

НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
«ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ УКРАЇНИ імені ЯРОСЛАВА МУДРОГО»

Серія «Харківська правова школа»

ДОГОВІР ЯК УНІВЕРСАЛЬНА ПРАВОВА КОНСТРУКЦІЯ

Монографія

За редакцією професорів
А. П. Гетьмана та В. І. Борисової

Харків
«Право»
2012

УДК 347.4(477)
ББК 67.9(4УКР)301
Д59

Серія заснована у 2011 році

*Рекомендовано до видання вченою радою Національного університету
«Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»
(протокол № 4 від 23.12.2011 р.)*

Рецензенти:

Н. С. Кузнецова – доктор юридичних наук, професор, академік
НАПрН України, професор кафедри цивільного права Київського
національного університету імені Тараса Шевченка;
А. О. Селіванов – доктор юридичних наук, професор,
академік НАПрН України, постійний представник Верховної Ради
України в Конституційному Суді України

Авторський колектив:

А. П. Гетьман – вступ, розділ VIII; *В. І. Борисова* – глава 1 розділу II;
О. П. Євсєєв – розділ X (у співавт. з В. П. Колісником); *В. В. Жернаков* –
глава 1 розділу IV; *І. В. Жилінкова* – розділ III; *О. Т. Зима* – розділ IX;
В. П. Колісник – розділ X (у співавт. з О. П. Євсєєвим); *М. П. Кучеря-
венко* – розділ XI; *В. С. Мілаш* – розділ V; *С. П. Погребняк* – розділ I;
С. М. Прилипко – глави 2 і 3 розділу IV (у співавт. з О. М. Ярошенком);
І. В. Спасибо-Фатєєва – глава 3 розділу II; *А. М. Статівка* – глава 1
розділу VII; *М. В. Шульга* – розділ VI; *В. Ю. Уркевич* – глава 2 розділу VII;
В. Л. Яроцький – глава 2 розділу II; *О. М. Ярошенко* – глави 2 і 3 розді-
лу IV (у співавт. із С. М. Прилипком)

Договір як універсальна правова конструкція : монографія
Д59 /А. П. Гетьман, В. І. Борисова, О. П. Євсєєв та ін. ; за ред. А. П. Геть-
мана, В. І. Борисової. – Х. : Право, 2012. – 432 с. – (Серія «Харківська
правова школа»).

ISBN 978-966-458-379-1

Монографія містить міжгалузеві дослідження категорії договору та її
застосування в різних галузях права.

Для вчених, аспірантів, студентів, практиків і широкого загалу читачів.

УДК 347.4(477)
ББК 67.9(4УКР)301

ISBN 978-966-458-379-1

© Гетьман А. П., Борисова В. І.,
Євсєєв О. П. та ін., 2012
© «Право», 2012

Зміст

Вступ	5
Розділ I. Договір: загальнотеоретична характеристика	13
Розділ II. Теоретичні і практичні проблеми укладення цивільно- правових договорів	26
Глава 1. Договір купівлі-продажу	26
Глава 2. Договори, що забезпечують оборотоздатність цінних паперів	57
Глава 3. Договори між акціонерами	76
Розділ III. Договірне регулювання відносин у сімейній сфері	94
Розділ IV. Договірне регулювання відносин у сфері праці	112
Глава 1. Договірне регулювання соціально-трудових відносин: загальнотеоретичні питання	112
Глава 2. Трудовий договір	132
Глава 3. Колективні договори і угоди	210
Розділ V. Господарський договір у сучасних умовах	233
Розділ VI. Земельні правочини: сутність, класифікація та особливості	273
Розділ VII. Договірне регулювання відносин в аграрній сфері	290
Глава 1. Особливості класифікації договорів за участю сільськогосподарських товаровиробників	290
Глава 2. Договір контрактації сільськогосподарської продукції: проблеми вдосконалення правового регулювання	308

Розділ VIII. Еколого-правові договори: законодавча ретроспектива й сучасність	325
Розділ IX. Адміністративний договір: система ознак	345
Розділ X. Договори та угоди в конституційному праві	359
Розділ XI. Договір у фінансовому праві	409
Відомості про авторів	425

ВСТУП

Монографія присвячена дослідженню договору як найбільш гнучкій правовій формі, яка може опосередковувати найрізноманітніші по суті суспільні відносини. Договір як інструмент правового регулювання поряд із традиційним застосуванням у сфері приватного права, у сучасних умовах застосовується і у сфері публічного права (публічно-правовий договір), державне регулювання суспільних відносин у якому, як правило, здійснюється винятково адміністративно-правовими методами. У зв'язку з цим виникає потреба дослідити договір як універсальну правову конструкцію, яка в умовах формування ринкової системи господарювання спроможна вирішувати проблеми як у сфері приватного, так і публічного права.

Перший розділ монографічного дослідження присвячений загальнотеоретичній характеристиці договору. Автором доводиться, що договір – це унікальний правовий засіб, який дозволяє здійснювати як нормативне, так і індивідуальне правове регулювання, і виступає засобом координації правового регулювання. Разом із тим наголошується на різному значенні договору для приватного і публічного права, що обумовлене специфікою цих підсистем права. Автор наводить загальнотеоретичну характеристику договору як різновиду правового акта: підкреслюючи, що він має двосторонній або багатосторонній характер, ґрунтується на згоді сторін, що укладають його для досягнення певної правової мети, отримує визнання з боку правопорядку. Окрім цього, визначаються основні принципи, що притаманні зазначеній категорії, – принцип свободи договору, принцип рівності його учасників, принцип *раста sunt servanda* та принцип еквівалентності; з'ясовуються його функції – регулююча, інтегруюча та посередницька; суб'єктний склад договору; зміст; форма та правовий режим.

Другий розділ монографічного дослідження присвячений теоретичним і практичним проблемам укладення цивільно-правових договорів, зокрема договору купівлі-продажу, договорів, що забезпечують оборотоздатність цінних паперів, а також угод між акціонерами.

У главі першій другого розділу автор зазначає, що за умов ринкової економіки договір купівлі-продажу стає одним із найпоширеніших типів дого-

ворів, який використовується у товарному обороті і як родове поняття охоплює всі види зобов'язань стосовно відчуження майна у власність на визначено-еквівалентній основі. Такі раніше самостійні договірні типи, як поставка, контракція сільськогосподарської продукції, постачання енергетичних та інших ресурсів через приєднану мережу, міна почали розумітися як види договору купівлі-продажу. Підкреслюється, що можливість субсидіарного застосування до певних видів договору купівлі-продажу (контракції, міни, постачання енергетичних та інших ресурсів через приєднану мережу) правил, які регулюють окремі види цього договору, що допускає Цивільний кодекс (далі – ЦК) України, не свідчить про появу поряд з видами договору купівлі-продажу ще і його підвидів.

Разом із тим зауважується, що перелік видів договору купівлі-продажу, який містить ЦК України, не можна визнати вичерпним, оскільки слід врахувати те, що предмет договору стає тією специфічною ознакою, що впливає на необхідність спеціального правового регулювання купівлі-продажу окремих її видів. Так, спеціального врегулювання потребує як договір купівлі-продажу нерухомості (природної), так і договір купівлі-продажу підприємства, що використовується для здійснення підприємницької діяльності, на який поширено правовий режим нерухомості.

У главі розкривається правова характеристика договору купівлі-продажу, його родові ознаки та проводиться розмежування з іншими типами договорів, за допомогою яких також відбувається перехід відчужуваного майна (товару) у власність покупця – дарування, позики, довічного утримання (догляду), ренти, спадкового договору.

У главі другій другого розділу зауважуються особливості договорів, які забезпечують участь цінних паперів у цивільному обороті, що пов'язано з їх залежністю від форми випуску та обігу останніх. Автор наполягає на тому, що ключовою інструментальною характеристикою, яка впливає на можливість чи, навпаки, неможливість відповідних видових конструкцій цінних паперів бути об'єктом тих чи інших договірних відносин, є зміст, обсяг, порядок здійснення та інші властивості посвідчених ними майнових прав. Підкреслюється, що певну роль відіграє також спосіб легітимації уповноваженої особи і правова мета, яку мають сторони, здійснюючи правочин, – оплатна чи безоплатна передача прав на цінні папери. Основним різновидом правочинів, які забезпечують саморегулювання відносин, що виникають у процесі участі цінних паперів (як об'єктів цивільних прав) у цивільному обороті, є договори, спрямовані на передачу права власності на цінні папери. Правочинами, предметом яких є передача цінних паперів у власність, постають

договори купівлі-продажу, міни, дарування, пожертви, ренти, довічного утримання (догляду) тощо.

У главі третій другого розділу автор звертає увагу на те, що останнім часом набуло поширення укладення договорів між акціонерами або між акціонерами і тими особами, які мають намір придбати пакет акцій. За допомогою цих договорів акціонери намагаються розв'язувати різні проблеми, що постають як наслідок недосконалості корпоративного законодавства, а це означає, що зазначені договори відіграють значну роль у сфері корпоративного управління. Разом з цим такі договори стають своєрідним засобом впливу акціонерів на встановлення іншого правового регулювання порівняно з тим, що міститься у ЦК України та Законі України «Про акціонерні товариства». Наслідком цього є виникнення паралельного регулювання корпоративних відносин – з боку нормативно-правових актів (закону та внутрішніх корпоративних актів, у тому числі рішень органів АТ) та договорів між акціонерами (акціонерної угоди). У такому разі особливого значення набуває відповідь на питання про те, наскільки це допустимо і чим це викликано.

Третій розділ монографічного дослідження присвячений договірному регулюванню відносин у сімейній сфері як одній з основних засад сучасного сімейного права. Автор звертає увагу на принципово змінений порядок регулювання сімейних відносин, оскільки імперативні приписи поступаються місцем диспозитивному методу регулювання і договір поряд із нормами законодавства розглядається як джерело сімейного права. Доводиться, що договірне регулювання сімейних відносин порівняно з регулюванням цивільних відносин має суттєві особливості, до яких, зокрема, автор відносить те, що учасники сімейних відносин діють спільно, а не як протилежні за своїми інтересами контрагенти. Екстраполюючи правила ст. 6 ЦК України на ґрунт сімейних відносин, автор дозволяє сформулювати певні правила співвідношення норм сімейного законодавства та договору. Окрім цього, обґрунтовується висновок про те, що у СК України існують норми, які закріплюють: більш-менш повні моделі договорів, наприклад, договір щодо поділу майна подружжя, та норми, які містять лише інформацію про договори, модель яких не визначена, наприклад, договір, укладений в інтересах сім'ї тощо. В розділі також досліджено проблему співвідношення норм сімейного законодавства та договору, а також здійснено спробу класифікації договорів у сімейній сфері.

Четвертий розділ монографічного дослідження присвячений договірному регулюванню відносин у сфері праці. У главі першій цього розділу розкриваються загальнотеоретичні питання, у главі другій – правова характеристика трудового договору, і у главі третій – правова характеристика колективного договору.

Зазначається, що визначення особливостей договірної регуляції соціально-трудових відносин сприяє більш чіткому уявленню про предмет і метод трудового права як самостійної галузі, що має особливе значення в умовах реформування законодавства про працю, викликаного сучасними соціально-економічними реаліями.

