Н. Давидова; Предисл. П. П. Гайденко. — М.: Прогресс, 1990. — С. 602—643.

Вебер М. Про внутрішні покликання до науки // Соціологія: Загальноісторичні аналізи. Політика. — К.: Основи, 1998. — С. 310—354.

Ведель Ж. Административное право Франции. — М.: Прогресс, 1973. — 512 с.

Венедиктов А. В. Договорная дисциплина в промышленности // Избр. труды по гражданскому праву: В 2 т. Т. I. — М.: Статут, 2004. — С. 394—460.

Венедиктов А. В. Слияние акционерных компаний // Избр. труды по гражданскому праву: В 2 т. Т. I. М.: Статут, 2004. — С. 70—89.

Венгеров А. Б. Теория государства и права: Учебник для юридических вузов. — 3-е изд. — М.: Юриспруденция, 2000. — 528 с.

Венгеров А. Б. Синергетика, юридическая наука, право // Советское государство и право. — 1986. — № 10. — С. 36—45.

Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров: Комментарий. — М.: Юрид. лит., 1994. — 320 с.

Венская конвенция о праве международных договоров. Комментарий. — М.: Юрид. лит., 1997. — 336 с.

Вердников В. Г. Хозяйственные договоры. — М.: ВЮЗИ, 1965. — 118 с.

Вильнянский С. И. Лекции по советскому гражданскому праву. Ч. 1. — Харьков: Изд-во Харьковского государственного ун-та им. А. М. Горького, 1958. — 339 с.

Вильнянский С. И. Обычай и правила социалистического общежития // Ученые записки Харьковского юрид. ин-та имени Л. М. Кагановича. — 1954. — С. 3—24.

Вильнянский С. И. Положение о государственных подрядах и поставках: Практический комментарий и материалы. — Харьков: Изд. Совета съездов промышленности, торговли и транспорта УССР, 1926. — 203 с.

Вінник О. М. Господарське право: Курс лекцій. — К.: Атіка, 2004. — 624 с.

Вінник О. М. Інвестиційне право. Навч. посібник. — К.: Атіка, 2000. — 264 с.

Вінник О. М. Публічні та приватні інтереси в господарських товариствах: проблеми правового забезпечення: Монографія. — К.: Атіка, 2003. — 352 с.

Вислобоков К. Визначна пам'ятка українського права: джерела, зміст, система та соціально-політичні передумови створення // Права, за якими судиться малоросійський народ. 1743 р. — К.: НАН України, Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького, Ін-т української археографії та джерелознавства ім. М. С. Грушевського, 1997. — С. IX—XLIX.

Витченко А. М. Механизм правового регулювання соціалістических общественных отношений, его понятие и структура // Вопросы теории государства и права: Сб. статей под ред. М. И. Байтина. Вып. 1. — Саратов, 1968. — С. 65—92.

Віхров О. Роль і місце організаційно-господарських зобов'язань у сучасній економіці // Право України. — 2004. — № 4. — С. 53—56.

Власов Ю. Л. Проблеми тлумачення норм права: Монографія. — К.: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2001. — 180 с.

Всемирная энциклопедия: Философия / Главн. науч. ред. и сост. А. А. Грицанов. — М.: АСТ, Минск.: Харвест, Современный литератор, 2001. — 1312 с.

Вступ до сучасної юридичної логіки / В. Д. Тітов, В. В. Навроцький, О. Ю. Марченко та ін.; За ред. М. І. Панова та В. Д. Тітова. — Харків: Ксилон, 2001 — 198 с.

Вышинский А. Я. Основные задачи науки советского социалистического права // Вопросы теории государства и права. — М.: Госиздат. юрид. лит., 1949. — С. 53—122.

Гадамер Г.-Г. Істина і метод / Пер. з нім. Т. І: Герменевтика І: Основи філософської герменевтики. — К.: Юніверс, 2000. — 464 с.

Гадамер Г.-Г. Класична і філософська герменевтика / Істина і метод / Пер. з нім. Т. II: Герменевтика II: Основи філософської герменевтики. Доповнення, покажчики. — К.: Юніверс, 2000. — С. 86—108.

Герасименко О. О. Забезпечення виконання господарських договорів з реалізації продукції: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Донецьк, 2004. — 20 с.

Германское право. Ч. 1. Гражданское уложение / Пер. с нем.; Серия: Современное зарубежное и международное частное право. — М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996. — 552 с.

Гонгало Б. М. Идеи частного права: должное и сущее // Цивилистические записки: Межвузовский сборник научных трудов. Вып. 3. — М.: Статут; Екатеринбург: Институт частного права, 2004. — С. 74—97.

Гонгало Б. М. Учение об обеспечении обязательств. — М.: Статут, 2002. — 222 с.

Гойхбарг А. Г. Хозяйственное право РСФСР. Т. I. Гражданский кодекс. — 2-е изд. — Москва—Петроград: Госиздат, 1923. — 214 с.

Господарське право: Практикум / В. С. Щербина (кер. авт. кол.). — 2-е вид., перероб. і доп. — К.: Юрінком Інтер, 2003. — 416 с.

Грабар В. Э. Начало равенства государств в современном международном праве // Антологія української юридичної думки: В 10 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова) та ін. Т. 8: Міжнародне право / Упорядники: В. Н. Денисов, К. О. Савчук; відп. ред. В. Н. Денисов. — К.: Видавничий Дім «Юридична книга», 2004. — С. 444—475.

Грабар В. Э. Первоначальное значение римского термина *jus gentium* // Антологія української юридичної думки: В 10 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова) та ін. Т. 8: Міжнародне право / Упорядники: В. Н. Денисов, К. О. Савчук; відп. ред. В. Н. Денисов. — К.: Видавничий Дім «Юридична книга», 2004. — С. 476—508.

Градковский А. Начала русского государственного права. Т. 1. О государственном устройстве. — СПб., 1875. — 436 с.

Гражданский кодекс Грузии. — СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. — 750 с.

Гражданский кодекс Квебека. — М.: Статут, 1999. — 472 с.

Гражданский кодекс Латвийской Республики. — СПб.: Юридический центр Пресс, 2001. — 830 с.

Гражданский кодекс Республики Беларусь. — СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. — 1059 с.

Гражданский кодекс Республики Казахстан. — СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. — 1029 с.

Гражданский кодекс Российской Федерации. Ч. первая и вторая. С постановочными материалами из практики Высшего Арбитражного суда Российской Федерации. — М.: Изд. группа НОРМА—ИНФРА-М, 1999. — 832 с.

Гражданский кодекс советских республик. Текст и практический комментарий под ред. А. Малинецкого, Председателя Гражданской кассационной коллегии Верховного Суда. — Гос. издат. Украины, 1923. — 320 с.

Гражданский процесс: Учебник / Под общ. ред. С. Н. Абрамова. — М.: Юрид. изд-во Министерства юстиции СССР, 1948. — 483 с.

Гражданское законодательство Израиля. — СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. — 633 с.

Гражданское и торговое право зарубежных государств: Учебник. — 4-е изд., перераб. и доп.: В 2 т. — Т. 1 / Отв. ред. Е. А. Васильев, А. С. Комаров. — М.: Междунар. отношения, 2004. — С. 560 с.

Гражданское и торговое право зарубежных стран: Учеб. пособие / Под общ. ред. В. В. Безбаха и В. К. Пучинского. — М.: МЦФЭР, 2004. — 896 с.

Гражданское и торговое право капиталистических государств. — 3-е изд., перераб. и доп. — М.: Междунар. отношения, 1993. — 560 с.

Гражданское уложение Германии = Deutsches Burgerliches Gesetzbuch mit Einfuhrungsgesetz: Ввод. закон к Гражд. уложению / Пер. с нем.; Науч. редакторы — А. Л. Маковский (и др.). — М.: Волтерс Клувер, 2004. — 816 с.

Гражданское уложение. Проект Высочайше учрежденной Редакционной Комиссии по составлению Гражданского Уложения (С объяснениями, извлеченными из трудов Редакционной Комиссии и с приложением законопроекта об авторском праве, одобренного Государственной Думой). Под ред. И. М. Тютрюмова. Т. 2. — СПб., 1910. — 1362 с.

Грибанов В. Р. Пределы осуществления и защиты гражданских прав // Осуществление и защита гражданских прав. — М.: Статут, 2000. — С. 19—212.

Григорьев Ф. А. Признаки и классификация актов применения права // Вопросы теории государства и права / Сб: статей под ред. М. И. Байтина. Вып. 1. — Саратов, 1968. — С. 93—109.

Гримич М. Інститут власності у звичаєво-правовій культурі українців ХІХ — початку ХХ ст. — К., 2004. — 588 с.

Гришин Д. А. Неустойка: теория, практика, законодательство. — М.: Статут, 2005. — 172 с.

Гуйван П. Стандартный договор и его место в регулировании договорных отношений // Підприємництво, господарство і право. — 2003. — № 9. — С. 10—13.

Гурвич М. А. Судебное решение: Теоретические проблемы. — М.: Юрид. лит., 1976. — 176 с.

Давид Р. Основные правовые системы современности / Пер. с фр. и вступ. ст. В. А. Туманова. — М.: Прогресс, 1988. — 496 с.

Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. — М.: Междунар. отношения, 2003. — 400 с.

Дедов Д. И. Общеправовой принцип соразмерности и ограничение свободы предпринимательства // Вестник Московского ун-та, Сер. 11, Право. — 2002. — № 6. — С. 22—37.

Дедов Д. И. Соразмерность ограничения свободы предпринимательства. — М.: Юристъ, 2002. — 187 с.

Дейвис Г. Право внутреннего рынка Европейского Союза: Учеб. пособие / Пер. с англ. — К.: Знання-Прес, 2004. — 422 с.

Денисов А. И. Теория государства и права. — М.: Юрид. изд-во министерства юстиции СССР, 1948. — 532 с.

Джунь В. В. До питання про обов'язковість застосування реституції у разі неправозгідності угоди // Вісник господарського судочинства. — 2002. — № 4. — С. 165—167.

Джунь В. В. Нормативний комплекс про неспроможність як підгалузь господарського права // Вісник господарського судочинства. — 2003. — № 1. — С. 139—145.

Дигесты Юстиниана / Пер. с лат.; Отв. ред. Л. Л. Кофанов. — М.: Статут, 2002. — 584 с.

Добров О. Правоутворення без законодавця: Нариси з теорії джерел права. Ч. 1. Звичаєве право. — К.: Українська академія наук, 1928. — 121 с.

Довгерт А. Новый Гражданский кодекс Украины: предмет, субъекты, источники гражданского права // Гражданское законодательство. Статьи. Комментарии. Практика. Вып. 20. — Алматы: ЮРИСТ, 2004. — С. 114—133.

Дозорцев В. А. Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации: Сб. статей / Исслед. центр частного права. — М.: Статут, 2003. — 416 с.

Дозорцев В. А. Понятие исключительного права // Проблемы современного гражданского права: Сб. статей. — М.: Городец, 2000. — С. 287—320.

Дыдынский Ф. Латинско-русский словарь к источникам римского права. — Варшава, 1896. — 465 с.