Важливою рисою сучасного правового регулювання трудових відносин стає посилення його договірної характеру та ролі локальних нормативних актів. Тому виникла необхідність створення правової системи, орієнтованої не на жорстке державне регулювання суспільних відносин, а на поєднання різних, переважно договірних методів управління.

Значна увага приділена в розділі колективному договору, який укладається між роботодавцем, групою роботодавців або однією чи кількома організаціями роботодавців та однією чи кількома представницькими організаціями працівників, або, за відсутності таких організацій, – представниками самих працівників, належним чином обраними і уповноваженими згідно із законодавством країни. Цей договір закріплює локальні норми, що поширюються тільки на конкретне підприємство, установу, організацію й мають властивості, характерні для правових норм взагалі. Разом з тим нормативні положення цього договору мають обмежену сферу дії й коло суб'єктів. Колективний договір має змішану юридичну природу й поєднує в собі зобов'язальні й нормативні умови. У створенні його нормативних приписів беруть участь представники працівників і роботодавця. Наявність нормативних умов у змісті цього договору дозволяє в цій частині віднести його до числа джерел трудового права. При цьому нормативні положення колективного договору визнаються джерелами трудового права соціально-партнерського характеру, що посідають місце на рівні джерел соціального партнерства в конкретній організації, створюючи підґрунтя для інших локальних нормативних актів, які регулюють соціально-трудова відносини.

Розділ п'ятий монографічного дослідження присвячений господарському договору, який у сучасних умовах стає однією з найпоширеніших підстав виникнення господарських зобов'язань. Утім, виникнення зобов'язань є не єдиним правовим результатом, до якого призводить укладення господарського договору. У контексті сучасних ринкових умов основне функціональне навантаження такого договору припадає на формування цілісної моделі господарсько-договірних зв'язків та встановлення оптимального правового режиму їх реалізації, що є невід'ємною складовою підтримки та забезпечення господарського правопорядку.

Автор зауважує, що господарський договір залучається до механізму правового регулювання господарських відносин різних за фактичним змістом, суб'єктним складом, типізацією інтересів, які реалізуються в них, та цілями, на досягнення яких вони спрямовані. Він виступає також і одним із засобів реалізації правової політики у сфері господарювання, що одночасно забезпечує захист та реалізацію приватних і публічних інтересів в означеній царині.

Робиться висновок, що головним напрямом модернізації господарського законодавства щодо нормування договірних відносин у сучасних умовах є його спеціалізація, фундаментом для здійснення якої стало виділення в окрему главу Господарського кодексу (далі – ГК) України положень про господарський договір. Разом з тим безперервний розвиток господарського обороту, значна частина якого представлена договірними відносинами, вимагає постійного моніторингу чинного господарського законодавства у сфері укладання та виконання господарських договорів, та, як наслідок, оновлення і нарощування його нормативного змісту на науково-обґрунтованій основі.

Розділ VI присвячений земельним правочинам, у якому розкривається сутність та особливості цих правочинів, а також проводиться їх класифікація. Чинне законодавство передбачає, що ринковий обіг земельних ділянок (або прав на них) повинен здійснюватися у визначених законом формах, важливе місце серед яких посідають земельні правочини. Зміст, види та порядок укладення таких правочинів щодо земельних ділянок встановлені Земельним кодексом (далі – ЗК) України. Оскільки ці правочини мають цивільно-правовий характер, до регулювання суспільних відносин, що виникають у процесі їх укладення і виконання, необхідно застосовувати норми цивільного законодавства. Разом з тим за своєю юридичною природою правочини щодо земельних ділянок (чи права на них) мають не тільки цивільно-правовий, а й публічно-правовий характер. Це обумовлено тим, що укладення і виконання таких правочинів опосередковано рішенням органів державної виконавчої влади чи органів місцевого самоврядування щодо визначення правового режиму земельної ділянки як предмета правочину, а також оформленням прав на земельні ділянки.

Робиться висновок, що правова регламентація ринкового обігу земельних ділянок потребує комплексного підходу до застосування норм та методів як приватно-правового, так і публічно-правового характеру. Викладений підхід до юридичної природи земельних правочинів створює можливість провести їх класифікацію на певні види, а також дає змогу вказати на особливості щодо форми, чинності та змісту таких правочинів.

Розділ VII дослідження присвячений договірному регулюванню відносин в аграрній сфері і складається з двох глав. У главі 1 висвітлюються особливості класифікації договорів за участю сільськогосподарських товаровиробників. Автор обґрунтовує висновок стосовно того, що при виявленні юридичних особливостей договорів за участю сільськогосподарських товаровиробників необхідно враховувати не тільки зміст нормативних моделей, але й множину конкретних договорів, які регулюють відносини і безпосередньо пов'язані із: процесом виробництва сільськогосподарської продукції рослинного і тваринного походження; орендою земельних ділянок; матеріально-технічним забезпеченням; технічним обслуговуванням і ремонтом сільськогосподарської техніки; кредитами; лізингом тощо. Пропонується новий підхід щодо особливостей договірних відносин, які проявляються в кожному структурному елементі договору (суб'єкт, предмет, зміст). Окрім цього аналізуються питання щодо доцільності при внутрішньовидовій класифікації договорів за участю сільськогосподарських товаровиробників враховувати три критерії: виробничий; цільовий; класифікацію договорів, що міститься в ЦК України.

У главі 2 цього розділу проаналізовано наявний стан та проблеми вдосконалення правового регулювання договірних відносин щодо контрактації сільськогосподарської продукції, оскільки до цього часу не вирішено питання стосовно обмеження застосування договору контрактації сільськогосподарської продукції лише для державних закупівель названої продукції, а також залишаються не розкритими елементи розглядуваного договору у сучасних умовах (суб'єкти, предмет договору, права й обов'язки його сторін).

Запропоновано внесення змін до актів чинного законодавства України, зокрема до ЦК України та ГК України, а також обґрунтовано необхідність затвердження Положення про контрактацію сільськогосподарської продукції й Типового договору контрактації названої продукції.

Розділ VIII монографії присвячений проблемам еколого-правових договорів. Автор, досліджуючи генезу розвитку договірних відносин в екологічній сфері, підкреслює, що договірна практика в екологічному законодавстві є досить новим правовим явищем, яке отримує широке розповсюдження у процесі використання (експлуатації) природних ресурсів, охорони навколишнього природного середовища, забезпечення екологічної безпеки. Зазначається, що договірні відносини в екологічному законодавстві України посіли чинне місце і поряд із публічним (державно-правовим) впливом на забезпечення раціонального використання природних ресурсів, охорону навколишнього природного середовища та забезпечення екологічної безпеки відіграють важливу роль у подальшому становленні і розвитку взаємовідносин «суспіль-

ство – довкілля» у сфері природокористування. Зауважується, що договірна форма має суттєві переваги перед адміністративними актами, які засвідчують право користування природними (у т. ч. земельними) ресурсами, оскільки у договорі чітко визначаються права та обов'язки сторін, а також, що сторони в договорі встановлюють відповідні санкції за його порушення, а це стимулює їх до належного виконання умов договору. Основною ознакою договорів в екологічному праві визнається публічний інтерес, загальні блага, які передбачають спільну діяльність учасників договору для досягнення соціально значимої мети.

Розділ IX монографії присвячений проблемам адміністративного договору. Автором зазначається, що в юридичній літературі з адміністративним договором пов'язано широке коло спірних та малодосліджених питань. Відсутність єдиного доктринального підходу щодо змісту, сфери застосування, порядку укладення такого договору ускладнює дослідження та розв'язання інших питань. Автор прагне встановити ознаки, притаманні адміністративному договору, і, використовуючи їх, розкрити його сутність з метою відмежування від інших видів публічно-правових договорів. Була зроблена спроба класифікувати ознаки адміністративного договору та поєднати їх у систему. Проаналізована проблема доцільності укладення адміністративних договорів між органами державного управління.

Розділ X дослідження присвячений договорам та угодам у конституційному праві, які на рівні з конституцією, міжнародними договорами, законами, підзаконними та локальними нормативно-правовими актами, а також актами органів конституційної юрисдикції, визнаються одним з головних джерел конституційного права.

Автори виходять з того, що конституційна угода — це форма (або засіб) конституційно-правового врегулювання державно-політичних відносин володарювання, яка заснована на політичних домовленостях. Зазвичай це публічно-правовий договір нормативного змісту, що містить загальні правила поведінки і не має персоніфікованого характеру, визначає повноваження, права й обов'язки органів публічної влади (а інколи й інших суб'єктів конституційного права) та порядок їх реалізації. Дослідники зробили висновок, що впровадження договірно-правових форм регулювання суспільних відносин, які складають предмет конституційного права України та мають свою тривалу історію, обумовлено різноманітними чинниками. Теоретична розробка загальної характеристики, головних ознак і видів договорів та угод у конституційному праві проведена з урахуванням особливостей окремих етапів розвитку українського конституціоналізму, з'ясовано ступінь їх позитивного

впливу на практику українського державотворення та встановлено окремі негативні наслідки, до яких вони привели. З'ясування правової природи і особливостей використання договорів та угод у конституційному праві має сприяти подоланню державно-правових конфліктів, подальшому демократичному поступу української держави і суспільства.

Розділ XI монографічного дослідження присвячений питанню договорів у фінансовому праві. Автором підкреслюється, що особливістю фінансово-правового регулювання суспільних відносин є застосування переважно, а в деяких випадках і винятково імперативних засобів впливу на поведінку учасників відносин. У той же час застосування договірних конструкцій у цій сфері відносин уже є непоодиноким. Тому договори в бюджетному праві, податковому праві, при регулюванні обігу державних цінних паперів і т. ін. потребують не лише законодавчого, але й наукового осмислення. У роботі звертається увага на перспективність дослідження як договірних форм у фінансовому праві, так і з'ясування галузевої природи договорів у публічних фінансово-правових відносинах, а також зауважується, що використання загальнонародової конструкції договору не передбачає ревізії вихідних засад фінансово-правового регулювання. Виходячи з цього, обґрунтовується та досліджується можливість застосування договірних форм в умовах упорядкування обігу публічних грошових фондів.

Розділ I

Договір: загальнотеоретична характеристика

Договір як соціальний інститут відомий уже на ранніх етапах розвитку людського суспільства, що знаходить своє відображення в міфології, релігії та інших нормативних і аксіологічних системах. Проте ідея договору не завжди просто утверджувала себе у правовій свідомості і юридичному мисленні¹.

Видатний англійський історик права ХІХ ст. Г. Мейн зазначав, що серед усіх загальних положень, які стосуються сучасного суспільного устрою, жодне не визнається з більшою здатністю, ніж те, що наше суспільство від суспільного устрою попередніх поколінь розширенням сфери договору². Зокрема, він наголошує на тому, що закон усе більше й більше стає тільки із зовнішньою оболонкою, під якою ховається велика кількість договірних правил, що невпинно змінюється, з якими він інколи зіштовхується, і лише для того, щоб примусити їх узгоджуватися з небагатьма основними принципами або ж коли до нього звертаються для того, щоб покарати за порушення довіри³. До цієї думки схиляються юристи ХХІ ст., які стверджують, що договір виступає

¹ Див.: Бекленищева, И. В. Гражданско-правовой договор: классическая традиция и современные тенденции [Текст] / И. В. Бекленищева. – М. : Статут, 2006. – С. 12.