Дюркгейм Э. Социология: Ее предмет, метод, предназначение / Пер. с фр., составление, послесловие и примечания А. Б. Гофмана. — М.: Канон, 1995. — 352 с. — (История социологии в памятниках).

Евтихийев А. Ф. Основы советского административного права // Антологія української юридичної думки: В 6 т. / Редкол. Ю. С. Шемшученко (голова) та ін. Т. 5: Поліцейська та адміністративне право / Упорядники: Ю. І. Римаренко, В. Б. Авер'янов, І. Б. Усенко. — К.: Видавничий Дім «Юридична книга», 2003. — С. 455—506.

Единообразный торговый кодекс США / Пер. с англ. Серия: Современное зарубежное и международное частное право. — М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996. — 427с.

Елистратов А. И. Очерк административного права. — Москва—Петроград: Госиздат, 1923 — 236 с.

Еллинек Г. Общее учение о государстве / Вступительная статья докт. юрид. наук, проф. Ю. И. Козлихина. — СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. — 752 с.

Ельяшевич В. Б. «Социалистический сектор» советского народного хозяйства и гражданское право // Закон и суд. Вестник Русского юридического общества, 1929—1938. Т. 1. 1929—1930. — Рига, 2000. С. 154—156, 173—175.

Емельянов В. И. Разумность, добросовестность, злоупотребление гражданскими правами. — М.: Лекс-Книга, 2002. — 160 с.

Ершов В. В. Судебное правоприменение (теоретические и практические проблемы). — М.: Правовая академия Министерства юстиции СССР, 1991. — 97 с.

Ершов Ю. Л. О возможности существования обязательств с неопределенной множественностью лиц // *Цивилистические записки: Межвузовский сборник научных трудов*. Вып. 2. — М.: Статут. — Екатеринбург: Институт частного права. 2002. — С. 353—358.

Забигайло В. К. Проблема «пробелов в праве»: К критике буржуазной теории. — К.: Наукова думка, 1974. — 135 с.

Забоев К. И. Правовые и философские аспекты гражданско-правового договора. — СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. — 278 с.

Завадский С. В. Гражданское право: Общая часть, вещное и обязательственное право // *Право Советской России*. Сб. статей, составленный профессорами русского юридического факультета в Праге. Вып. 2. — Прага, 1925. — С. 5—97.

Законы гражданские (Св. Зак. Т. X ч. 1 изд. 1887 г.) / Сост. под ред. А. К. Гаугера. — СПб., 1895. — 766 с.

Законы гражданские с разъяснениями Правительствующего Сената и комментариями русских юристов / Сост. И. М. Тютрюмов. — СПб., 1913. — 1906 с.

Заменгоф З. М. Изменение и расторжение хозяйственных договоров. — М.: Юрид. лит., 1967. — 144 с.

Зеккер Франц Юрген. Общие основы частного права // *Проблемы гражданского и предпринимательского права Германии / Пер. с нем.* — М.: Изд-во «БЕК», 2001. — С. 3—33.

Зимелева М. В., Серебровский В. И., Шкундин З. И. Гражданское право: Учебник для юридических школ / Под ред. С. Н. Братуся. — М.: Юрид. изд-во Министерства юстиции СССР, 1947. — 486 с.

Зивс С. Л. Источники права. — М.: Наука, 1981. — 240 с.

Знаменский Г. Л. Общественный хозяйственный порядок и законодательство // *Государство и право.* — 1994. — № 4. — С. 61—70.

Знаменский Г. Л. Совершенствование хозяйственного законодательства: цель и средства. — К.: Наукова думка, 1980. — 188 с.

Знаменский Г. Л. Хозяйственное законодательство Украины: Формирование и перспективы развития. — К.: Наукова думка, 1996. — 64 с.

Зумбулидзе Р.-М. З. Обычное право как источник гражданского права // Обычай в праве: Сборник. — СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. — С. 9—196.

Иванов В. В. К вопросу об общей теории договора // Государство и право. — 2000. — № 12. — С. 73—79.

Иванов В. В. Общие вопросы теории договора — М.: Эдиториал УРСС, 2000. — 160 с.

Івановська О. П. Звичаєве право в Україні. Етнотворчий аспект: Навч. посібник. — К.: ТОВ «УВПК «Ексоб», 2002. — 264 с.

Исаев И. А. Становление хозяйственно-правовой мысли в СССР (20-е годы). — М.: Юрид. лит., 1986. — 176 с.

Иоффе О. С. Правовое регулирование хозяйственной деятельности в СССР // Избр. труды по гражданскому праву: Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права». — М.: Статут, 2000. — С. 696—741. — (Серия «Классика российской цивилистики»).

Иоффе О. С. Избр. труды: В 4 т. Т. III. Общее учение об обязательствах. — СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. — 837 с.

Иоффе О. С. Избр. труды: В 4 т. Т. II. Советское гражданское право. — СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. — 511 с.

Иоффе О. С. План и договор в социалистическом хозяйстве. — М.: Юрид. лит., 1971. — 216 с.

Иоффе О. О хозяйственном праве (теория и практика) // Гражданское законодательство: Статьи. Комментарии. Практика. Вып. 20. — Алматы: ЮРИСТ, 2004. — С. 36—69.

Казимирчук В. П. Право и методы его изучения. — М.: Юрид. лит., 1965. — 204 с.

Кант И. Метафизика нравов // Критика практического разума. — СПб.: Наука, 1995. — С. 259—506.

Канторович Я. А. Основные идеи гражданского права. — Харьков, 1929. — 309 с.

Керимов Д. А. Методология права (предмет, функции, проблемы философии права). — М.: Аванта+, 2000. — 560 с.

Кирдяшова Е. В. К вопросу о возможностях использования синергетики в теории государства и права // Российское право в Интернете/<http://rli.consultant.ru/magazin/2003/1>

Кириллов В. И., Старченко А. А. Логика: Учебник для юридических вузов. — 5-е изд., перераб. и доп. — М.: Юристъ, 2001. — 256 с.

Кистяковский Б. А. Общество и индивид / Пер. с нем. и предисловие Елены Довгань. — М.: Дом интеллектуальной книги, 2002. — 160 с.

Клейн Н. И. Организация договорно-хозяйственных связей. — М.: Юрид. лит., 1976. — 192 с.

Клепикова О. В. Правове регулювання перевезень вантажів морським транспортом: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2003. — 20 с.

Комаров А. С. Ответственность в коммерческом обороте. — М.: Юрид. лит., 1991. — 208 с.

Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / Под ред. проф. В. В. Яркова. — М.: Из-во «БЕК», 2003. — 768 с.

Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный) / Руководитель авторского коллектива и ответ. ред. проф. О. Н. Садилов. — М.: Юрид. фирма КОНТРАКТ; ИНФРА-М, 1998. — XXII, 778 с.

Комментарий судебно-арбитражной практики. Вып. 5 / Под ред. В. Ф. Яковлева. — М.: Юрид. лит., 1998. — 304 с.

Константий О. Система адміністративного права як концептуальна основа здійснення адміністративного судочинства в Україні // Право України. — 2004. — № 12. — С. 20—24.

Конституційний договір між Верховною Радою України та Президентом України про основні засади організації та функціонування державної влади і місцевого самоврядування в Україні на період до прийняття нової Конституції України // ВВР. — 1885. — № 18. — Ст. 133.

Корецкий Д. А. Договорное право России: Основы теории и практика реализации. — М.: ИКЦ «МарТ», Ростов н/Д: Издат. центр МарТ», 2004. — 528 с.

Корецкий А. Д. Теоретико-правовые основы учения о договоре. — СПб.: Юридический центр Пресс, 2001. — 211 с.

Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. — СПб., 1909. — 354 с. (X).

Коссак В. М. Правові засади іноземного інвестування в Україні. — Львів: Центр Європи, 1999. — 244 с.

Косович В. Зближення форм сучасного права (загально-теоретична характеристика) // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні: Матеріали XI регіональної науково-практичної конференції. 3—4 лютого 2005 р. — Львів: Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка, 2005. — С. 8—10.

Котигоренко Н. В., Висоцький О. Ф. «Інкотермс-2000»: правовий статус та проблеми застосування // Урядовий кур'єр. — 3 квітня 2002 р. — № 63. — С. 9.

Кофман В. И. О согласовании правовых норм, регулирующих хозяйственные отношения // Антология уральской цивилистики. 1925—1989: Сб: статей. — М.: Статут, 2001. — С. 147—155.

Кравцов А. К. Плановые обязательства по советскому гражданскому праву. — Воронеж: Изд-во Воронежского ун-та, 1980. — 152 с.

Красавчиков О. А. Гражданские организационно-правовые отношения // Антология уральской цивилистики. 1925—1989: Сборник статей. — М.: «Статут», 2001. — С. 156—182.

Красавчиков О. А. Гражданское правоотношение — юридическая форма общественного отношения // Категории науки гражданского права. Избр. труды: В 2 т. Т. 2. — М.: Статут, 2005. — С. 7—25.

Красавчиков О. А. Гражданско-правовой договор: понятие, содержание и функции // Антология уральской цивилистики. 1925—1989: Сб. статей. — М.: Статут, 2001. — С. 166—182.

Красавчиков О. А. Советская наука гражданского права (понятие, предмет, состав и система) // Категории науки гражданского права. Избр. труды: В 2 т. Т. 1. — М.: Статут, 2005. — С. 115—480.

Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве // Категории науки гражданского права. Избр. труды: В 2 т. Т. 2. М.: Статут, 2005. — С. 49—229.

Крупко Д. І. Відповідальність за хабарництво за кримінальним правом Німеччини, Швейцарії та України (порівняльно-правове дослідження): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2005. — 20 с.

Кубко Е. Б. Программно-целевая организация государственного управления (сущность, правовая основа, хозяй-

ственная практика) / Отв. ред. В. В. Цветков; АН УССР. Ин-т государства и права. — К.: Наукова думка, 1988. — 232 с.

Кудрявцев В. Н. Правовое поведение: норма и патология // Избр. труды по социальным наукам: В 3 т. Т. 1 Общая теория права. Уголовное право. — М.: Наука, 2002. — С. 9—234.

Кудрявцев В. Н. Социальные деформации // Избр. труды по социальным наукам. В 3-х т. Т. 2. Криминология, социология, конфликтология. — М.: Наука, 2002. — С. 221—249.

Кудрявцев В. Н., Казимирчук В. П. Современная социология права: Учебник для вузов. — М.: Юристъ, 1995. — 297 с.

Кудрявцев Ю. В. Нормы права как социальная информация. — М.: Юрид. лит., 1981. — 144 с.

Кузнецова Н. С. Подрядные договоры в инвестиционной деятельности в строительстве. — К.: Наукова думка, 1993. — 159 с.

Кузнецова О. А. Презумпции в гражданском праве. — 2-е изд., испр. и доп. — СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. — 349 с.

Кулагин М. И. Предпринимательство и право: опыт Запада // Избр. труды. М.: Статут (в серии «Классика российской цивилистики»), 1997. — С. 184—291.

Кулапов В. Л. К вопросу о юридической природе рекомендательных норм // Актуальные вопросы советской юридической науки. Ч. 1. — Саратов: Изд-во Саратовского ун-та, 1978. — С. 29—34.

Курдюмов С. П., Малинецкий Г. Г. Синергетика — теория самоорганизации. Идеи, методы, перспективы. — М.: Знание, 1983. — 64 с.

Курс уголовного права. Общая часть. Т. 1: Учение о преступлении: Учебник для вузов / Под ред. докт. юрид. наук, проф. Н. Ф. Кузнецовой и кандидата юридических наук, доцента И. М. Тяжковой. — М.: Зерцало-М, 2002. — 624 с.

Кучер В. Особливості визначення правочину таким, що порушує публічний порядок // Право України. — 2003. — № 12. — С. 106—110.

Лавров Д. Г. Денежные обязательства в российском гражданском праве. — СПб.: Юридический центр Пресс, 2001. — 250 с.

Лазарев В. В. Пробелы в праве и пути их устранения. — М.: Юрид. лит., 1974. — 184 с.

Лаптев В. В. Правовое регулирование хозяйственных отношений. — М.: Знание, 1980. — 48 с.

Лаптев В. В. Право и совершенствование хозяйственного механизма // Экономико-правовые проблемы совершенствования хозяйственного механизма. — М.: ИГПАН СССР, 1984.

Лаптев В. В. Предмет и система хозяйственного права. — М.: Юрид. лит., 1969. — 176 с.

Лаптев В. В. Экономика и право (Теория и практика регулирования хозяйственных отношений). — М.: Экономика, 1981. — 216 с.

Латинско-русский словарь / Сост. Г. Шульц. — СПб., Типография Императорской Академии Наук., 1898. — 606 с.

Лебедев В. М. Судебная власть в современной России: проблемы становления и развития. — СПб.: Санкт-Петербургский государственный университет, юридический факультет, 2001, Изд-во «Лань», 2001. — 384 с.

Лейст О. Э. Сущность права: Проблемы теории и философии права. — М.: Зерцало-М, 2002. — 288 с.

Ленин В. И. О задачах Наркомюста в условиях новой экономической политики. Письмо Д. И. Курскому // Полн. собр. соч. Т. 44. — С. 396—400.

Ленин В. И. Письмо Д. И. Курскому с замечаниями на проект Гражданского кодекса // Полн. собр. соч. Т. 44. — С. 411—412.

Ленин В. И. Письмо в Политбюро ЦК РКП(б) о Гражданском кодексе РСФСР // Полн. собр. соч. Т. 44. — С. 401.

Лившиц Р. З. Судебная практика как источник права // Судебная практика как источник права. — М.: Ин-т государства и права Российской Академии наук, 1997. — С. 3—15.

Лилак Д. Д. Судочинство і третейський розгляд в аспекті проблеми доступу до правосуддя // Вісник господарського судочинства. — 2003. — № 3. — С. 196—200.

Лукашук И. И. Право международной ответственности. — М.: Волтерс Клувер, 2004. — 432 с.

Лукашук И. И. Современное право международных договоров: В 2 т. Т. I. Заключение международных договоров. — М.: Волтерс Клувер, 2004. — 672 с.

Лукич Р. Методология права. — М.: Прогресс, 1981. — 304 с.

Лукьянова Е. Г. Тенденции развития процессуального законодательства в свете общей теории права // Государство и право. — 2003. — № 2. — С. 104—108.

Луц Л. А. Деньги и денежные обязательства в гражданском праве. — М.: Статут, 1999. — 352 с.

Луць А. В. Свобода договору у цивільному праві України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2001.

Луць В. В. Заключение и исполнение хозяйственных договоров. — М.: Юрид. лит., 1978. — 143 с.

Луць В. В. Контракти у підприємницькій діяльності: Навч. посібник. — К.: Юрінком Інтер, 1999. — 560 с.

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

Майданик Р. А. Проблеми регулювання довірчих відносин у цивільному праві: Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. — К., 2003. — 28 с.

Майнцер К. Сложность и самоорганизация. Возникновение новой науки и культуры на рубеже веков // <http://sprkurdyumov.narod.ru/Man.htm>

Макконнелл К. Р., Брю С. Л. Экономика: принципы, проблемы и политика / Пер. с англ. 11-го изд. — К., ХаГар, 1998. — 785 с.

Малишев Б. В. Судовий прецедент у правовій системі Англії (теоретико-правовий аспект): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2002. — 20 с.

Мамардашвили М. Гражданское общество // Сознание и цивилизация. Тексты и беседы. — М.: Логос, 2004. — С. 167—178.

Мамардашвили М. К. Эстетика мышления. — М.: Московская школа политических исследований, 2000. — 416 с.

Мамутов В. К. На межі економіки і права // Экономика и право: Сб. науч. тр. — К.: Юрінком Інтер, 2003. — С. 85—90.

Мамутов В. К. Юридические концепции регулирования хозяйственных отношений // Экономика и право: Сб. науч. тр. — К.: Юрінком Інтер, 2003. — С. 34—42.

Мамутов В. К. Экономико-правовые исследования проблем управления общественным производством // Экономика и право: Сб. науч. тр. — К.: Юринком Интер, 2003. — С. 9—21.

Мартемьянов В. С. Хозяйственное право. Т. I. Общие положения: Курс лекций. — М.: Изд-во «БЕК», 1994. — 312 с.

Мартышин О. В. Совместимы ли основные типы понимания права // Государство и право. — 2003. — № 6. — С. 13—21.

Марченко М. Н. Источники права: Учеб. пособие. — М.: ТК Велби, Изд-во «Проспект», 2005. — 760 с.

Марченко М. Н. Общая теория договора: основные положения // Вестник Московского ун-та (Сер. 11, Право). — 2003. — № 6. — С. 3—16.

Марченко М. Н. Особенности нормативно-правового договора как источника права // Вестник Московского ун-та (Сер. 11, Право). — 2004. — № 1. — С. 3—15.

Марченко М. Н. Частно-правовой договор в механизме правового регулирования // Вестник Московского ун-та (Сер. 11, Право). — 2004. — № 2 — С. 3—16.

Матюхин А. Государство в сфере права: институциональный подход. — Алматы: ВШП «дділет», 2000. — 596 с.

Машков А. Д. Урахування синергетичних шляхів у моделюванні державно-правових процесів у межах синергетичного підходу // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. — 2001. — Вип. 44. — С. 13—18.

Мезрин Б. Н. Моделирование гражданско-правовых неимущественных обязательств // Антология уральской цивилистики. 1925—1989: Сб. статей. — М.: Статут, 2001. — С. 191—202.

Мейер Д. И. Русское гражданское право: В 2 ч. Ч. 1. По исправленному и дополненному 8-му изд., 1902. — М.: Статут (в серии «Классика российской цивилистики»), 1997. — 290 с.

Мейер Д. И. Русское гражданское право: В 2 ч. Ч. 2. По исправленному и дополненному 8-му изд., 1902. М.: Статут (в серии «Классика российской цивилистики»), 1997. — 455 с.

Мейер Д. И. Юридические исследования относительно торгового быта Одессы // Избр. произведения по гражданскому праву. — М.: Центр ЮрИнфоР, 2003. — С. 163—221.

Мережко А. А. Lex mercatoria: теория и принципы транснационального торгового права. — К.: Таксон, 1999. — 416 с.

Мизес Людвиг фон. Либерализм // Либерализм в классической традиции / Пер. с англ. А. В. Куряева. — М.: Социум, Изд-во «Экономика», 2001. — С. 5—190.

Мизес Людвиг фон. Свобода и собственность // Либерализм в классической традиции / Пер. с англ. А. В. Куряева. — М.: Социум, Изд-во «Экономика», 2001. — С. 213—226.

Мизес Людвиг фон. Человеческая деятельность: трактат по экономической теории / Пер. с 3-го испр. англ. изд. А. В. Куряева. — Челябинск: Социум, 2005. — 878 с.

Мілаш В. С. До питання про підприємницькі комерційні договори з посиленням публічним інтересом // Підприємництво, господарство і право. — 2005. — № 10. — С. 45—50.

Мілаш В. С. Підприємницький (комерційний) договір: поняття та правові особливості. — Полтава: АСМІ, 2004. — 148 с.

Мілаш В. Підприємницький (комерційний) договір у системі господарських договорів: постановка проблеми // Підприємництво, господарство і право. — 2004. — № 12. — С. 73—76.

Мілаш В. Принцип свободи підприємницького комерційного договору // Право України. — 2005. — № 2. — С. 36—40.

Миронова Г. Філософсько-правова парадигма ринкової трансформації в Україні: досвід використання веберівської методології // Підприємництво, господарство і право. — 2003. — № 6. — С. 122—125.

Михайлов С. В. Категория интереса в российском гражданском праве. — М.: Статут, 2002. — 205 с.

Михалкин Н. В. Логика и аргументация в судебной практике: Учебник для вузов. — СПб.: Питер, 2004. — 336 с.

Мицкевич А. В. Система права и система законодательства: развитие научных представлений и законотворчества // Проблемы современного гражданского права: Сб. статей. — М.: Городец, 2000. — С. 20—45.

Можейко В. Н. Хозяйственный договор в СССР. — М.: Госюриздат, 1962. — 240 с.

Мозолин В. П., Фарнсворт Е. А. Договорное право в США и СССР: История и общие концепции. — М.: Наука, 1988. — 308 с.

Моммзен Т. История Рима. Т. I. До битвы при Пидне. — М.: Государственное социально-экономическое издательство, 1936. — 892 с.

Муромцев С. Определение и основное разделение права. — М., 1879. — 220 с.

Мурзин Д. В. К вопросу о современном издании Гражданского кодекса РСФСР 1922 года // Цивилистические записки: Межвузовский сборник научных трудов. Вып. 2. — М.: Статут—Екатеринбург: Институт частного права, 2002. — С. 488—508.

Мурзин Д. В. Моделирование безвозмездного обязательства по оказанию услуг // Цивилистические записки: Межвузовский сборник научных трудов. Вып. 2. — М.: Статут—Екатеринбург: Институт частного права. 2002. — С. 359—377.

Науково-практичний коментар Господарського кодексу України / Кол. авт.: Г. Л. Знаменський, В. В. Хахулін, В. С. Щербина та ін.; За заг. ред. В. К. Мамутова. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — 688 с.

Наумов И. Роль и значение правовых форм в переходный период // Советское право. Журнал института советского права. — 1926. — № 5(23). — С. 5—31.

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. I. — 832 с.

Недбайло П. Е. Применение советских правовых норм. — М.: Госиздат юрид. лит., 1960. — 512 с.

Неновски Н. Право и ценности / Пер. с болг. Вступ. ст. и пер. В. М. Сафронова; Под ред. В. Д. Зорькина. — М.: Прогресс, 1987. — 248 с.

Нерсесянц В. С. Логическое и историческое в познании государства и права // Методологические проблемы советской юридической науки. — М.: Наука, 1980. — С. 161—189.

Новицкий И. Б. Курс советского гражданского права: Сделки. Исковая давность. — М.: Гос. изд-во юрид. лит., 1954. — 247 с.

Новицкий И. Б. Курс советского гражданского права: Источники советского гражданского права. — М.: Гос. изд-во юрид. лит., 1959. — 160 с.

Новицкий И. Б. Солидарность интересов в советском гражданском праве. — М.: Госиздат. юрид. лит., 1951. — 120 с.