² Якщо в традиційних суспільствах права та обов'язки індивіда залежать у першу чергу від соціального статусу, то в сучасних суспільствах їх визначає сам індивід через договірні відносини. Хоча етнографічні, антропологічні дані, отримані у ХХ ст., дозволяють стверджувати, різною мірою будь-якому суспільству притаманні як статусні, так і договірні відносини, перехід від субординації й підпорядкування до договорів все ж таки вважається загальною лінією розвитку (див.: Примак, Т. К. Институт договора: теоретико-правовые вопросы [Текст] : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01 / Т. К. Примак. – М., 2008. – С. 15).

³ Мэйн, Г. С. Древнее право: его связь с древней историей общества и его отношение к новейшим идеям [Текст] : пер. с англ. / Г. С. Мэйн. – 2-е изд. – М. : КРАСАНД, 2011. – С. 238–239.

одним із головних і таким, що найчастіше зустрічається, втіленням права¹.

Договір (*contractus*) як юридична категорія починає розроблятися в давньоримському праві. Слід нагадати, що договору передуює поняття *nexum* (зв'язок), який був пов'язаний із *mancipatio* (способом передачі власності) і становив процедуру підкорення однієї особи владі іншої, з тим щоб гарантувати виплату боргу². Крім того, для позначення угод у ці часи нерідко використовувався вислів *conventio*. Іншим важливим поняттям давньоримського права було поняття *actum* (угода)³. Слід ураховувати, що римські вислови *contractus*, *conventio*, *actum*, у принципі, є самостійними поняттями; жодне з них не охоплювало всіх явищ, які мали договірну природу, і не виступало як родова категорія⁴.

Так, для римських юристів класичного часу договір полягає в угоді або згоді сторін. У Кодексі Юстиніана договір визначається як угода двох чи кількох сторін про виникнення, перенесення, припинення, збереження, зміну будь-якого права (I. 1. § 2. D. de pact. 2, 14). Договір використовується в усіх галузях права (I. § 3. D. de pact. 2, 14): у праві приватному – як речовий, зобов'язальний, сімейний договір чи договір про спадщину; у праві публічному – як державний договір, конкордат та ін.⁵ Описуючи зобов'язання, породжені договором, Гай поділяє їх на чотири види: вони виникають у зв'язку з передачею речі (реальні контракти); вимовою певних урочистих слів (вербальні контракти); записом у книгу (літеральні, або письмові контракти); досягненням взаємної згоди (консенсуальні контракти). Ця класифікація зберігається

¹ Див.: Иванов, В. В. Общая теория договора [Текст] / В. В. Иванов. – М. : Юристъ, 2006. – С. 7.

² Див.: Гарсиа Гарридо, М. Х. Римское частное право: Казусы, иски, институты [Текст] : пер. с исп. / М. Х. Гарсиа Гарридо. – М. : Статут, 2005. – С. 414.

³ Перетворення *actum* в договір залежало головним чином від того, чи приєднував до нього закон якийсь зобов'язання – «окови», якими закон зв'язував разом осіб унаслідок певних добровільних дій. Договором вважалася угода (*actum*) з приєднанням до неї зобов'язання. Без такого приєднання *actum* іменувався «голим», або простим (*nudum*), і не міг отримати судовий захист (див.: Мэйн, Г. С. Древнее право: его связь с древней историей общества и его отношение к новейшим идеям [Текст] : пер. с англ. / Г. С. Мэйн. – 2-е изд. – М. : КРАСАНД, 2011. – С. 253). Проте поступово преторське право проголосило принцип захищеності всіх *acta*, які не суперечать законам і моральності (Бекленищева, И. В. Гражданско-правовой договор: классическая традиция и современные тенденции [Текст] / И. В. Бекленищева. – М. : Статут, 2006. – С. 16).

⁴ Там само.

⁵ Див.: Барон, Ю. Система римского гражданского права [Текст] : в 6 кн. : пер. с нем. / Ю. Барон. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2005. – С. 156.

в Кодексі Юстиніана (див. Inst. 3.13.2)¹. У свою чергу, Ульпіан проводить межу між *ligitima conventions* (угодами цивільного права) та *iuris gentium conventions* (угодами загальнонародного права)².

Важливе значення для створення вчення про договір мала діяльність середньовічних юристів-глосаторів (XI–XIII століття), які зосередили увагу на дослідженні римської юридичної спадщини. Незважаючи на відсутність загального визначення пакту, глосатори в цілому розуміли його як згоду сторін (*consensus*), що досягається за допомогою обміну обіцянками передати майно або вчинити певні дії (*dare vel faceré*) на взаємовигідній основі (*in vicem*), що породжує натуральне зобов'язання. Контракт, відповідно до доктрини глосаторів, – це пакт із власним найменуванням, здатний породжувати позови³. Таким чином, вони повністю усувають різницю між простою, неформальною угодою та угодою, яка має певну форму, визнавши можливість породження ними обома відносин зобов'язального характеру, що мають рівну юридичну силу⁴.

До схожих висновків дійшли й каноністи, які поступово починають надавати своїм поглядам стосовно договору більш широке й загальне значення: будь-яке слово зобов'язує незалежно від того, чи є воно присяганням або простою обіцянкою, і будь-яке порушення слова має розглядатися як гріховне. Крім того, вони стверджували, що позовне право сторони, яка постраждала внаслідок порушення, морально виправдане. Ґрунтуючись на уявленні про юридичну зобов'язаність договорів, якщо вони служать досягненню розумної і справедливої мети, каноністи висунули низку принципів, які були покладені в основу договірного права на наступні століття: *pacta sunt servanda*, можливість тлумачення мовчання як знаку згоди, допустимість виправлення договорів, неприпустимість примусу до виконання договору, укладеного під впливом загроз, обману чи помилки, а також недобросовісних договорів⁵.

Вважається, що договір знаходить своє розгорнуте теоретичне обґрунтування в німецькій юриспруденції XIX ст. Наприклад, Савінії

¹ Див.: Гарсія Гаррідо, М. Х. Римское частное право: Казусы, иски, институты [Текст] : пер. с исп. / М. Х. Гарсія Гаррідо. – М. : Статут, 2005. – С. 422, 424.

² Див.: Бекленищева, И. В. Гражданско-правовой договор: классическая традиция и современные тенденции [Текст] / И. В. Бекленищева. – М. : Статут, 2006. – С. 16–17.

³ Див.: <http://www.dissercat.com/content/kontrakt-i-pakt-v-doktrine-glossatorov>.

⁴ Див.: Бекленищева, И. В. Гражданско-правовой договор: классическая традиция и современные тенденции [Текст] / И. В. Бекленищева. – М. : Статут, 2006. – С. 30.

⁵ Див.: Иванов, В. В. Общая теория договора [Текст] / В. В. Иванов. – М. : Юрист, 2006. – С. 52.

визначає договір як угоду кількох осіб, яка визначає їх юридичні відносини у формі висловлення спільної волі¹. Відомий пандектист Г. Дернбург визначав договір як двосторонній правочин, тобто правочин, для укладення якого необхідне виявлення взаємної згоди двох сторін щодо встановлення, зміни, укріплення або припинення юридичних відносин². Ця концепція була сприйнята Німецьким цивільним уложенням 1896 р. і в подальшому запозичена багатьма національними правовими системами.

У найширшому значенні інститут договору становить узгоджену поведінку, тобто організаційні форми діяльності, зовнішні прояви яких мають багатозначний характер і широке коло застосування в соціальній, економічній, політичній, правовій та інших сферах. Договір виступає необхідним елементом інтеграції людей у групи, інші колективні утворення, є формою узгодженої взаємодії, яку слід розглядати як життєво необхідну потребу, як здатність до об'єднання, як процес, спрямований на спільну діяльність, установа й підтримку відносин, що визначає властивість індивідів співіснувати на основі всіх видів домовленостей³.

У сучасній юридичній літературі термін «договір» уживається в найрізноманітніших значеннях: у приватно-правовому аспекті – як двосторонній юридичний правочин і правовідносини⁴; у публічно-правовому – як джерело права⁵, у філософсько-правовому – як універсальний, природний саморегулятор суспільства⁶. Разом з тим наука, як правило, вивчає договір тільки в межах окремо взятої галузі. У цьому

¹ Див.: Бекленищева, И. В. Гражданско-правовой договор: классическая традиция и современные тенденции [Текст] / И. В. Бекленищева. – М. : Статут, 2006. – С. 34.

² Дернбург, Г. Пандекты [Текст] : пер. с нем. / Г. Дернбург. – М., 1906. – Т. 1. Общая часть. – С. 254–255.

³ Див.: Примак, Т. К. Институт договора: теоретико-правовые вопросы [Текст] : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01 / Т. К. Примак. – М., 2008. – С. 10.

⁴ Договір традиційно розглядається в межах теорії правовідносин, зокрема як різновид юридичних фактів (актів) – правомірних дій суб'єктів права, що здійснюються з наміром установити конкретні правовідносини (див.: Ракова, Е. Г. Договор как форма и процедурный институт позитивного права [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Е. Г. Ракова. – СПб., 2004. – С. 11).

⁵ Йдеться про договір як формальне джерело права, тобто як один із способів формування права, за допомогою яких правила стають складовою частиною позитивного права.

⁶ У філософсько-правовому аспекті ідея суспільного договору, яка лежить в основі всіх суспільних угод та виконує роль засадничої легітимації, розглядається як загальноєвропейська спадщина. Договірна теорія пов'язує політичну легітимацію зі згодою кожного, тобто не просто з колективною, а з дистрибутивною вигодою (див.: Гьофе, О. Розум і право. Складові інтеркультурного правового дискурсу [Текст] : пер. з нім. / О. Гьофе. – К. : Альтерпрес, 2003. – С. 204–206).

випадку слід погодитися з тим, що підхід до розробки теорії договору як загальноправової конструкції є досить актуальним у зв'язку зі зростаючим значенням договору як регулятора суспільних відносин¹.

Характеризуючи договір, слід виходити з того, що він становить один із засобів правового регулювання. Як відомо, категорія «правові засоби» використовується для позначення правових явищ, що втілюються в інструментах (установах) та діях (технологіях), за допомогою яких задовольняються інтереси суб'єктів права, забезпечується досягнення соціально корисних цілей².

Договір є унікальним правовим засобом, який дозволяє здійснювати як нормативне, так і індивідуальне правове регулювання. У першому випадку він установлює норми права – правила поведінки загально-го характеру, які характеризуються неперсоніфікованістю (відсутністю вказівки на конкретного адресата, що дозволяє нормам адресуватися не одній якійсь особі, а відразу багатьом, поіменно не названим) і невичерпністю (можливістю їх багаторазової реалізації). У другому випадку це індивідуальні правила, які зазвичай є персоніфікованими й вичерпними. У цьому випадку договір є ніби законом у мініатюрі³.

Водночас договір виступає як засіб координаційного правового регулювання, тобто регулювання, що має двосторонній або багатосторонній характер і полягає у встановленні правил поведінки на основі консенсусу⁴. У загальному випадку договірне правове регулювання включає три стадії: 1) стадію укладання (формування) договору; 2) стадію виникнення і дії (розвитку) договірних правовідносин; 3) стадію реалізації договірних прав та обов'язків⁵.

Особливого значення договірне правове регулювання набуває у приватному праві⁶. Завдяки принципу приватної автономії фізичні та

¹ Див.: Парфенова, Т. А. Нормативный договор как источник российского права: история и современность [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Т. А. Парфенова. – Челябинск, 2006. – С. 10–11.

² Див.: Малько, А. В. Стимулы и ограничения в праве [Текст] / А. В. Малько. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Юристъ, 2003. – С. 17.

³ Див.: Фуллер, Лон Л. Анатомія права [Текст] : пер. з англ. / Лон Л. Фуллер. – К. : Сфера, 1999. – С. 87.

⁴ Див.: Загальна теорія держави і права / М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін. ; за ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина. – Х. : Право, 2009. – С. 219.

⁵ Див.: Казанцев, М. Ф. Концепция гражданско-правового договорного регулирования [Текст] : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / М. Ф. Казанцев. – Екатеринбург, 2008. – С. 24.

⁶ Приватне право можна визначити як підсистему права, що регулює такі аспекти відносин між суб'єктами права, які прямо не стосуються діяльності держави (місцевого самоврядування).

юридичні особи – в обмеженому обсязі – самі регулюють власні взаємні правові відносини й безпосередньо впливають на конкретне оформлення своїх обов'язків та прав¹. Суб'єкти мають право самостійно оформлювати власні правовідносини, оскільки вони здатні до «самозаконодавства» у кантівському розумінні. Правопорядок визнає здатність людини до розумного бажання та дії². Завдяки договору вільні люди самі творять право для себе. Саме право, що твориться фізичними та юридичними особами своєю волею і у своєму інтересі шляхом укладання між собою договорів, – це повною мірою приватне право³. Отже, здатність до реалізації інтересів під власну відповідальність є основою договору, а зв'язаність договором і відповідальність становлять його неминучі наслідки. Крім того, подібне правове регулювання в умовах приватного права є оптимальним: у цьому випадку структурування відносин, що відбувається внаслідок взаємодії індивідів шляхом досягнення угод, дозволяє швидко реагувати на зміну суспільних відносин, веде до появи найбільш адаптованих до реальності правил поведінки⁴.

Приватне право в централізованому порядку (шляхом створення норм) пропонує суб'єктам права лише надійний рамковий устрій, який визначає зовнішні межі автономії, створює нормативні програми врегулювання конфліктів, піддає оцінці індивідуальні інтереси щодо захисту та забезпечення, створює особливі захисні зони на користь окремих суб'єктів, наприклад споживачів. Рамковий характер норми повинен забезпечувати правові умови вільної комунікації суб'єктів приватного права й надавати обов'язкової сили її результатам (договорам). Він особливо виразно проявляється там, де сторони договору можуть відхилитися від законодавчих приписів та застосовувати їх як диспозитивні правила⁵.

¹ Див.: Циппеліус, Р. Філософія права [Текст] : пер. з нім. / Р. Циппеліус. – К. : Тандем, 2000. – С. 222.

² Див.: Шапп, Я. Система германского гражданского права [Текст] : пер. с нем. / Я. Шапп. – М. : Междунар. отношения, 2006. – С. 201.

³ Див.: Казанцев, М. Ф. Концепция гражданско-правового договорного регулирования [Текст] : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / М. Ф. Казанцев. – Екатеринбург, 2008. – С. 21.

⁴ Див.: Примаков, Т. К. Институт договора: теоретико-правовые вопросы [Текст] : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01 / Т. К. Примаков. – М., 2008. – С. 2.

⁵ Див.: Шмідт-Ассманн, Е. Загальне адміністративне право як ідея врегулювання: основні засади та завдання систематики адміністративного права [Текст] : пер. з нім. / Е. Шмідт-Ассманн. – К. : К.І.С., 2009. – С. 326–327.

Особливі регулятивні завдання публічного права¹ не дозволяють аби воно обмежувалося рамковим регулюванням, характерним для приватного права. Для публічного права регулювання має бути програмним регулюванням, здійснюваним через законодавчі норми, тому публічне право віддає перевагу централізованому, односторонньому регулюванню, яке водночас повинне бути легітимним, доводячи особливий зв'язок своїх рішень із загальним благом². Природно, що в таких умовах договір не може виступати основним засобом публічно-правового регулювання, а використовується лише як субсидіарний інструмент.

Певний виняток тут становить міжнародне публічне право, у якому провідне місце договорів як джерела права пояснюється суверенністю держав як основних суб'єктів міжнародного права. Як відомо, суверенітет означає незалежність держав на міжнародній арені, автономність їх влади, рівноправність з іншими державами, підкорення лише міжнародному праву³. Слід також узяти до уваги принцип взаємності, який вимагає від держав взаємного додержання суверенітету. В таких умовах встановлення норм міжнародного права імпліцитно передбачає згоду держав. Одним із ефективних засобів підтвердження такої згоди виступає інститут договору.

Договір є різновидом правового акта. Як відомо, термін «правовий акт» багатозначний⁴. У цьому дослідженні ми розуміємо правові акти як зовнішні юридичні форми, що є носіями змістовних елементів пра-

¹ У найбільш загальному вигляді публічне право можна визначити як підсистему права, яка регулює відносини, пов'язані з діяльністю держави і місцевого самоврядування.

² Див.: Шмідт-Ассманн, Е. Загальне адміністративне право як ідея врегулювання: основні засади та завдання систематики адміністративного права [Текст] : пер. з нім. / Е. Шмідт-Ассманн. – К. : К.І.С., 2009. – С. 328–329.

³ Слід також звернути увагу на те, що суверенітет є своєрідним аналогом автономії волі в міжнародному публічному праві (див.: Васечко, А. А. Международный договор как источник внутригосударственного права [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / А. А. Васечко. – М., 2008. – С. 17).

⁴ Цим терміном нерідко позначають:

«а) дію (поведінку), як правило, правомірну, тобто юридичний факт, що є підставою тих чи інших правових наслідків;

б) результат правомірної поведінки, тобто юридично значущий змістовний елемент правової системи (юридична норма, індивідуальний припис, акт «автономного» регулювання), що увійшов до правової тканини внаслідок правотворчої, владної індивідуально-правової чи автономної діяльності суб'єктів;

в) юридичний документ, тобто зовнішнє словесно-документальне оформлення вираження волі, у якому закріплюється правомірна поведінка чи її результат» (див.: Алексеев, С. С. Общая теория права [Текст] : учебник / С. С. Алексеев. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : ТК Велби ; Проспект, 2008. – С. 427).

вової системи (норм права, індивідуальних приписів, автономних рішень осіб та ін.) і спрямовані на досягнення певних юридичних наслідків.

Для теорії права важливе значення має поділ правових актів на нормативні та індивідуальні, а також на нормативно-правові акти, інтерпретаційні акти нормативного чи індивідуального характеру, акти застосування права й акти реалізації прав та обов'язків¹.

Цікаво зауважити, що договір може конституювати, вводити до правової системи та зовнішньо фіксувати як норми права, так і індивідуальні автономні рішення суб'єктів права. Саме на цьому ґрунтується відоме розрізнення між нормативними й індивідуальними договорами; отже, договір може належати як до нормативних, так і до індивідуальних актів. У першому випадку він був визначений як особливий різновид нормативно-правового акта, у другому – як різновид акта реалізації прав та обов'язків. Це дозволяє характеризувати договір як правочин у філософсько-правовому сенсі.

Основними характеристиками договору як правового акта є його суб'єктний склад, зміст, форма, юридична конструкція і правовий режим. Так, суб'єктний склад договору утворюють сторони договору, а в окремих випадках також особи, що виступають на стороні договору. Зміст договору є вольовою моделлю регульованих договором відносин (поведінки), утвореною зафіксованими в договорі умовами (первинними логічно завершеними елементами змісту договору). Форму договору можна визначити як форму (засоби, способи) вираження або засвідчення волі сторін укласти договір і його змісту. Юридична конструкція договору є побудовою змісту договору, яка визначається складом і взаємозв'язком елементів змісту договору і обумовлює, нарівні з іншими факторами, приналежність договору до певного виду (типу). У свою чергу правовий режим договору є сукупністю правових положень, установлених щодо договору, зокрема положень, що визначають порядок його укладення, дії, зміни, припинення, а також форму і зміст договору (договірних правовідносин). Правовий режим конкретного договору може бути визначений як однією галуззю права, так і двома чи більше галузями права².

¹ Див.: Алексеев, С. С. Общая теория права [Текст] : учебник / С. С. Алексеев. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : ТК Велби : Проспект, 2008. – С. 433.

² Див.: Казанцев, М. Ф. Концепция гражданско-правового договорного регулирования [Текст] : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / М. Ф. Казанцев. – Екатеринбург, 2008. – С. 16–18.

Важливою особливістю договору як правового акта є його двосторонній або багатосторонній характер. Зокрема, на відміну від інших правових актів, що можуть бути одноособовим продуктом, утілюючи волю лише одного суб'єкта, договір є актом, для створення якого необхідна участь як мінімум двох суб'єктів права.

Фундаментальною категорією для сучасного поняття договору є згода (*consensus*). Р. Потье першим розклав згоду на оферту та акцепт, після чого договір почали розглядати як вираження двох зустрічних волевиявлень сторін, як взаємну згоду, як згоду двох чи більше волей¹. В основі будь-якого договору лежить розрізнення інтересів сторін, індивідуальність, відокремленість. Узгодження індивідуальних волевиявлень сторін договору передбачає три основні етапи: ініціювання процесу формування згоди, згоду, а також закріплення й реалізацію узгоджених дій у договірному акті².

Характеризуючи договір, слід зауважити, що він укладається сторонами для досягнення певної правової мети, яка визначає загальну спрямованість угоди³. Договір породжує певні правові наслідки, настання яких обумовлено тим фактом, що ці наслідки узгоджені й бажуються кількома суб'єктами⁴. Природно, що дані наслідки задовольняють інтереси й потреби учасників договору, є корисними для них; у свою чергу основою інтересу чи користі є мотив, яким керуються сторони, вступаючи в договірні правовідносини, узгоджуючи умови договору тощо⁵.

Правова мета договору залежить від виду договору. Так, індивідуальний договір спрямований на встановлення, зміну чи припинення правовідносин, тоді як метою нормативного договору є встановлення, зміна чи скасування норм права.

Слід також звернути увагу на той факт, що воля сторін, спрямована на досягнення бажаного для сторін правового результату, має отри-

¹ Див.: Бекленищева, И. В. Гражданско-правовой договор: классическая традиция и современные тенденции [Текст] / И. В. Бекленищева. – М. : Статут, 2006. – С. 57.

² Див.: Парфенова, Т. А. Нормативный договор как источник российского права: история и современность [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Т. А. Парфенова. – Челябинск, 2006. – С. 11.

³ Див.: Бекленищева, И. В. Гражданско-правовой договор: классическая традиция и современные тенденции [Текст] / И. В. Бекленищева. – М. : Статут, 2006. – С. 58.

⁴ Див.: Шапп, Я. Система германского гражданского права [Текст] : пер. с нем. / Я. Шапп. – М. : Междунар. отношения, 2006. – С. 200.