Новоселов В. И. К вопросу об административных договорах // Известия высших учебных заведений. Правоведение. — 1969. — Май-июнь. — № 3. — С. 40—45.

Нормы советского права. Проблемы теории / Под ред. М. И. Байтина и В. К. Бабаева. — Саратов: Изд-во Саратовского ун-та, 1987. — 248 с.

Оборотов Ю. Н. Традиции и обновление в правовой сфере: вопросы теории (от познания к постижению права). — Одесса: Юридична література, 2002. — 280 с.

Общая теория государства и права. Академический курс в 2 т. / Под ред. проф. М. Н. Марченко. Т. 2. Теория права. — М.: Зерцало, 1998. — 640 с.

Обязательства по договорам: Опыт практического комментария русских гражданских законов. Т. 1. Общая часть / Сост. В. Л. Исаченко, В. В. Исаченко. — СПб., 1914. — 728 с.

Овечкін В. Е. Деякі проблемні питання застосування чинного законодавства при розгляді спорів за участю сторін за договором купівлі-продажу державного та комунального майна // Вісник Вищого арбітражного суду України. — 1999. — № 3. — С. 110—113.

Овчинников Н. И. Понятие и классификация хозяйственных договоров: Учеб. пособие. — Владивосток, 1970. — 160 с.

Ойкен В. Основные принципы экономической политики / Пер. с нем.; Общ. ред Л. И. Цедилина и К. Херрманн-Пиллата, вступ. сл. О. Р. Лациса. — М.: Прогресс, 1995. — 496 с.

Ойкен В. Основы национальной экономики / Пер. с нем.; Общ. ред. В. С. Автономова, В. П. Гутника, К. Херрманн-Пиллата. — М.: Экономика, 1996. — 351 с.

Олюха В. Г. Цивільно-правовий договір: поняття, функції та система: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2003. — 20 с.

Онiщенко Н. М. Правова система: проблеми теорії: Монографія. — К.: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2002. — 352 с.

Онiщенко Н. М. Теоретико-методологічні засади формування та розвитку правової системи: Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. — К., 2002. — 29 с.

Оноре Тоні. Про право. Короткий вступ. — К.: Вид-во «Сфера», 1997. — 125 с.

Ориу М. Основы публичного права / Пер. с фр.; Под ред. Е. Пашуканиса. — М.: Изд-во Коммунистической академии, 1929. — 759 с.

Ортега-і-Гассет Хосе. Місія Університету // Ідея Університету: Антологія. — Львів: Літопис, 2002. — С. 65—107.

Освальт Вальтер. Свободная от власти рыночная экономика // Теория хозяйственного порядка: «Фрайбургская школа» и немецкий неолиберализм / Пер. с нем.; Составление, предисловие и общ. ред В. Гутника. — М.: Экономика, 2002. — С. 437—463.

Осетинський А. Й. Організація та функціональні засади діяльності касаційної інстанції (на прикладі судової палати Вищого господарського суду): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2005. — 20 с.

Осетинський А. Реформування системи судів господарської юрисдикції в аспекті реалізації конституційного статусу касаційної інстанції // Право України. — 2005. — № 6. — С. 3—9.

Осипов А. В. Соотношение методов правового регулирования и реализации социалистического права // Актуальные вопросы советской юридической науки. Ч. 1. — Изд-во Саратовского ун-та, 1978. — С. 47—50.

Основные институты гражданского права зарубежных стран: Сравнительно-правовое исследование. — М.: Изд-во НОРМА, 1999. — 648 с.

Осокина Г. Л. Иск (теория и практика). — М.: Городец, 2000. — 192 с.

О юридической природе руководящих указаний Пленума Верховного Суда СССР // Советское государство и право. — 1956. — № 8. — С. 13—21.

Памятники римского права: Законы XII таблиц. Институты Гая. Дигесты Юстиниана. — М.: Зерцало, 1997. — 608 с.

Парсонс Т. Система современных обществ / Пер. с англ. Л. А. Седова и А. Д. Ковалева; Под ред. М. С. Ковалевой. — М.: Аспект Пресс, 1998. — 270 с.

Парсонс Т. Структура социального действия // О структуре социального действия. — 2-е изд. — М.: Академический проект, 2002. — С. 43—267.

Пархоменко Н. М. Договір у системі права України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 1998. — 16 с.

Парягина О. А. Проблемы структурирования права в аспекте его социализации // Известия вузов. Правоведение. — 2004. — № 6(257). — С. 177—189.

Пахман С. В. Обычное гражданское право в России / Под ред. и с предисл. В. А. Томсинова. — М.: Зерцало, 2003. — 736 с.

Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. — СПб.: Лань, 2000. — 608 с.

Петрова Л. В. Джерела права (критичний методологічний дослід) // Вісник Академії правових наук України. — 1997. — № 1(8). — С. 65—76.

Перетерский И. С. Толкование международных договоров. — М., 1959. — 182 с.

Пиголкин А. С. Обнаружение и преодоление пробелов в праве // Советское государство и право. — 1970. — № 3. — С. 49—57.

Підопригора О. А. Римське приватне право: Підручник для студентів юрид. спец. вищих навч. закладів. — 3-є вид., перероб. та доп. — К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2001. — 440 с.

Плахов В. Д. Социальные нормы: философские основания общей теории. — М.: Мысль, 1985. — 253 с.

Победоносцев К. П. Курс гражданского права. Ч. 3. — СПб.: Синодальная типография, 1896.

Победоносцев К. П. Вопросы жизни // Победоносцев К. П. Сочинения. — СПб.: Наука, 1996. — С. 172—202.

Побирченко И. Г. Советский арбитражный процесс. — К.: Выща школа, 1988. — 272 с.

Побирченко И. Г. Хозяйственная юрисдикция (общее учение). — К.: РИО МВД УССР, 1973. — 252 с.

Погребняк С. П. Колізії у законодавстві України та шляхи їх переборення: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Харків, 2001. — 19 с.

Погребняк С. Справедливість змісту нормативно-правових актів як умова їх правомірності // Вісник Академії правових наук України. — 2005. — № 2 (41). — С. 41—50.

Подцерковный О. Правовая природа отношений в сфере государственного заказа // Предпринимательство, хозяйство и право. — 2003. — № 5. — С. 8—10.

Поєдинок В. В. Правове становище інвестора як суб'єкта господарських відносин: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2004. — 20 с.

Поленина С. В. Мультикультуризм и права человека // Государство и право. — 2005. — № 5. — С. 66—77.

Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. — М.: Статут (в серии «Классика российской цивилистики»), 1998. — 353 с.

Политико-правовые ценности: история и современность / Под ред. В. С. Нерсисянца. — М.: Эдиториал УРСС, 2000. — 256 с.

Положение о казенныхъ подрядахъ и поставкахъ. Изд. 1887 г. / Сост. под ред. А. К. Гаугера. — СПб, 1895.

Поляков А. В. Общая теория права: Феноменолого-коммуникативный подход: Курс лекций. — 2-е изд., доп. — СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2003. — 845 с.

Поротиков А. И. Обычай в гражданском обороте // Обычай в праве: Сборник. — СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2004. — С. 201—380.

Постановление Пленумов Верховного Суда Российской Федерации и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 1 июля 1996 года № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. — 1996. — № 9.

Права, за якими судиться малоросійський народ. 1743 р. — К.: НАН України, Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького, Ін-т української археографії та джерелознавства ім. М. С. Грушевського, 1997. — 547 с.

Пригожин Илья, Стенгерс Изабелла. Порядок из хаоса. Новый диалог человека с природой / Пер. с англ. — 4-е изд., стереотип. — М.: Эдиториал УРСС, 2003. — 312 с.

Принципы европейского договорного права // Вестник Высшего арбитражного суда Российской Федерации. — 2005. — № 3. — С. 124—177; № 4. — С. 152—177.

Принципы международных коммерческих договоров / Пер. с англ. А. С. Комарова. — М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996. — 328 с.

Принципы международных коммерческих договоров. — М.: Междунар. отношения, 2003. — 288 с.

Притыка Д. Н. Арбитражный суд: проблемы организации и деятельности: Монография. — К.: Оріяни, 2000. — 320 с.

Проблемні питання у застосуванні Цивільного та Господарського кодексів України / За ред. А. Г. Яреми, В. Г. Ротаня. — К.: Реферат, 2005. — 336 с.

Проблемы общей теории права и государства: Учебник для вузов / Под общ. ред. чл.-кор. РАН, докт. юрид. наук, проф. В. С. Нерсисянца. — М.: Изд. группа НОРМА-ИНФРА-М, 1999. — 832 с.

Проблемы теории государства и права: Учеб. пособие / Под ред. проф. М. Н. Марченко. — М.: Проспект, 1999. — 504 с.

Пронська Г. В. Компетенція господарських міністерств Української РСР. — К.: Наукова думка, 1973. — 128 с.

Пронская Г. В. Правовая организация отраслевых хозяйственных систем (на примере Украинской ССР). — К.: Изд-во при Киевском государственном университете издательского объединения «Выща школа», 1985. — 128 с.

Пугачева Е. Г., Соловьяненко К. Н. Самоорганизация социально-экономических систем: Учеб. пособие. — Иркутск: Изд-во БГУЭП, 2003. — 172 с.

Пугинский Б. И. Гражданско-правовой договор // Вестник Московского ун-та (Сер. 11, Право). — 2002. — № 2. — С. 38—57.

Пугинский Б. И. Правовые средства обеспечения эффективности производства. — М.: Юрид. лит., 1980. — 144 с.

Пугинский Б. И. Составные обязательства в гражданском праве // Вестник Московского ун-та (Сер. 11, Право). — 2003. — № 6. — С. 30—46.

Пугинский Б. И. Частный договор в научной картине права // Ученые-юристы МГУ о современном праве / Под ред. М. К. Треушниковой. — М.: Издательский Дом «Городец», 2005. — С. 161—177.

Пугинский Б. И., Сафиуллин Д. Н. Правовая экономика, проблемы становления. — М.: Юрид. лит., 1991. — 238 с.

Пухан Иво, Поленак-Акимовская Мирьяна. Римское право (базовый учебник) / Под ред. проф. В. А. Томсинова. — М.: Зерцало, 2000. — С. 69.

Пушкар П. В. Угода про визнання вини у сучасному кримінальному процесі: порівняльно-правове дослідження: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2005. — 20 с.

Рабінович П. Природно-правова ідеологія у Цивільному кодексі України // Вісник Академії правових наук України. — 2005. — № 2 (41). — С. 27—40.

Рабінович П. Проблема джерел права як предмет давніх дискусій // Право України. — 2005. — № 6. — С. 131—132.

Рабінович П. Соціальна сутність прав людини (у світлі потребового підходу) // Вісник Академії правових наук України. — 2005. — № 1(40). — С. 3—14.

Рабінович П. Загальна концепція правової реформи в Україні: до характеристики вихідних засад // Вісник Академії правових наук України. — 1998. — № 1 (12). — С. 15—24.

Рабінович П. М., Раданович Н. М. Європейська конвенція з прав людини: проблеми національної імплементації (загальнотеоретичні аспекти). — Серія І. Дослідження та реферати. Вип. 4. — Львів: Астрон, 2002. — 192 с.

Радбрух Г. Філософія права / Пер. с нем. — М.: Междунар. отношения, 2004. — 240 с.

Рарог И. А. Правовое значение разъяснений Пленума Верховного Суда РФ // Государство и право. — 2001. — № 2. — С. 51—57.

Рассел Бертран. Философский словарь разума, материи и морали / Пер. с англ. — К.: Port-Royal, 1996. — 386 с.

Репке В. Коренные вопросы хозяйственного порядка // Теория хозяйственного порядка: «Фрайбургская школа» и немецкий неолиберализм / Пер. с нем.; Составление, предисловие и общ. ред. В. Гутника. — М.: Экономика, 2002. — С. 120—171.

Римское частное право / Под ред. И. Б. Новицкого и И. С. Перетерского. — М.: Юрид. изд-во министерства юстиции СССР, 1948. — 583 с.

Рих А. Хозяйственная этика. — М.: Посев, 1996. — 816 с.

Ровный В. В. Обычай в современном обороте // Актуальные проблемы науки и практики коммерческого права. Вип. 5: Сб. науч. ст. / Санкт-Петербург. гос. ун-т, юрид. фак.; Под общ. ред. В. Ф. Попондопуло и О. Ю. Скворцова. — М.: Волтерс Клувер, 2005. — С. 176—194.

Розенберг М. Г. Международный договор и иностранное право в практике международного коммерческого арбитражного суда. — М.: Статут, 1998. — 212 с.

Романов В. Л. Социальная самоорганизация и государственность / <http://spkurdyumov.narod.ru./Romanov1.htm>.

Ромовська З. Проблеми загальної теорії права у проекті ЦК України: Кодифікація приватного (цивільного) права України / За ред. проф. А. Довгерта. — К.: Український центр правничих студій, 2000. — С. 41—43.

Рожкова М. А. Мировое соглашение в арбитражном суде: проблемы теории и практики. — М.: Статут, 2004. — 348 с.

Рубанов А. А. Понятие источника права как проявление метафоричности юридического сознания / Судебная практика как источник права. — М.: Ин-т государства и права Российской Академии наук, 1997. — С. 42—47.

Саватье Р. Теория обязательств, юридический и экономический очерк / Пер. с фр. — М.: Прогресс, 1978. — 440 с.

Самуэльсон П., Нордхаус В. Экономика / Пер. с англ.: 16-е изд. — М.: Издательский Дом «Вильямс», 2003. — 688 с.

Саніахметова Н. О. Значення соціальної відповідальності та етики господарської діяльності для попередження економічної злочинності // Субъекты хозяйствования и экономическая преступность: вопросы предупреждения: Сб. матер. «Круглого стола» (Донецк, 1 ноября 2001 г.). — Донецк: ИЭПИ НАН Украины, ООО «Юго-Восток, Лтд», 2002. — С. 53—55.

Саніахметова Н. Поняття державного регулювання підприємництва // Українське комерційне право. — 2005. — № 6. — С. 10—17.

Сарбаш С. В. Исполнение договорного обязательств. — М.: Статут, 2005. — 636 с.

Сарбаш С. В. Право удержания как способ обеспечения исполнения обязательств. — 2-е изд., испр. — М.: Статут, 2003. — 251 с.

Сафиуллин Д. Н. Теория и практика правового регулирования хозяйственных связей в СССР. — Свердловск: Изд-во Уральского ун-та, 1990. — 139 с.

Свод Законов гражданских и межевых. Т. X. Ч. 1 и 2. — СПб., 1842.

Сейнаровев Б. М. План и договор: Материальное стимулирование — М.: Юрид. лит., 1989. — 192 с.

Селівон М. Критерії обмеження прав людини у практиці конституційного правосуддя // Вісник Конституційного Суду України. — 2005. — № 3. — С. 35—52.

Сенякин И. Н. Специальные нормы советского права / Под ред. проф. М. И. Байтина. — Изд-во Саратовского университета, 1987. — 97 с.

Сібільов М. М. Акти цивільного законодавства і договір // Методологія приватного права: Зб. наук. праць (за матеріалами наук.-теорет. конф., м. Київ, 30 травня 2003 р.) / Редкол. О. Д. Крупчан та ін. — К.: Юрінком Інтер, 2003. — С. 158—163.

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

Сібільов М. Динаміка договірних зобов'язань після їх виникнення // Вісник Академії правових наук України. — 2005. — № 1 (40). — С. 79—88.

Сильченко Н. В. Проблемы предмета правового регулирования // Государство и право. — 2004. — № 12. — С. 61—64.

Сильченко Н. В. Роль и место понятия «типология» в понятийном аппарате общей теории государства и права // Право и правотворчество: вопросы теории. — М.: ИГПАН СССР, 1982. — С. 55—64.

Симолин А. А. Слияние торгового права с гражданским с точки зрения политики права // Возмездность, безвозмездность, смешанные договоры и иные теоретические проблемы гражданского права. — М.: Статут, 2005. — С. 487—504.

Сімсон О. Е. Правові особливості договорів інвестиційного характеру: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Харків, 2001. — 20 с.

Синайский В. И. Договор предпринимательского союза (синдиката и треста) // Сборник статей по гражданскому и торговому праву. Памяти проф. Габриэля Феликсовича Шершеневича. — М.: Статут, 2005. — С. 56—70.

Синайский В. И. История источников римского права. — Варшава, 1911. — 207 с.

Синайский В. И. Русское гражданское право. — М.: Статут, 2002. — 638 с. (Классика российской цивилистики).

Систематизація законодавства України: проблеми та перспективи вдосконалення: Монографія. — К.: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2003. — 220 с.

Скажун О. Ф. Правова система України на правовій карті світу. Доповідь № 1. — Харків: Еспада, 2004. — 96 с.

Скакун О. Ф. Теория государства и права: Учебник. — Харьков: Консум: Ун-т внутр. Дел, 2000. — 704 с.

Скловский К. И. Собственность в гражданском праве. — Учеб.-практ. пособие. — 2-е изд. — М.: Дело, 2000. — 512 с.

Смит А. Исследования о природе и причинах богатства народов. — М., 1962.

Смітюх А. В. Звичаї як джерело права в контексті нового законодавства України (перспективи застосування господарськими судами) // Вісник господарського судочинства. — 2004. — № 1. — С. 344—348.

Собрание малороссийских прав 1807 г. // АН Украины, Ин-т государства и права и др. / Сост.: К. А. Вислобоков и др. — К.: Наук. думка, 1992. — 368 с.

Советское гражданское право. Ч. 1 / Под общ. ред. проф. В. Ф. Маслова и проф. А. А. Пушкина. — К.: Выща школа, 1983. — 462 с.

Соловьев В. С. Право и нравственность. — Минск: Харвест—М.: АСТ, 2001. — 192 с.

Сорокин В. Д. Административно-процессуальное право // Избр. труды. — СПб.: Юридический центр Пресс, 2005. — С. 161—306.

Сорокин П. Социокультурная динамика // Человек. Цивилизация. Общество / Общ. ред., сост. и предисл. А. Ю. Согомонов: Пер. с англ. — М.: Политиздат, 1992. — 543 с.

Сосна С. А. Концессионное соглашение: теория и практика. — М., 2002. — 256 с.

Спасибо-Фатеева І. Проблемні аспекти недійсних правочинів (на прикладі договору міні акцій) // Підприємництво, господарство і право. — 2002. — № 7.

Стучка П. И. Введение в теорию гражданского права. — М.: Изд-во Коммунистической академии, 1927. — 227 с.

Судебные уставы 20 ноября 1864 года в изложении рассуждений, на коих они основаны. Ч. первая. — СПб., 1866.

Суханов Е. А. О проблемах становления и развития российского частного права // Цивилистические записки: Межвузовский сборник научных трудов. Вып. 3. К 80-летию С. С. Алексеева. — М.: Статут; Екатеринбург: Институт частного права, 2004. — С. 26—46.

Сырых В. М. История государства и права России. Советский и современный периоды: Учеб. пособие. — М.: Юристъ, 1999. — 488 с.

Сырых В. М. Логические основания общей теории права: В 2 т. Т.1 : Элементный состав. — М.: Юридический Дом «Юстицинформ». — 528 с.

Сырых В. М. Метод правовой науки: Основные элементы, структура. — М.: Юрид. лит., 1980. — 176 с.

Сырых В. М. Теория государства и права: Учебник. — 3-е изд., перераб. и доп. — М.: Юридический дом «Юстицинформ», 2004. — 704 с.

Таль Л. С. Концессионные договоры городских общественных управлений // Вестник гражданского права. — 1915. — № 7. — С. 13—51.

Тамаш А. Судья и общество. Диалектика правосознания и правоприменения. — М.: Юрид. лит., 1980. — 141 с.

Танчук И. А. Система хозяйственных обязательств: Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. — М., 1979. — 32 с.

Танчук И. А. Хозяйственные договоры в курсе хозяйственного права // Пути совершенствования преподавания хозяйственного права: Метод. рекомендации междунар. научно-методической конференции (Киев, 24—26 мая 1990 г.) // Редкол.: В. И. Гончаренко (отв. ред.). — К., 1991. — С. 18—22.

Танчук И. А., Ефимочкин В. П., Абова Т. Е. Хозяйственные обязательства. — М.: Юрид. лит., 1970. — 216 с.

Тарановский Ф. В. Энциклопедия права. — 3-е изд. — СПб.: Лань, 2001. — 560 с.

Тархов В. А. Гражданское право. Общая часть: Курс лекций. — Чебоксары: Чув. кн. изд-во, 1997. — 331 с.

Теоретические проблемы хозяйственного права / Под ред В. В. Лаптева. — М.: Наука, 1975. — 414 с.

Теория государства и права / Под ред. К. А. Мокичева. — М.: Юрид. лит., 1971. — 632 с.

Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. — М.: Юристъ, 1997. — 672 с.

Теория права и государства: Учебник / Под ред. проф. В. В. Лазарева. — 2-е, перераб. и доп. изд. — М.: Право и закон, 2001. — 576 с.

Теория государства и права: Учебник для юридических вузов и факультетов / Под ред. В. М. Корельского и В. Д. Первалова. — М.: НОРМА-ИНФРА-М, 1998. — 570 с.

Тесленко М. В. Відносини Конституційного Суду України з Верховним Судом України та вищими спеціалізованими

судами // Бюлетень Міністерства юстиції. — 2005. — № 9. — С. 5—11.

Тесленко М. Юридична сила і значення правових позицій Конституційного Суду України // Вісник Конституційного Суду України. — 2003. — № 4. — С. 36—41.

Тесленко М. Умови ефективності правової охорони конституції // Право України. — 2005. — № 6. — С. 21—24.

Тихомиров Ю. А. Публичное право: Учебник. — М.: Изд-во «БЕК», 1995. — 496 с.

Тихомиров Ю. А. Система правовых актов советского государства // Право и правотворчество: вопросы теории. — М.: ИГПАН СССР, 1982. — С. 48—54.

Тодика Ю. М. Тлумачення Конституції і законів України: теорія та практика: Монографія. — Харків: Факт, 2001. — 328 с.