⁵ Див.: Парфенова, Т. А. Нормативный договор как источник российского права: история и современность [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Т. А. Парфенова. – Челябинск, 2006. – С. 12.

мати визнання з боку правопорядку¹. Іншими словами, правопорядок має визнати факт належного узгодження волевиявлень сторін, їх здатність до укладання договору, а також оцінити правомірність мети. В іншому випадку, з точки зору права договір не здатний породити ті правові результати, на настання яких він спрямований.

Крім того, договір має таку рису, як обов'язковість. Слід зазначити, що моральна вимога дотримуватися договору ґрунтується на двох принципах – на принципі автономії та принципі захисту довіри. Автономія означає, що гідність того, хто обіцяє, вимога поважати його як самостійну дієздатну людину або державу вимагає, щоб він виконував зобов'язання, які перебрав на себе у вільному самовиявленні. У свою чергу, принцип захисту довіри найтісніше пов'язаний з вимогою орієнтаційної впевненості й послідовності: упорядковане суспільне життя може функціонувати лише тоді, коли можна покластися на когось; договір повинен бути таким надійним принципом відносин між людьми². Крім того, в основі принципу захисту довіри знаходиться ідея *bona fide*. Вона пояснює той факт, що договір здатний обґрунтувати виникнення зобов'язання; укладання договору зобов'язує сторони, тому що кожний іншому довіряє і претендує на зустрічну довіру³.

Цікавою також є проблема перенесення обов'язковості договору на інших осіб. Відповідно до класичної традиції правила договору є обов'язковими для осіб, які його уклали (*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*)⁴, і не мають загального характеру⁵. Відповідно до відомого формулювання ст. 1134 ЦК Франції «правомірні договори стають законом для осіб, які їх уклали»⁶. Поширення договірних правил на третіх осіб при укладанні нормативного договору пояснюється специфічними відносинами, які існують між стороною договору і третіми особами. Найбільш зрозумілими в цьому випадку є відносини між державою і фізичними та юридичними особами: необхідність підкорення правовим

¹ Див.: Шапп, Я. Система германского гражданского права [Текст] : пер. с нем. / Я. Шапп. – М. : Междунар. отношения, 2006. – С. 200–201.

² Див.: Циппеліус, Р. Філософія права [Текст] : пер. з нім. / Р. Циппеліус. – К. : Тандем, 2000. – С. 223.

³ Див.: Шапп, Я. Система германского гражданского права [Текст] : пер. с нем. / Я. Шапп. – М. : Междунар. отношения, 2006. – С. 208.

⁴ Див.: Вольфганг Граф Витцум. Международное право [Текст] : учебник : пер. с нем. / Вольфганг Граф Витцум и др. – М. : Инфотроник Медиа, 2011. – С. 79.

⁵ Див.: Гунель, М. Введение в публичное право. Институты – основы – источники [Текст] : пер. с фр. / М. Гунель. – М. : ИНТРАТЭК-Р, 1995. – С. 271–272.

⁶ Див.: Мережко, А. А. Договор в частном праве [Текст] / А. А. Мережко. – К. : Юстиниан, 2003. – С. 34.

нормам, санкціонованим державою (у тому числі шляхом укладання договору), обумовлена територіальним і особистим верховенством державної влади. Підкорення може мати інше обґрунтування – наприклад, відносини членства в певній організації (колективі) можуть породжувати обов'язок певної особи дотримуватися правил, установлених договором, укладеним організацією (колективом).

Юридично обов'язковість договору забезпечується також системою договірних санкцій та можливістю застосування державного примусу. Державний примус ніби стоїть за спиною договору, вступаючи в дію у випадку його порушення. Цей особливий засіб забезпечення відрізняє договори як акти, що отримали визнання і захист з боку правопорядку, від інших суспільних домовленостей.

З теоретичної точки зору важливе значення має постановка питання про принципи договору, тобто провідні засади існування та розвитку цієї правової категорії, основні ідеї, що покладені в її основу і мають ураховуватися під час правового регулювання. Залежно від відповідності чи невідповідності тієї чи іншої угоди договірним принципам можна оцінювати, чи є вона взагалі договором у власному значенні цього терміна¹. На нашу думку, принципами договору слід вважати:

– принцип свободи договору, який означає можливість сторін самостійно, на власний розсуд – у межах, установлених правом, з дотриманням загальних принципів права (справедливості, розумності, добросовісності та ін.), – вирішувати важливі питання, зокрема такі: 1) визначати, укласти чи не укласти договір, тобто вступати або не вступати в договірні відносини (свобода укладення договору); 2) визначати, з ким укласти договір (свобода вибору контрагента договору); 3) визначати, де укласти договір (свобода вибору місця укладання договору); 4) визначати, коли укласти договір (свобода вибору часу укладення договору); 5) визначати форму договору, що укладається (свобода вибору форми договору); 6) визначати вид договору, що укладається (свобода вибору виду договору); 7) визначати зміст (умови) договору, що укладається, включаючи можливість змінювати і скасовувати умови договору (свобода визначення умов договору); 8) розривати договір, іншим чином припиняти дію договору, тобто виходити з договірних відносин (свобода розірвання договору)²;

¹ Див.: Калабеков, Ш. В. Договор как универсальная правовая конструкция [Электронный ресурс] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Ш. В. Калабеков. – М., 2004. – Режим доступа: <http://www.law.edu.ru/script/cntSource.asp?cntID=100069588>.

² Див.: Казанцев, М. Ф. Концепция гражданско-правового договорного регулирования [Текст] : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / М. Ф. Казанцев. – Екатеринбург, 2008. – С. 33.

– принцип рівності учасників договору, який є похідним від конституційного принципу рівності. Найчастіше рівність учасників полягає в однаковому правовому становищі суб'єктів договору (в тому числі перед публічною владою), наділенні їх однаковими правовими можливостями щодо встановлення та зміни між собою правового зв'язку, обов'язковості узгодження таких можливостей з іншою стороною, наданні їм рівного правового захисту з боку права¹;

– принцип *pacta sunt servanda* (договори повинні дотримуватися), який визначався ще Гуго Гроцієм як одне з базових правил природного права: «адже було необхідно, щоб між людьми існував будь-який порядок взаємних зобов'язань, іншого ж способу, більш узгодженого з природою, неможливо вигадати»². Принцип *pacta sunt servanda* знайшов своє нормативне закріплення як у міжнародному, так і в національному праві. Так, він вважається, мабуть, першим основним принципом міжнародного права, нормою *jus cogens*³. Згідно зі ст. 26 Віденської конвенції про право міжнародних договорів кожен чинний договір є обов'язковим для його учасників і повинен ними добросовісно виконуватися. У національному праві він знаходить свій вияв, наприклад, у ст. 526 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України чи ст. 139 Кодексу законів про працю (далі – КЗпП) України. Без нього, як зазначається в рішенні Міжнародного арбітражу 1903 р. у справі Рудлова між США і Венесуелою, і міжнародне, і цивільне право були б просто посміховиськом⁴;

– принцип еквівалентності договору, що передбачає взаємність прав і обов'язків сторін, які беруть у ньому участь, і його вигідність для всіх

¹ Див.: Парфенова, Т. А. Нормативный договор как источник российского права: история и современность [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Т. А. Парфенова. – Челябинск, 2006. – С. 11; Калабеков, Ш. В. Договор как универсальная правовая конструкция [Электронный ресурс] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Ш. В. Калабеков. – М., 2004. – Режим доступа: <http://www.law.edu.ru/script/cntSource.asp?cntID=100069588>.

Водночас слід звернути увагу на те, що виправданість цього принципу піддається сумніву, ураховуючи існування нерівноправних договорів (див.: Иванов, В. В. Общая теория договора [Текст] / В. В. Иванов. – М. : Юрист, 2006. – С. 109–116.

² Гроций, Г. О праве войны и мира. Три книги, в которых объясняются естественное право и право народов, а также принципы публичного права [Текст] : пер. с лат. / Г. О. Гроций. – М. : Госюрлитиздат, 1956. – С. 47.

³ Див.: Лукашук, И. И. Современное право международных договоров [Текст] : в 2 т. Т. 2 / И. И. Лукашук. – М. : Волтерс Клувер, 2006. – С. 2.

⁴ Цит. за: Каламкарян, Р. А. Философия международного права [Текст] / Р. А. Каламкарян. – М. : Наука, 2006. – С. 52.

сторін. Еквівалент – це встановлена досвідом рівновага між двома сторонами, умова, за якою кожен отримує своє і ніхто не залишається в програті¹. Еквівалент є здійсненням ідеї справедливості у відносинах рівних партнерів і тісно пов’язаний з концепцією зрівняльної справедливості (*justitia commutativa*). Ідея еквівалентності в договірних відносинах втілюється, наприклад, у концепції справедливої ціни, справедливих умов праці й справедливої винагороди.

Важливою в контексті загальнотеоретичної характеристики договору є постановка питання про його функції. Можна погодитись із тим, що договір як правовий інститут має виконати три функції – регулюючу, інтегруючу та посередницьку, визначаючи в сукупності його соціальну цінність². Так, регулююча функція визначає зовнішні й внутрішні параметри конструювання соціальної реальності і включає, зокрема, такі аспекти, як правотворчість, управління і планування, а також упорядкування суспільних відносин. Інтегруюча функція спрямована на появу, відтворення гнучких, адаптованих до динаміки структур та взаємозв’язків. Так, договір сприяє структурній груповій інтеграції, спрямованій на створення нових (колективних) суб’єктів права, а також забезпечує інтегровану соціальну взаємодію самостійних суб’єктів. Посередницька функція забезпечує сталість нормативних й організаційних утворень; у такому випадку договір становить альтернативну модель та процедуру вирішення соціальних конфліктів³.

¹ Див.: Иеринг, Р. фон. Цель в праве [Текст] / Р. фон Иеринг // Избр. тр. : в 2 т. : пер. с нем. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2006. – Т. 1. – С. 179.

² Див.: Примак, Т. К. Институт договора: теоретико-правовые вопросы [Текст] : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01 / Т. К. Примак. – М., 2008. – С. 35–43.

³ Там само.

Розділ II

Теоретичні і практичні проблеми укладення цивільно- правових договорів

Глава 1

Договір купівлі-продажу

За умов ринкової економіки договір купівлі-продажу стає одним із найпоширеніших типів договорів, що використовується в товарному обороті і як родове поняття охоплює всі види зобов'язань щодо відчуження майна у власність на визначено-еквівалентній основі. Такі колись самостійні договірні типи, як поставка, контракція сільсько-господарської продукції, постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу, міна почали розумітися як види договору купівлі-продажу.