Толкачова Н.Є. Звичаєве право: Навч. посібник. — К.: Видавничо-поліграфічний центр «Київський університет», 2005. — 367 с.

Толстик В. А. От плюрализма правопонимания к борьбе за содержание права // Государство и право. — 2004. — № 9. — С. 13—21.

Толстой В. С. Исполнение обязательств. — М.: Юрид. лит., 1973. — 208 с.

Толстой Ю. К. Проблемы совершенствования хозяйственного законодательства // Правовое регулирование хозяйственных отношений / Под ред В. В. Лаптева. — М.: ИГПАН СССР, 1978. — С. 31—50.

Томсинов В. А. Рецепция римского права в Западной Европе в средние века: постановка проблемы // Древнее право. Jus antiquum. № 1 (3). 1998. — М.: Спарк, 1998. — С. 169—175.

Топорнин Б. Н. Система источников права: тенденции развития // Судебная практика как источник права. — М.: Юристъ, 2000. — С. 9—45.

Торговое уложение Германии. Закон об акционерных обществах. Закон об обществах с ограниченной ответственностью. Закон о производственных и хозяйственных кооперативах = Deutsches Handelsgesetzbuch, Aktiengesetz, GmbHGesetz, Genossenschaftsgesetz / Сост. В. Бергманн;

Пер.с нем.: Е. А. Дубовицкой. — М.: Волтерс Клувер, 2005. — 624 с.

Тузов Д. О. Ничтожность и оспоримость сделок: классическая доктрина и проблемы российской цивилистики // *Цивилистические записки: Межвузовский сборник научных трудов. Вып. 2.* — М.: Статут— Екатеринбург: Институт частного права, 2002. — С. 135—178.

Туманов В. А. Роль судебной практики в развитии советского права // СССР — Франция: социологический и международно-правовой аспекты сравнительного правоведения. — М.: ИГПАН АН СССР, 1987. — С. 35—43.

Трофімова О. В. Правове регулювання лізингової діяльності. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2005. — 20 с.

Трубецкой Е. Н. Лекции по энциклопедии права // *Труды по философии права / Вступ. ст., сост. и примеч. И. И. Евлампиева.* — СПб: Изд-во РХГИ, 2001. — С. 287—420.

Удинцев В. А. История обособления торгового права // *Избранные труды по торговому и гражданскому праву.* — М.: Центр ЮрИнфоР, 2003. — С. 30—284.

Удинцев В. А. П. П. Цитович (К годовщине со дня смерти) // Цитович П. П. Труды по торговому и вексельному праву: В 2 т. Т. 1: Учебник торгового права; К вопросу о слиянии торгового права с гражданским. — М.: Статут, 2005. — С. 13—46.

Удовика Л. Антропологічні проблеми права під впливом глобалізаційних процесів // *Підприємництво, господарство і право.* — 2005 — № 6. — С. 3—7.

Удовика Л. Людина епохи постмодерну і право // *Підприємництво, господарство і право.* — 2005 — № 7. — С. 29—33.

Укрепление законности в хозяйственных отношениях и государственный арбитраж. — М.: Наука, 1989. — 256 с.

Устав гражданского судопроизводства (Св. зак. т. XVI ч. 1, узд. 1892 г., по Прод. 1906, 1908 и 1910 гг.) с законодательными мотивами, разъяснениями Правительствующего Сената (Гражд. Касс. Департ., Общ. Собр. 1, 2 и Кассац. Деп. и Соедин. Присутствия 1 и Гражд. Касс. Деп. — по 1 марта 1912 года) и комментариями русских юристов, извлеченными из научных и практических трудов по гражданскому праву и судопроизводству (по 1 февраля 1912 года). Изд. 3-е, испр. и значительно доп. / Сост. И. М. Тютрюмов. — СПб., 1912. — 1984 с.

Устав торговый (издание 1903 г.) // Свод Законов Российской империи. Полный текст всех 16 томов, согласованный с последними продолжениями, постановлениями, изданными в порядке ст. 87 Зак. Осн., и позднейшими узаконениями. В пяти книгах. Книга четвертая. Т. XI, ч. I — XII. — СПб., 1913. — С. 965—1117.

Устав торговый (т. XI, ч. 2, изд. 1903 г., по сводному продолжению 1912 г.). С разъяснениями и по решениям бывшего 4-го Судебного, Гражданского Кассационного Департаментов и Общих Собраний Правительствующего Сената, с относящимися к Уставу Торговому статьями из прочих томов Свода Законов и Проекта Гражданского уложения и с приложением Гамбургских общих правил морского страхования, Йорк-Антверпенских правил о большой аварии, правил о наследовании после лиц, производивших торговлю, законов о товариществах, акционерных обществах и артелях, уставов бирж и указателей, сравнительного поста-тейного и алфавитного предметного. Изд. 2-е второе, пере-смотр. и доп. / Сост. присяжный поверенный Я. М. Гессен. — СПб., 1914. — 861 с.

Устав судопроизводства в Судах Коммерческих // Свод законов Российской империи, повелением Государя Императора Николая Павловича составленный. Уставы государственного судоустройства. Ч. вторая. Учреждения и Уставы торговые. Кн. четвертая. Судопроизводство в делах торговых. — 1842 г. — С. 174—245.

Устав судопроизводства торгового (издание 1903 г.) // Свод Законов Российской империи. Полный текст всех 16 томов, согласованный с последними продолжениями, постановлениями, изданными в порядке ст. 87 Зак. Осн., и позднейшими узаконениями. В пяти книгах. Кн. четвертая. Т. XI, ч. I — XII. — СПб., 1913. — С. 1118—1162.

Фаршатов И. А. Специализированные и специальные нормы права // Государство и право. — 2003. — № 6. — С. 22—28.

Федоров А. А. Введение в курс торгового права. — Одесса, 1901. — 152 с.

Федоров И. В. Хозяйственные связи в СССР: Вопросы теории правового регулирования. — Томск: Изд-во Томского ун-та, 1978. — 202 с.

Фогельсон Ю. Б. Избранные вопросы общей теории обязательств: Курс лекций. — М.: Юристъ, 2001. — 192 с.

Французский Гражданский кодекс. — СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. — 1101 с.

Фрикке Ведиц. Кто осудил Иисуса? Точка зрения юриста / Пер. с англ. — 2-е изд. — М.: Едиториал УРСС, 2005. — 280 с.

Фуллер Лон Л. Анатомія права. — К.: Сфера, 1999. — 144 с.

Халфина Р. О. Значение и сущность договора в социалистическом гражданском праве. — М., 1954. — 240 с.

Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении. — М.: Юрид. лит., 1974. — 351 с.

Халфина Р. О. О закономерностях права // Право и правотворчество: вопросы теории. — М.: ИГПАН СССР, 1982. — С. 28—36.

Харитонов Є. О. Методологічний імператив дослідження актів кодифікації у галузі приватного права // Методологія приватного права: Зб. наук. праць (за матеріалами наук.-теор. конф., м. Київ, 30 травня 2003 р.) / Редкол.: О.Д. Крупчан та ін. — К.: Юрінком Інтер, 2003. — С. 40—44.

Харитонova О. І. Адміністративно-правові відносини (проблеми теорії): Монографія. — Одесса: Юрид. літ., 2004. — 328 с.

Хартли Т. К. Основы права Европейского сообщества / Пер. с англ. — М.: Закон и право, ЮНИТИ, 1998. — 703 с.

Хозяйственное право: Учебник / В. К. Мамутов, Г. Л. Знаменский, В. В. Хахулин и др. — К.: Юрінком Інтер, 2002. — С. 897—899.

Хозяйственное право Украины: Учебник / Под ред. А. С. Васильева, О. П. Подцерковного. — Харьков: Одиссей, 2005. — 464 с.

Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное право-ведение в сфере частного права: В 2 т. Т. 1. Основы / Пер. с нем. — М.: Междунар. отношения, 1998. — 480 с.

Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное право-ведение в сфере частного права: В 2 т. Т. 2 / Пер. с нем. — М.: Междунар. отношения, 1998. — 512 с.

Цивільне право України: Підручник: У 2 кн. / О. В. Дзера (кер. авт. кол.), Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін. — 2-е вид., доп. і перероб. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — Кн. 1. — 736 с.

Цивільний кодекс України: Коментар. Видання друге із змінами станом на 15 січня 2004 р. — Харків: Одиссей, 2004. — 856 с.

Цивільний кодекс України: Постатейний коментар у двох частинах. Ч. 1 / Керівники авторського колективу та відповідальні редактори проф. А. С. Довгерт, проф. Н. С. Кузнецова. — К.: Юстиніан, 2005. — 680 с.

Цивільний кодекс Української РСР, затверджений постановою ЦВК УРСР від 16 грудня 1922 р. — К.: Державне видавництво політичної літератури УРСР, 1959.

Цивільний кодекс Української РСР, затверджений законом Української РСР від 18 липня 1963 року // ВВР. — 1963. — № 30. — Ст. 463.

Цитович П. П. Очерк основных понятий торгового права. — М.: Центр ЮрИнфоР, 2001. — 448 с.

Цитович П. П. Труды по торговому и вексельному праву: В 2 т. Т. 1: Учебник торгового права; К вопросу о слиянии торгового права с гражданским. — М.: Статут, 2005. — 460 с.

Черданцев А. Ф. Толкование права и договора: Учеб. пособие для вузов. — М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2003. — 381 с.

Черданцев А. Ф. Толкование советского права: Теория и практика. — М.: Юрид. лит., 1979. — 168 с.

Черепяхин Б. Б. Ответственность грузополучателя по требованиям из договора железнодорожной перевозки // Труды по гражданскому праву. — М.: Статут, 2001. — С. 121—150.

Чернобель Г. Т. Проблема истинности и научной достоверности в правоведении // Методологические проблемы советской юридической науки. — М.: Наука, 1980. — С. 100—113.

Чечина Н. А. Понятие и сущность судебного решения // Избр. труды по гражданскому процессу. — СПб.: Издательский Дом С.-Петербур. гос. ун-та, 2004. — С. 301—319.

Чиркин В. Е. Современное государство. — М.: Междунар. отношения, 2001. — 416 с.

Чучковська А. В. Правове регулювання господарських договорів, що вчиняються через мережі електрозв'язку: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К.: 2004. — 20 с.

Шафир А. М. Энергоснабжение предприятий (правовые вопросы). — М.: Юрид. лит., 1990. — 144 с.

Шахматов В. П. Виды несоответствия сделок требованиям норм права // Антология уральской цивилистики. 1925—1989: Сб. статей. — М.: Статут, 2001. — 431 с.

Шахматов В. П. Составы противоправных сделок и обусловленные ими последствия. — Томск: Изд-во Томского ун-та, 1967. — 306 с.

Шебанов А. Ф. Форма советского права. — М.: Юрид. лит., 1968. — 216 с.

Щербина В. С. Господарське право: Підручник. — 2-е вид., перероб. і доп. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — 592 с.

Щербина В. Соціальні та правові засади забезпечення соціального миру та належного морально-психологічного клімату між роботодавцями і працівниками в умовах ринкових відносин // Підприємництво, господарство і право. — 2005. — № 7. — С. 22.

Шершеневич Г. Ф. Учебник гражданского права. — СПб, 1907. — 815 с.

Шершеневич Г. Ф. Учебник торгового права (по изданию 1914 г.). Фирма «СПАРК», 1994. — 335 с.

Шестакова Н. Д. Недействительность сделок / Науч. ред. докт. юрид. наук, проф., заслуженный работник высшей школы РФ Н. А. Чечина. — СПб.: Юридический центр Пресс, 2001. — 306 с.

Шилохвост О. Ю. Отступное в гражданском праве России. — М.: Статут, 1999. — 251 с.

Шпенглер О. Закат Европы: Очерки морфологии мировой истории. 2. Всемирно-исторические перспективы / Пер. с нем. и прим. И. И. Маханькова. — М.: Мысль, 1998. — 606 с.

Штаммлер Р. Сущность и задачи права и правоведения / Пер. с нем. В. А. Краснокутского. — М., 1908. — 145 с.

Штиллих О. Биржа и ее деятельность / Пер. с нем. — СПб., 1992. — 304 с.

Экономические санкции и дисциплина поставок. — К.: Наукова думка, 1976. — 267 с.

Явич Л. С. Общая теория права. — Л.: Изд-во Ленингр. унив-та, 1976. — 288 с.

Явич Л. С. Право развитого социалистического общества. Сущность и принципы. — М., 1978. — 224 с.

Ямпольская Ц. А. О теории административного договора // Советское государство и право. — 1966. — № 10. — С. 132—136.

Ярошенко К. Б. Судебная практика и гражданское право // Судебная практика в советской правовой системе. — М.: Юрид. лит., 1975. — С. 119—141.

Ярошенко О. Джерела трудового права на соціально-партнерському рівні // Вісник Академії правових наук України. — 2005. — № 2 (41). — С. 208—218.

Ясперс Карл. Ідея Університету // Ідея Університету: Антологія. — Львів: Літопис, 2002. — С. 109—165.

Bonell Michael Joachim. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes? / <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bonnell96.html>

Законодавство Союзу РСР та союзних республік

Декрет о суде от 22 ноября (5 декабря) 1917 года // Декреты Советской власти. Т. 1. 25 октября 1917 г. — 16 марта 1918 г. — М.: Госуд. изд-во полит. лит., 1957. — С. 124—126.

Декрет о суде (№ 2) от 30 января (12 февраля) 1918 года // Декреты Советской власти... — С. 466—476.

Гражданский кодекс УССР от 16 декабря 1922 г. // Собр. Узак. УССР. — 1922. — № 55. — Ст. 780.

Гражданский кодекс РСФСР // СУ РСФСР. — 1922. — № 71. — Ст. 904.

Постановление ЦИК и СНК СССР от 11 мая 1927 г. «Положение о государственных подрядах и поставках» // СЗ СССР. — 1927. — № 28. — Ст. 292.

Постановление ЦИК и СНК СССР от 7 сентября 1927 года «О мерах обеспечения правильной выплаты заработной платы рабочим, служащим и крестьянам, занятым на работах у частных подрядчиков (поставщиком), а также взносов на социальное страхование указанных лиц» // СЗ СССР. — 1927. — № 53. — Ст. 536.

Постановление ЦИК и СНК СССР от 13 декабря 1929 года «Об изменении положения и государственных подрядах и поставках» // СЗ СССР. — 1929. — № 76. — Ст. 728.

Конституція (Основний Закон) Союзу Радянських Соціалістичних Республік: Із змінами і доп., внесеними Законом СРСР від 1 грудня 1988 р. — К.: Політвидав України, 1988.

Закон СССР от 30 ноября 1979 г. «О государственном арбитраже в СССР» // Ведомости Верховного Совета СССР. — 1979. — № 49. — Ст. 844; 1987. — № 2. — Ст. 35; № 7. — Ст. 92; № 25. — Ст. 355; 1988. — № 1. — Ст. 3.

Указ Президії Верховної Ради СРСР від 18 лютого 1987 р. «Про внесення змін та доповнень до законодавства Союзу РСР про державний арбітраж» // Відомості Верховної Ради СРСР. — 18 лютого 1987 р. — № 7. — Ст. 92.

Закон СССР от 30 июня 1987 г. «О государственном предприятии (объединении)» // Ведомости Верховного Совета СССР. — 1987. — № 26. — Ст. 385.

Закон СССР от 26 мая 1988 г. «О кооперации» // ВВС СССР. — 1988. — № 22. — Ст. 355.

Основы законодательства Союза ССР и союзных республик об аренде от 23 ноября 1989 года // ВВС. — 1989. — № 25. — Ст. 481.

Закон СССР от 10 апреля 1990 г. «Об основах экономических отношений Союза ССР, союзных и автономных республик» // Ведомости Съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР. — 1990. — № 16. — Ст. 270.

Закон СССР от 4 июня 1990 г. «О предприятиях в СССР» // Ведомости Съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР. — 1990. — № 25. — Ст. 460.

Закон СРСР від 17 травня 1991 р. «Про Вищий арбітражний Суд СРСР» // Відомості 3'їзду народних депутатів СРСР і Верховної Ради СРСР. — 5 червня 1991 р. — № 23. — Ст. 651.

Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик // Ведомости съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР. — № 26. — 26 июня 1991 г. — Ст. 733.

Постановление Верховного Совета СССР «О введение в действие Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик» от 31 мая 1991 г. // Ведомости съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР. — № 26. — 26 июня 1991 г. — Ст. 734.

Постанова ЦВК УРСР від 16 грудня 1922 р. «Про надання чинності Цивільному кодексу УРСР» // ЗУ УРСР. 1922. — № 55. — Ст. 780.

Указ Президії Верховної Ради УРСР від 9 грудня 1963 р. «Про порядок введення в дію Цивільного та Цивільного

процесуального кодексу України РСР» // ВВР УРСР. — 1963. — № 51. — Ст. 731.

Правила пользования электрической энергией. Утверждены приказом Министерства энергетики и электрификации СССР от 6 декабря 1981 г. № 310 // Правила пользования электрической и тепловой энергией. — 3-е изд. — М., 1982.

Постановление ЦК КПСС и Совета Министров СССР от 12 февраля 1987 г. № 190 «О дальнейшем совершенствовании деятельности органов государственного арбитража и повышении их роли в укреплении законности и договорной дисциплины в народном хозяйстве» // СП СССР. Отд. 1. — 1987. — № 15. — Ст. 59.

Временное положение о порядке формирования государственных заказов на 1989—1990 годы, утвержденное постановлением Совета Министров СССР от 25 июля 1988 года № 889 // СП СССР. — 1988. — № 26. — Ст. 71.

Постановление Совета Министров СССР от 30 июля 1988 г. № 929 «Об упорядочении системы экономических (имущественных) санкций, применяемых к предприятиям, объединениям и организациям» // СП СССР. — 1988. — № 28. — Ст. 77.

Положення про органи державного арбітражу в Україні РСР. Затверджено постановою Ради Міністрів УРСР від 5 жовтня 1988 року № 519 // ЗПУ УРСР. — 16 вересня, 5 жовтня 1988 року. — № 10. — Ст. 43.

Матеріали судової практики

Конституційний Суд України

Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями Вищого арбітражного суду України та Генеральної прокуратури України щодо офіційного тлумачення положень статті 2 Арбітражного процесуального кодексу України (справа про представництво прокуратурою України інтересів держави в арбітражному суді) від 8 квітня 1999 р. № 3-рп/99 // Офіційний вісник України. — 1999. — № 15. — Ст. 614.

Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням Національного банку України

щодо офіційного тлумачення положення частини першої статті 58 Конституції України (справа про зворотну дію в часі законів та інших нормативно-правових актів) від 9 лютого 1999 р. № 1-рп/99 // Офіційний вісник України. — 1999. — № 7. — Ст. 255.

Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статей 24, 58, 59, 60, 93, 190-1 Кримінального кодексу України в частині, що передбачає смертну кару як вид покарання (справа про смертну кару) від 29 грудня 1999 р. № 11-рп/99 // Офіційний вісник України. — 2000. — № 4. — Ст. 126.

Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Кабінету Міністрів України щодо офіційного тлумачення положень частини першої статті 5 Закону України «Про усунення дискримінації в оподаткуванні суб'єктів підприємницької діяльності, створених за використанням майна та коштів вітчизняного походження» та частини першої статті 19 Закону України «Про інвестиційну діяльність» (справа про оподаткування підприємств з іноземними інвестиціями) від 29 січня 2002 р. 1-рп/2002 // Офіційний вісник України. — 2002. — № 22.

Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Постанови Верховної Ради України «Про чинність Закону України «Про Рахункову палату», офіційного тлумачення положень частини другої статті 150 Конституції України, а також частини другої статті 70 Закону України «Про Конституційний Суд України» стосовно порядку виконання рішень Конституційного Суду України (справа про порядок виконання рішень Конституційного Суду України) від 14 грудня 2000 р. № 15-рп/2000 // Офіційний вісник України. — 2000. — № 51 від 05.01.2001.

Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням Товариства з обмеженою відповідальністю «Торговий Дім «Кампус Коттон клуб» щодо офіційного тлумачення положення частини другої статті 124 Конституції України (справа про досудове врегулювання

спорів) від 9 липня 2002 р. № 15-рп/2002 // Офіційний вісник України. — 2002. — № 28. — Ст. 1333.

Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 45 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про електроенергетику» (справа про електроенергетику) від 12 лютого 2002 р. № 3-рп/2002 // Офіційний вісник України. — 2002. — № 22. — Ст. 1069.

Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) від 2 листопада 2004 р. № 15-рп/2004 // Урядовий кур'єр. — 17 листопада 2004 року. — № 219.

Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення окремих положень частини першої статті 4 Цивільного процесуального кодексу України (справа про охоронюваний законом інтерес) від 1 грудня 2004 р. № 18-рп/2004 // Урядовий кур'єр. — 15 грудня 2004 року. — № 239.

Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України про офіційне тлумачення положень частин першої, другої статті 126 Конституції України та частини другої статті 13 Закону України «Про статус суддів» (справа про незалежність суддів як складову їхнього статусу) від 1 грудня 2004 р. № 19-рп/2004 // Офіційний вісник України. — 2004. — № 49. — Ст. 3230.

Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 48 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень пункту 1.17 статті 1, статті 8 Закону України «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами» (справа про податкову заставу) від 24 березня 2005 р. № 2-рп/2005 // Урядовий кур'єр. — 20 квітня 2005 року. — № 73.

Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням закритого акціонерного товари-

ства «Оболонь» та громадянина Винника Віктора Володимировича про офіційне тлумачення положень частини другої статті 28 Закону України «Про господарські товариства», пункту 1, абзацу першого пункту 5 статті 4 Закону України «Про власність» (справа про права акціонерів ЗАТ) від 11 травня 2005 р. № 4-рп/2005 // Вісник Конституційного Суду України. — 2005. — № 2. — С. 23—29.

Практика Європейського Суду з прав людини

Рішення Європейського Суду з прав людини від 25 липня 2003 р. у справі «Совтрансавто-Холдинг проти України» // Вісник господарського судочинства. — 2004. — № 1. — С. 372—390.