Однак перелік видів договору купівлі-продажу не можна визнати вичерпним. Новий ЦК України не виділяє як самостійний вид цього договору купівлю-продаж нерухомості як це робить, наприклад, законодавець РФ, а лише встановлює для укладення таких договорів спеціальну форму (ст. 657 ЦК України), роблячи посилання на те, що особливості договору купівлі-продажу окремих видів майна можуть встановлюватися законом (ч. 5 ст. 656 ЦК України). Незважаючи на це, вважаємо, що нотаріальне посвідчення та державна реєстрація правочинів з нерухомістю пов'язані саме з особливостями предмета цих договорів, адже таким поняттям, як нерухомість, охоплюються і земельні ділянки, і житлові будинки, і квартири, і дачі, і садові будинки, і гаражі, і підприємства як єдині майнові комплекси, й інше нерухоме майно. Саме предмет договору стає тією специфічною ознакою, що впливає на необхідність спеціального правового регулювання купівлі-

продажу окремих її видів¹. З огляду на це вважаємо непослідовною позицію законодавця, коли він встановлює спеціальне регулювання передачі окремих об'єктів нерухомості, наприклад, у найм (оренду) (§ 3, § 4 гл. 58, гл. 59 ЦК України), і не робить цього для їх купівлі-продажу. Проте аналіз правил посвідчення правочинів про відчуження нерухомості, які містять Закон України «Про нотаріат», Інструкція про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України (далі – Інструкція), свідчить про те, що існують певні відмінності стосовно укладення договорів купівлі-продажу нерухомості (форма, державна реєстрація, індивідуалізація об'єктів нерухомості, визначення ціни, особливий порядок передачі покупцеві тощо).

Декілька слів слід сказати про договір купівлі-продажу підприємства. Вважаємо, що зазначений договір потребує спеціального врегулювання, оскільки серед кваліфікуючих ознак цивільно-правових договорів на першому місці стоїть специфіка предмету договору, а підприємство – це специфічний майново-єдиний комплекс, що використовується для здійснення підприємницької діяльності. Тому і договір купівлі-продажу підприємства, з огляду на специфічність його предмету, потребує спеціальних норм, які б її враховували. При цьому останні не можуть позбавити цінності ті норми, що складають загальні положення про купівлю-продаж майна. Вони можуть застосовуватися в субсидіарному порядку і до зазначеного договору, але з урахуванням оборотоздатності підприємства.

Правове регулювання договору купівлі-продажу здійснюється, перш за все, гл. 54 ЦК України (статті 655–716), яка належить до тих глав ЦК України, що містять параграф, присвячений загальним положенням про цей договір (§ 1), які рівною мірою поширюються на всі види цього договору, і поряд з тим – параграфи, присвячені окремим його видам: роздрібній купівлі-продажу, включаючи такі її форми, як продаж товару за зразками, з використанням автоматів тощо (§ 2); поставці (§ 3); контрактації сільськогосподарської продукції (§ 4); постачанню енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу (§ 5) та договору міни (§ 6). При цьому загальні положення діють тільки тоді, коли спеціальні, що розміщені у відповідному параграфі цієї глави, не містять іншого регулювання. Зокрема, ч. 2 ст. 712 ЦК України вказує, що до договору поставки застосовуються загальні по-

¹ Зазначену точку зору поділяє, наприклад О. О. Бойко (див.: Цивільне право України [Текст] : підручник : у 2 кн. Кн. 2 / О. В. Дзера (кер. авт. кол.), Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін.; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. – 2-ге вид., допов. і перероб. – К. : Юрінком Інтер, 2004. – С. 45).

ложення про купівлю-продаж, якщо інше не встановлено договором, законом (наприклад, Законом України «Про здійснення державних закупівель» від 1 червня 2010 р.¹).

У ряді випадків ЦК України допускає можливість субсидіарного застосування до певних видів договору купівлі-продажу правил, які регулюють окремі види цього договору. Так, до договору контрактації застосовуються не тільки загальні положення про купівлю-продаж, а й положення про договір поставки, якщо інше не встановлено договором або законом (ч. 2 ст. 713 ЦК України). Таке саме правило встановлене і стосовно договору постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу (ч. 2 ст. 714 ЦК України), а також щодо договору міни (ст. 716 ЦК України). Проте це не свідчить, як слушно зазначає В. В. Вітрянський, про появу поряд з видами договору купівлі-продажу ще й його підвидів, оскільки це лише прийом законодавчої техніки².

Поряд із ЦК України значну роль у регулюванні відносин купівлі-продажу відіграють спеціальні закони й інші нормативно-правові акти. Деякі з них поширюються на всі види цього договору, зокрема Закон України «Про захист прав споживачів»³, інші ж, тільки на окремі його види.

За договором купівлі-продажу одна сторона (продавець) передає або зобов'язується передати майно (товар) у власність другій стороні (покупцеві), а покупець приймає або зобов'язується прийняти майно (товар) і сплатити за нього певну грошову суму (ст. 655 ЦК України).

Виходячи з цього визначення договір купівлі-продажу має наступні родові ознаки: по-перше, він спрямований на передачу майна у власність; по-друге, передача майна здійснюється на визначено-еквівалентній основі; по-третє, це оплатний договір, у якому зустрічне надання відбувається, як правило, у грошовій формі, за винятком договору міни, де застосовується товарна форма. Проте і в договорі міни може бути встановлена доплата за товар більшої вартості, що обмінюється на товар меншої вартості (ч. 3 ст. 715 ЦК України).

Договір купівлі-продажу може бути як реальним, так і консенсуальним, оплатним, двосторонньовзаємним (синалагматичним) (від грец. *synallagma* – взаємовідносини).

Договір купівлі-продажу вважається консенсуальним тоді, коли сторони досягли згоди між собою стосовно певних умов, і продавець

¹ Орієнтир. – 7 липня 2010 року. – № 27.

² Див.: Гражданское право [Текст] : в 2 т. : Т. II; полутом 1: учебник / отв. ред. Е. А. Суханов. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : БЕК, 2000. – С. 206.

³ Відом. Верхов. Ради України. – 1991. – № 30. – Ст. 379.

зобов'язується передати покупцеві товар у строк, встановлений договором, а якщо зміст договору не дає можливості визначити цей строк – відповідно до положень ст. 530 ЦК (ст. 663 ЦК України).

Реальним договір вважають тоді, коли передача майна (товару) продавцем покупцеві слугує передумовою укладення цього договору.

Оплатним договір купівлі-продажу вважають тому, що майновому наданню продавця відповідає зустрічне грошове задоволення за отриманий товар з боку покупця.

Двосторонньовзаємним договір вважається тому, що і у покупця, і у продавця є права та обов'язки, причому праву однієї сторони кореспондує обов'язок іншої, і, навпаки.

Головною родовою ознакою договору купівлі-продажу є перехід відчужуваного майна (товару) у власність покупця. Проте ця ознака є характерною і для інших типів договорів, за допомогою яких опосередковується оборот майна (товару), зокрема для договорів дарування, позики, довічного утримання (догляду), ренти, спадкового договору.

Так, договір дарування передбачає передачу майна (дарунка) від однієї особи у власність іншій особі, але така передача здійснюється безоплатно. Тому встановлення обов'язку обдарованого вчинити на користь дарувальника будь-яку дію майнового або немайнового характеру не є договором дарування (ч. 2 ст. 717 ЦК України).

За договором позики відбувається передача позикодавцем у власність позичальникові грошових коштів або інших речей, визначених родовими ознаками (ст. 1046 ЦК України). Але на відміну від договору купівлі-продажу в цьому договорі переслідується зовсім інша економічна мета – позичальник зобов'язаний повернути позикодавцеві таку ж суму грошових коштів (суму позики) або таку ж кількість речей, того ж роду та такої ж якості.

За договором довічного утримання (догляду) відчужувач передає набувачеві у власність житловий будинок, квартиру або їх частину, інше нерухоме майно чи рухоме майно, яке має значну цінність, взамін чого набувач зобов'язується забезпечувати відчужувачу утримання та (або) догляд (ст. 744 ЦК України). Безумовно, за своєю правовою метою цей договір ніби наближається до договору купівлі-продажу. Втім економічні форми цих договорів зовсім різні. Якщо при купівлі-продажу – це товар – гроші = гроші – товар, то при договорі довічного утримання (догляді) – товар = матеріальні блага. При цьому між відчужувачем і набувачем виникають особисті довірчі відносини. І хоча до набувача переходить право власності на певне майно, сутність цьо-

го договору зовсім в іншому: відчужувач, перш за все, переслідує мету отримати догляд, якого він потребує, а тому і відчуження майна викликане саме цією метою.

За договором ренти одержувач ренти передає платникові ренти у власність майно, а платник ренти взамін цього зобов'язується періодично виплачувати одержувачеві ренту в формі певної грошової суми або в іншій формі (ч. 1 ст. 731 ЦК). Відмінність цього договору від договору купівлі-продажу полягає в характері зустрічного задоволення, яке дає змогу охарактеризувати її ознаки, що становлять основу особливого правового режиму договору ренти. Рента – це віддача того, що вже було передано, оскільки відповідно до ч. 1 ст. 731 ЦК України одержувач ренти передає платникові ренти у власність майно, а звідси одержанню рентних платежів завжди передуює передача певного майна або за плату, або безплатно (ч. 1 ст. 734 ЦК України).

Специфіка договору ренти проявляється у формі оплати і характеризується тим, що це може бути як грошова, так і натуральна форма (виконання певної роботи, надання послуг, передача речей, тощо (ч. 1 ст. 731 та ст. 737 ЦК України)). Таким чином, розмір ренти не знаходиться в жорсткій залежності від вартості переданого у власність майна, а самі виплати можуть здійснюватися не тільки в грошовій, а й у іншій формі, зокрема в натуральній.

Рентою не вважається разовий дохід, оскільки рентні відносини, як правило, характеризуються безстроковістю, хоча, звісно, вони можуть існувати і в межах строку визначеного сторонами. Саме з цим пов'язується обов'язок платника ренти виплачувати ренту або безстроково, або протягом певного строку (ч. 2 ст. 731 ЦК України).

Рентні відносини характеризуються ризикованістю, а договір ренти відносять до алеаторних договорів.

Проте з урахуванням того, що спрямованість зазначеного договору, як і договору купівлі-продажу, – передача майна у власність, законодавець не зміг залишити без уваги однакову їх спрямованість і запровадив наступне: якщо договором ренти встановлено, що одержувач ренти передає оплатно майно у власність платника ренти, до відносин сторін щодо передання такого майна застосовуються загальні положення про купівлю-продаж, а якщо майно передається безоплатно – положення про договір дарування, при умові, якщо це не суперечить суті договору ренти (ч. 2 ст. 734 ЦК України).

Запровадження на рівні закону цього механізму пояснюється тим, що законодавець обрав договір купівлі-продажу в якості базового для

регулювання договірних зобов'язань, спрямованих на оплатну передачу майна у власність, а договір дарування – зобов'язань, спрямованих на безоплатну передачу майна.

З наведеного випливає, що договір купівлі-продажу відрізняється від договорів, які також опосередковують перехід права власності на майно від однієї особи до іншої, оплатною основою такого переходу у вигляді грошової суми, предметом і суб'єктним складом.

Сторонами в договорі купівлі-продажу є продавець і покупець. Ними можуть бути як фізичні особи, включаючи фізичних осіб-підприємців, так і юридичні особи, а також інші учасники цивільних відносин згідно зі ст. 2 ЦК України. Утім можливість участі суб'єктів в окремих видах купівлі-продажу може бути обмежена, виходячи або з природи самого виду цього договору, або з особливостей правового статусу суб'єкта. Зокрема, продавцем у договорі роздрібної купівлі-продажу може бути тільки суб'єкт підприємницької діяльності, а покупцем, як правило, фізична особа з урахуванням обсягу її цивільної дієздатності. Стосовно договору поставки, то в ньому і продавцем (постачальником), і покупцем можуть бути тільки суб'єкти підприємницької діяльності.