Практика Верховного Суду України

Постанова Пленуму Верховного Суду України від 29 грудня 1976 року № 11 «Про судові рішення» // Постанови Пленуму Верховного Суду України 1972—2002: Офіц.вид. / За заг. ред. В. Т. Маляренка. — К.: Вид-во «А.С.К.», 2003. — С. 255—259.

Постанова Пленуму Верховного Суду України від 28 квітня 1978 року № 3 «Про судову практику в справах про визнання угод недійсними» // Постанови Пленуму Верховного Суду України 1972—2002: Офіц.вид. / За заг. ред. В. Т. Маляренка. — К.: Вид-во «А.С.К.», 2003. — С. 74—80.

Постанова Пленуму Верховного Суду України від 12 квітня 1996 року № 4 «Про застосування законодавства, що забезпечує незалежність суддів» // Постанови Пленуму Верховного Суду України 1972—2002: Офіц.вид. / За заг. ред. В. Т. Маляренка. — К.: Вид-во «А.С.К.», 2003. — С. 23—30.

Постанова Пленуму Верховного Суду України № 9 від 01 листопада 1996 року «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя» // Постанови Пленуму Верховного Суду України 1972—2002: Офіц.вид. / За заг. ред. В. Т. Маляренка. — К.: Вид-во «А.С.К.», 2003. — С. 9—14.

Рішення Верховного Суду України від 3 грудня 2004 року у справі за скаргою довіреної особи кандидата на пост Президента України Ющенко В. А. в єдиному загальнодержавному виборчому окрузі по виборах Президента України Ка-

теринчука М. Д. на бездіяльність Центральної виборчої комісії, дії по встановленню результатів повторного голосування з виборів Президента України 24 листопада 2004 року та на рішення про оголошення Президентом України Віктора Федоровича Януковича // Урядовий кур'єр. — 2004. — 8 грудня. — № 234.

Постанова Судової палати у господарських справах Верховного Суду України від 24 грудня 2001 року у справі за позовом Державної податкової інспекції у Мінському районі м. Києва до ЗАТ «Інформполісервіс» та ТОВ мале приватне підприємство «Степ-В» // Постанови Верховного Суду України та Вищого господарського суду України у господарських справах: Вип. 1. — 2003. — С. 146—151.

Постанова Судової палати у господарських справах Верховного Суду України від 25 березня 2002 р. у справі за позовом державного підприємства Український центр по обслуговуванню пасажирів на залізничному транспорті України до ТОВ «Декон» // Постанови Верховного Суду України та Вищого господарського суду України у господарських справах. — 2003. — Вип. 2. — С. 101—103.

Постанова Судової палати у господарських справах Верховного Суду України від 8 квітня 2002 року у справі за позовом ВАТ «Пришибський комбінат хлібопродуктів» до АТ «Наш банк» // Постанови Верховного Суду України та Вищого господарського суду України з господарських справ. Вип. 2. — 2003. — С. 47—49.

Постанова судової палати з господарських справ Верховного Суду України від 28 січня 2003 року № 3-1539к02 // Юридичний вісник України. — 2004. — № 11. — С. 11—13.

Постанова Судової палати у господарських справах Верховного Суду України від 21 грудня 2004 року у справі за позовом прокурора м. Саки в інтересах держави в особі господарської асоціації «Йодобром» до ВАТ «Науково-виробниче об'єднання «Йодобром» // Постанови Верховного Суду України та Вищого господарського суду України у господарських справах. — 2005. — Вип. 6 (21). — С. 35—38.

Постанова Судової палати у господарських справах Верховного Суду України від 25 січня 2005 року у справі за позовом ТОВ «Північно-західна промислова компанія» до державного підприємства «Укренергокомплект» та ВАТ «За-

хіденерго» // Вісник Верховного Суду України. — 2005. — № 6.

Постанова Судової палати у господарських справах Верховного Суду України від 13 вересня 2005 року у справі № 2-1/13704-04 // Архів Верховного Суду України. — 2005 р.

Вищий господарський суд України

Роз'яснення Вищого арбітражного суду України від 2 квітня 1994 року № 02-5/255 «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з судовим захистом права державної власності» // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. — 2002. — № 5.

Роз'яснення Вищого арбітражного суду України від 6 серпня 1997 року № 02-5/276 «Про деякі питання практики застосування Закону України «Про підприємництво» // Вісник Вищого арбітражного суду України. — 1998. — № 1.

Роз'яснення Вищого арбітражного суду України № 02-5/111 від 12 березня 1999 року «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з визнанням угод недійсними» // Юридичний вісник України. — 2002. — № 26.

Роз'яснення Президії ВГСУ № 02-5/35 від 26 січня 2000 року «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з визнанням недійсними актів державних чи інших органів» // Вісник Вищого арбітражного суду України. — 2000. — Число 2 (10).

Роз'яснення Президії ВГСУ № 04-5/570 від 22 травня 2002 року «Про деякі питання участі прокурора у розгляді справ, підвідомчих господарським судам» // Вісник господарського судочинства. — 2002. — № 3. — С. 95—98.

Роз'яснення Президії ВГСУ № 04-5/608 від 31 травня 2002 року «Про деякі питання практики розгляду справ за участю іноземних підприємств і організацій» // Вісник господарського судочинства. — 2002. — № 3. — С. 98—105.

Постанова Пленуму Вищого господарського суду України від 25 липня 2002 р. №1056 «Про заходи щодо забезпечення однакового і правильного застосування законодавства про податки» // Вісник господарського судочинства. — 2002. — № 4.

Лист Вищого арбітражного суду України від 15 травня 1997 року № 01-8/167 «Про деякі питання практики засто-

сування окремих норм чинного законодавства у вирішенні спорів» // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. — 2001. — № 1.

Лист Вищого арбітражного суду України № 01-8/73 від 25 лютого 1998 року «Про Закон України «Про електроенергетику» // Вісник Вищого арбітражного суду України. — 1998. — № 2.

Оглядовий лист Вищого арбітражного суду України № 01-8/442 від 12.04.2001 «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з орендними правовідносинами (за матеріалами судової колегії Вищого арбітражного суду України по перегляду рішень, ухвал, постанов) // Вісник господарського судочинства. — 2001. — № 3.

Лист Вищого арбітражного суду України № 01/-8/500 від 25 квітня 2001 року «Про деякі питання практики застосування у вирішенні спорів законодавства про приватизацію державного майна» // Вісник господарського судочинства. — 2001. — № 3.

Лист Вищого господарського суду України № 01-8/978 від 30 серпня 2002 року «Про рішення Конституційного Суду України від 09.07.2002» // Вісник господарського судочинства. — 2002. — № 4.

Інформаційний лист Вищого господарського суду України від 19 травня 2003 року № 01-8/537 «Про внесення змін до деяких Інформаційних листів Вищого арбітражного суду України та про відкликання Інформаційних листів Вищого арбітражного суду України» // Вісник господарського судочинства. — 2003. — № 3.

Рекомендації Вищого господарського суду України від 18 листопада 2003 р. № 04-5/1429 «Про внесення змін до деяких роз'яснень президії Вищого арбітражного суду України та президії Вищого господарського суду України» // Вісник господарського судочинства. — 2004. — № 1.

Оглядовий лист Вищого господарського суду України від 03 грудня 2004 року № 04-5/3180 «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із застосуванням законодавства про захист економічної конкуренції» (за матеріалами справ, розглянутих у касаційному порядку Вищим господарським судом України) // Вісник господарського судочинства. — 2005. — № 2. — С. 41—56.

Інформаційний лист Вищого господарського суду України від 10.03.2005 р. № 01-8/375 «Про практику Верховного Суду України у справах зі спорів, пов'язаних із виконанням зобов'язань за договорами підряду» // Вісник господарського судочинства. — 2005. — № 3. — С. 76—84.

Інформаційний лист Вищого господарського суду України від 25.03.2005 р. № 01-8/486 «Про практику Верховного Суду України у справах зі спорів, пов'язаних з перевезенням вантажів морським транспортом» // Вісник господарського судочинства. — 2005. — № 3. — С. 87—90.

Інформаційний лист Вищого господарського суду України від 11.04.2005 р. № 01-8/344 «Про деякі питання практики застосування норм Господарського процесуального кодексу України, порушені в доповідних записках про роботу господарських судів у 2004 році» // Вісник господарського судочинства. — 2005. — № 3. — С. 53—58.

Постанова спільного засідання Пленуму Вищого господарського суду України та Ради суддів господарських судів України від 25 лютого 2005 року «Про підсумки роботи господарських судів України у 2004 році та завдання з підвищення ефективності господарського судочинства» // Вісник господарського судочинства. — 2005. — № 2. — С. 14—16.

Постанова Вищого господарського суду України від 9 лютого 2005 р. у справі № 27/384 // Вісник господарського судочинства. — 2005. — № 4. — С. 120—122.

Практика господарського суду міста Києва

Справа № 54/6 // Архів ВАСУ за 1999 рік.

Справа № 16/247 // Архів господарського суду міста Києва за 2000 р.

Справа № 15/50 // Архів господарського суду міста Києва за 2001 р.

Справа № 15/52 // Архів господарського суду міста Києва за 2001 р.

Справа № 15/39 // Архів господарського суду міста Києва за 2001 р.

Справа № 15/36 // Архів господарського суду міста Києва за 2001 р.

Справа № 15/51 // Архів господарського суду міста Києва за 2001 р.

Справа № 7/500// Архів господарського суду міста Києва за 2001 р.

Справа № 8/22 // Архів господарського суду міста Києва за 2002 р.

Справа № 35/165 // Архів господарського суду міста Києва за 2002 р.

Справа № 10/393 // Архів господарського суду міста Києва за 2003 р.

Справа № 22/ 177 // Архів господарського суду міста Києва за 2005 р.

Справа № 34/400-40/135 // Архів господарського суду міста Києва за 2005 р.

Зміст

| | |
|---|------------|
| Передмова | 3 |
| РОЗДІЛ I. Господарське договірне право в системі права України | 10 |
| 1.1. Договір як універсальний засіб саморегуляції суспільних відносин | 10 |
| 1.2. Договір в механізмі правового регулювання господарських відносин | 46 |
| 1.3. Господарське договірне право як правовий інститут: загальна характеристика | 73 |
| 1.4. Структура господарського договірного права України | 110 |
| РОЗДІЛ II. Джерела господарського договірного права | 149 |
| 2.1. Джерела господарського договірного права: сутність та види | 149 |
| 2.2. Нормативно-правові джерела (форми) | 180 |
| 2.3. Правові звичаї (звичаї ділового обороту) | 225 |
| 2.4. Судова практика | 264 |
| 2.5. Формулярне право | 309 |
| РОЗДІЛ III. Господарське договірне право і забезпечення правового господарського порядку | 342 |
| 3.1. Правовий порядок як смислоутворююча категорія господарського договірного права | 342 |
| 3.2. Обмеження саморегуляції господарських договірних відносин | 372 |
| 3.3. Організаційні договори як засіб упорядкування господарських відносин | 405 |

| | |
|---|------------|
| 3.4. Господарські договори у сфері державного господарювання (договори публічної спрямованості) | 435 |
| 3.5. Питання тлумачення господарських договорів | 491 |
| Висновки | 524 |
| Список використаних джерел | 532 |