Право продажу товару, як правило, належить власникові товару (ст. 658 ЦК України). Проте у випадках, встановлених законом, право на відчуження майна може мати й інша особа. До таких випадків відносять: примусовий продаж товару¹; продаж товарів особою, яка має певні повноваження від власника майна на укладення договору купівлі-продажу, зокрема продаж товарів комісіонером, повіреним, управителем за договором управління майном; продаж товарів третьою особою без згоди власника у випадках, встановлених законом² (наприклад, таке право передбачено абз. 2 ч. 3 ст. 337 ЦК; ч. 5 ст. 853; ч. 4 ст. 972 ЦК України тощо). Привертає увагу те, що відповідно до ч. 2 ст. 690 ЦК України таке право надане і покупцю (одержувачу), якщо він відмовився від прийняття товару, переданого продавцем, повідомивши останнього про це, а той не розпорядився товаром у розумний строк. У всіх вищевказаних випадках, коли продавець не є власником товару,

¹ Див.: Про виконавче провадження : Закон України від 21 квіт. 1999 р. (зі змінами і допов.) // Відом. Верхов. Ради України. – 1999. – № 24. – Ст. 207; Положення про порядок проведення аукціонів (публічних торгів) з реалізації заставленого майна, затверджено постановою КМУ від 22 грудня 1997 р. (зі змінами і допов.) // Офіц. вісн. України. – 1998. – № 33. – Ст. 1239; Порядок обліку, зберігання, оцінки конфіскованого майна, що переходить у власність держави, і розпорядження ним, затверджено постановою КМУ від 25 серп. 1998 р. // Офіц. вісн. України. – 1998. – № 34. – Ст. 1280 тощо.

² У цьому випадку не йдеться про примусове відчуження майна.

покупець набуває право власності на нього, якщо власник не має права вимагати його повернення (ст. 658 ЦК України).

Слід зазначити, що продавцем нерухомого майна, крім випадків примусового продажу та інших випадків, встановлених законом, є його власник, що обов'язково підтверджується відповідними документами. Зокрема, право власності на житловий будинок, квартиру, дачу, садовий будинок, гараж, інші будівлі і споруди може бути підтверджено нотаріально посвідченими договорами: купівлі-продажу, пожертви, довічного утримання (догляду), ренти, дарування, міни, спадковим договором; договором купівлі-продажу, зареєстрованим на біржі, за наявності відмітки на ньому про реєстрацію відповідних прав; рішенням суду, яким, наприклад, визначається право власності за особою, яка самочинно збудувала нерухоме майно (ч. 3 ст. 376 ЦК України); договором про виділення частки (долі); договором управління майном; свідоцтвом про придбання заставленого майна на аукціоні (публічних торгах) тощо (п. 62 Інструкції).

Предметом договору купівлі-продажу може бути:

– товар, який є у продавця на момент укладення договору або буде створений (придбаний, набутий) продавцем у майбутньому¹ за умови, що продавець стане власником цього товару на момент його передачі покупцеві;

– майнові права². В цьому випадку до договору застосовуються загальні положення про купівлю-продаж, якщо інше не впливає зі змісту або характеру даних прав;

– право вимоги, якщо вимога не має особистого характеру. До такого договору застосовуються положення про відступлення права вимоги, якщо інше не встановлено договором або законом (частини 1, 2, 3 ст. 656 ЦК України)³.

¹ Можливість продажу майбутнього врожаю, ненародженої худоби була відома ще римському праву (див.: Підпригора, О. А. Римське право [Текст] / О. А. Підпригора, Є. О. Харитонов. – К. : Юрінком Інтер, 2003. – С. 389–390).

² Можливість продажу майнових прав також передбачалась римським правом (див.: Там само).

³ Слід зазначити, що існує й інша точка зору стосовно предмета договору купівлі-продажу. Зокрема, В. В. Вітрянський вважає, що предметом цього договору є дії продавця щодо передачі товару у власність покупця і, відповідно, дії покупця стосовно прийняття цього товару (див.: Брагинский, М. И. Договорное право [Текст] : Кн. 2. Договоры о передаче имущества / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – М. : Статут, 2000. – С. 22); М. І. Брагинський вважає, що у правовідносин, які випливають з договору купівлі-продажу, є два типи об'єктів: дії зобов'язаної особи та річ, яка в результаті такої дії повинна бути передана (див.: Брагинский, М. И. Договорное право: Общие положения [Текст] / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – М., 1997. – С. 224).

Аналіз новел законодавства, а також точок зору правників щодо включення до предмету договору майнових прав і прав вимоги дає можливість дійти висновку, що це навряд чи зніме проблему, яка завжди була і залишається дискусійною в доктрині¹. На сьогодні в науковій літературі існує декілька точок зору стосовно цієї проблеми, які умовно можна поділити на негативні і позитивні. Одні правники допускають можливість застосування до продажу майнових прав положень інституту купівлі-продажу, хоча й вказують на різну спрямованість цих відносин², інші ж узагалі, виходячи з того, що майнові права не можуть бути об'єктом права власності, вказують на сумнівність такого підходу³, вважаючи його юридично некоректним⁴. На наш погляд, слушні, як це не парадоксально, обидві точки зору. Безумовно, майнові права не можуть бути об'єктом права власності, бо правом власності є право особи на річ (майно), яке вона здійснює відповідно до закону за своєю волею, незалежно від волі інших осіб. Проте майнові права розподіляються між правом власності і зобов'язальним правом, що зумовлюється функціями, які виконує цивільне право: статичною (розподільчою) і динамічною. Тому особа може за відплатним або безвідплатним договором передати своє майнове право, включаючи й «право на право», іншій особі, крім випадків, встановлених законом (ч. 4 ст. 12 ЦК України). Інша справа, що, як зазначав ще Г. Ф. Шершеневич, купівля-продаж майнових прав втрачає свої відмінні риси, злившись з відступленням прав за зобов'язанням, а з точки зору точного поняття, пов'язаного з відомими наслідками, стає невизначеним поняттям,

¹ Див. наприклад: Гримм, Д. Д. К учению об объектах прав [Текст] / Д. Д. Гримм // Вестник права. – 1905. – № 8; Шершеневич, Г. Ф. Курс гражданского права [Текст] / Г. Ф. Шершеневич. – Тула : Автограф, 2001. – С. 414; Мейер, Д. М. Русское гражданское право [Текст] : в 2 ч. / Д. М. Мейер. – М. : Статут, 2000. – С. 577; Туктаров Ю. Е. Имущественные права как объекты гражданско-правового оборота [Текст] / Ю. Е. Туктаров // Актуальные проблемы гражданского права : сб. ст. / под ред. О. Ю. Шилохвоста. – М. : НОРМА, 2003. – Вып. 6. – С. 101–136; Романец, Ю. В. Система договоров в гражданском праве России [Текст] / Ю. В. Романец. – М. : Юристъ, 2001. – С. 259; Белов, В. А. Гражданское право: Общая и Особенная части [Текст] : учебник / В. А. Белов. – М. : АО «Центр ЮрИнфоР», 2003. – С. 199 тощо.

² Див. : Романец, Ю. В. Система договоров в гражданском праве России [Текст] / Ю. В. Романец. – М. : Юристъ, 2001. – С. 259; Гражданское право [Текст] : в 2 т. Т. II; полутом 1: учебник / отв. ред. Е. А. Суханов. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : БЕК, 2000. – С. 208.

³ Див.: Белов, В. А. Гражданское право: Общая и Особенная части [Текст] : учебник / В. А. Белов. – М. : АО «Центр ЮрИнфоР», 2003. – С. 199.

⁴ Див.: Цивільне право України [Текст] : підручник : у 2 кн. / О. В. Дзера, Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін. ; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. – 2-ге вид., допов. і переробл. – К. : Юрінком Інтер, 2004. – Кн. 2. – С. 14.

що дає мало переваг¹. Тому було б правильніше вказати, що правила § 1 глави 54 ЦК України застосовуються до правочинів відступлення майнових прав на відплатній основі, якщо інше не впливає зі змісту або характеру цих прав².

Звертає на себе увагу те, що законодавець використовує для визначення предмета договору терміни «майно» та «товар» як тотожні поняття, підкреслюючи тим самим, що предметом договору може бути і будь-яка окрема річ, і сукупність речей, і майнові права (ст. 190 ЦК України), за певними винятками, котрі стосуються майна, вилученого із цивільного обороту, майна, перебування якого у цивільному обороті обмежене, а також майна, що може належати лише певним учасникам обороту (ст. 178 ЦК України). Перелік видів такого майна встановлюється законом³.

Повертаючись до питання про виокремлення договору купівлі-продажу нерухомості, слід зазначити, що це пов'язано, перш за все, з такими властивостями нерухомого майна, як його неподільність (ч. 2 ст. 183 ЦК України), неспоживність (ч. 2 ст. 185 ЦК України), складність (ст. 188 ЦК України), визначення індивідуальними ознаками, що спричинює його незамінність (ч. 1 ст. 184 ЦК України). Ці властивості, з одного боку, формують певні особливості укладення договору купівлі-продажу зазначеного об'єкта цивільного обороту, а, з іншого – викликають заперечення закріплення можливості вчинення договорів купівлі-продажу нерухомості на товарних біржах⁴, бо правочини визнаються біржовими, якщо вони вчинені стосовно біржового товару, тобто товарів масового вжитку, якісно однорідних (взаємозамінних), які піддаються стандартизації. Нерухоме ж майно не є замінним.

Нерухоме майно, яке стає предметом договору купівлі-продажу, як і при укладенні договору найму (оренди), повинно бути певним чином індивідуалізоване. Наприклад, при відчуженні житлового будинку, садиби продавець повинен пред'явити витяг з Реєстру прав власності на нерухо-

¹ Див.: Шершеневич, Г. Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.) [Текст] / Г. Ф. Шершеневич. – М., 1995. – С. 317.

² Таку точку зору поділяють і інші правники (див.: Белов, В. А. Гражданское право: Общая и Особенная части [Текст] : учебник / В. А. Белов. – М. : АО «Центр ЮрИнфоР», 2003. – С. 199.

³ Постанова Верховної Ради України «Про право власності на окремі види майна» від 17 червня 1991 р. (з наступ. змінами та допов.) і затверджені нею Перелік видів майна, що не може перебувати у власності громадян, громадських об'єднань, міжнародних організацій та юридичних осіб інших держав на території України, та Спеціальний порядок набуття права власності громадянами на окремі види майна (додаток № 1, додаток № 2) (див.: Відом. Верхов. Ради України. – 1992. – № 35. – Ст. 517).

⁴ Про товарну біржу : Закон України // Відом. Верхов. Ради України. – 1992. – № 10. – Ст. 139.

ме майно¹, а в сільській місцевості – довідку відповідного органу місцевого самоврядування з викладенням характеристики відчужуваного нерухомого майна. Це дає можливість зазначити в договорі найменування нерухомості, визначити її місцезнаходження або на відповідній земельній ділянці, або у складі іншого нерухомого майна. Визначення місцезнаходження нерухомості є важливим, бо відповідно до Закону України «Про нотаріат» (ст. 55) та п. 60 Інструкції посвідчення договорів про відчуження нерухомості проводиться за місцезнаходженням зазначеного майна.

З витягу з Реєстру прав власності на нерухоме майно (довідки) простежуються відповідні, конструктивні та інші зміни, що відбувалися з цим майном (здійснення, наприклад, перебудови чи прибудови житлового будинку, переобладнання нежитлового приміщення на жиле і, навпаки, зведення господарських, побутових будівель та споруд, а також яким чином це зведення відбувалося – за дозволом чи без відповідного дозволу тощо). У певних випадках, коли, наприклад, відсутнє рішення органу місцевого самоврядування про дозвіл здійснити перебудову, прибудову житлового будинку, якщо він збудований на земельній ділянці, що не була відведена для цієї мети, нотаріус повинен відмовити в посвідченні відповідного договору.

При придбанні житлового будинку, будівлі або споруди до покупця переходить право власності на земельну ділянку, на якій вони розміщені, без зміни її цільового призначення, у розмірах, встановлених договором. Якщо в договорі розмір земельної ділянки не визначений, до покупця переходить право власності на ту частину земельної ділянки, яка зайнята житловим будинком, будівлею або спорудою, та на частину ділянки, необхідної для її обслуговування.

Якщо зазначені об'єкти відчуження розміщені на земельній ділянці, наданій у користування, то до покупця переходить право користування тією частиною земельної ділянки, на якій вони розміщені, та частиною ділянки, яка необхідна для її обслуговування (ст. 377 ЦК України).

Відповідно до законодавства істотними умовами будь-якого договору є умови про предмет; умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів цього виду; а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї зі сторін має бути досягнута згода (ст. 638 ЦК України).

Для договору купівлі-продажу істотною умовою завжди є предмет (його найменування) та кількість товару². Так, продавець зобов'язаний

¹ Див.: наказ Міністерства юстиції України від 20 верес. 2002 р. №84/5 «Про надання витягів з Реєстру прав власності на нерухоме майно та оформлення свідоцтв про право власності на нерухоме майно на спеціальних бланках // Офіц. вісн. України. – 2002. – № 40. – Ст.1881.

² Проте для таких видів договорів купівлі-продажу, як продаж підприємства, кількість не є істотною умовою.

передати покупцеві товар, визначений договором купівлі-продажу (ст. 662 ЦК України), у кількості, що встановлена в договорі, у відповідних одиницях виміру або грошовому вираженні. При продажу товарів декількох найменувань у договорі визначається кількість кожного найменування.

Сторони можуть у договорі встановити не саму кількість товару, а порядок визначення цієї кількості (ст. 669 ЦК України), що є характерним, зокрема, для договорів постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу, у яких покупцем виступає фізична особа.

ЦК України встановлює правові наслідки порушення умови договору щодо кількості товару, які різняться залежно від порушень, що допустили продавець або покупець (ст. 670 ЦК України). Хоча зазначена стаття не містить посилань на положення ст. 688 ЦК України, вважаємо, що вони взаємопов'язані, бо і у ст. 688 ЦК України мова йде про порушення умов договору купівлі-продажу стосовно кількості товару.

Якщо продавець передасть покупцеві меншу кількість товару, покупець має право вибору: або вимагати передавання кількості товару, якої не вистачає; або відмовитися від переданого товару та його оплати, а якщо він оплачений – вимагати повернення сплаченої за нього грошової суми. Вбачається, що хоча законодавець і не передбачив можливості для покупця в цьому випадку взагалі відмовитися від виконання договору, останній може скористатися таким правом. Крім цього, закон не забороняє йому прийняти частково виконане продавцем зобов'язання.

Якщо продавець передав покупцеві більшу кількість товару, ніж це передбачалось договором, покупець зобов'язаний попередити про зазначене продавця. Якщо в розумний строк після одержаного повідомлення останній не розпорядиться товаром, покупець має право прийняти увесь товар, якщо інше не встановлено договором. При цьому він зобов'язаний оплатити додатково прийнятий товар за ціною, що встановлена для товару, прийнятого відповідно до договору, якщо інша ціна не передбачена за домовленістю сторін.

Вбачається, що норми ст. 679 ЦК України не можуть бути застосовані до зобов'язань щодо поставки, що впливає з характеру триваючих відносин сторін цього договору (ч. 2 ст. 712 ЦК України).

Такі вимоги до товару, що продається, як якість та ціна, хоча і є важливими, але не можуть вважатися істотними умовами цього договору¹,

¹ Деякі з правників, зокрема О. В. Дзера, І. М. Кучеренко, О. І. Сафончик, вважають, що ціна – істотна умова договору купівлі-продажу (див.: Цивільне право України [Текст] : підручник. Кн. 2 / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. – 2-ге вид., допов. і переробл. – К. : Юрінком Інтер, 2004. – С. 17; Цивільне право України [Текст] : академічний курс : підручник : Т. 2. Особлива частина / за заг. ред. Я. М. Шевченко. – К. : Концерн «Вид. Дім «Ін Юре», 2003. – С. 16; Цивільний кодекс України : Коментар [Текст] / за заг. ред. Є. О. Харитоновна, О. М. Лапітенко. – Х. : ТОВ «Одіссея», 2003. – С. 485.

якщо, безумовно, інше не передбачено самим договором або законом. Цей висновок можна зробити, проаналізувавши ч. 1 ст. 691 ЦК України, яка встановлює: якщо ціна не встановлена у договорі і не може бути визначена, виходячи з його умов, застосовуються правила визначення ціни, що передбачені у ст. 632 ЦК України. Проте ціна товару є істотною умовою договору про продаж товару в кредит з умовою про розстрочення платежу. До істотних умов цього договору закон відніс також порядок, строки і розміри платежів (ч. 1 ст. 693 ЦК України).

Законодавець встановлює правила визначення ціни товару залежно від різних обставин. Так, якщо ціну встановлено залежно від ваги товару, вона визначається за вагою нетто, якщо інше не передбачено договором (ч. 2 ст. 691 ЦК). Якщо ж договором передбачено, що ціна товару підлягає зміні залежно від показників, що зумовлюють її (собівартість, витрати тощо), але при цьому не визначено способу її перегляду, то ціна визначається виходячи із співвідношення цих показників на момент укладення і на момент передавання товару (ч. 3 цієї ж статті ЦК України), хоча актами цивільного законодавства може бути встановлено й інші правила або інше може впливати із суті самого зобов'язання.

За загальним правилом покупець зобов'язаний сплатити продавцеві повну ціну переданого товару, хоча договором може бути передбачено розстрочення платежу (ч. 2 ст. 692 ЦК) або попередня оплата товару (ст. 693 ЦК України). Крім цього, як уже зазначалося, договором купівлі-продажу може бути передбачений продаж товарів у кредит з відстроченням або розстроченням платежу (ст. 694 ЦК України). При укладенні такого договору товар продається в кредит за цінами, що діють на день продажу. Зміна ціни на товар, проданий у кредит, не є підставою для проведення перерахунків, якщо інше не встановлено договором або законом (ч. 2 ст. 694 ЦК України).

Що ж стосується якості товару, то відповідно до правил ст. 673 ЦК України продавець повинен: передати покупцеві товар, якість якого відповідає умовам договору купівлі-продажу; якщо умови щодо якості не встановлені договором, передати товар, придатний для мети, з якою товар такого роду звичайно використовується; якщо ж покупець повідомив продавця про конкретну мету придбання товару, передати товар, придатний для використання відповідно до цієї мети; якщо товар продається за зразком або за описом, він має відповідати зразку або опису; якщо вимоги щодо якості встановлені законом – передати товар, який відповідає цим вимогам. При цьому закон дозволяє сторонам домовитися про передання товару підвищеної якості порівняно з вимогами, встановленими законом.

Товар має відповідати вимогам якості в момент його передання покупцеві, якщо інше не передбачено договором. Договором або законом може бути встановлений строк, протягом якого продавець гарантує якість товару (гарантійний строк), котрий слід відрізнити від строку придатності товару. Зі спливом останнього товар вважається непридатним для використання за призначенням (ст. 677 ЦК України).

Правові наслідки передання товару неналежної якості передбачені у ст. 678 ЦК України.

До умов договору купівлі-продажу відносять також і асортимент товару, тобто перелік товарів певного найменування, які співвідносяться за видами, моделями, розмірами, кольорами або іншими ознаками.

Асортимент товару, за правилом, встановлюється відповідно до замовлення (оферти) покупця. Причому закон дозволяє сторонам або узгодити асортимент товару в договорі, або обумовити порядок визначення його сторонами. Якщо сторони досягли узгодження стосовно асортименту товару, продавець зобов'язаний передати покупцеві товар саме у такому асортименті. Якщо договором асортимент товару не встановлений або асортимент не був визначений у порядку, передбаченому договором, але із суті зобов'язання випливає, що товар підлягає передачі в певному асортименті, продавець має право передати покупцеві товар в асортименті, виходячи з потреб останнього, які були відомі продавцеві на момент укладення договору, або відмовитися від договору.

У випадку порушення умови договору щодо асортименту товару настають правові наслідки, передбачені ст. 672 ЦК України.

До договору купівлі-продажу, виходячи з того, що це двосторонній правочин, застосовуються загальні вимоги ЦК України до їх укладення, а звідси договір може укладатися як у письмовій, так і в усній формі, хоча ст. 657 ЦК України встановлює і виняток із цього стосовно форми договорів купівлі-продажу земельної ділянки, єдиного майнового комплексу, житлового будинку (квартири) або іншого нерухомого майна. Всі вони укладаються у письмовій формі і підлягають нотаріальному посвідченню та державній реєстрації.

Головним обов'язком продавця є передача товару покупцеві, яка здійснюється шляхом вчинення певних дій, а саме: вручення товару безпосередньо покупцеві; надання товару в розпорядження останнього, здача товару перевізникові або організації зв'язку для доставки покупцеві (ст. 664 ЦК України).

Іноді, виходячи з правової мети договору, продавець зобов'язаний здійснити й інші дії. Зокрема, відповідно до договору купівлі-продажу з умовою доставки товару покупцеві (ст. 704 ЦК України), продавець повинен доставити товар за місцем, зазначеним покупцем.

Продавець зобов'язаний передати той товар, що визначений договором (ч. 1 ст. 662 ЦК України), тобто товар, найменування, кількість, якість, асортимент, комплектність якого відповідають договору, у відповідній тарі та (або) упаковці, якщо інше не встановлене договором або не впливає із суті зобов'язання. Причому, якщо продавець здійснює підприємницьку діяльність, він зобов'язаний передати товар у тарі та (або) упаковці, які відповідають вимогам, встановленим актами цивільного законодавства. Строк виконання цього обов'язку передбачається у договорі.

Продавець зобов'язаний у певний строк передати покупцеві товар, визначений договором, водночас з приналежностями та документами (технічний паспорт, сертифікат якості тощо), що характеризують товар (статті 662, 663 ЦК України). У разі відмови продавця передати проданий товар покупець має право відмовитися від договору або, якщо це стосується речі, визначеної індивідуальними ознаками, витребувати цю річ у продавця і вимагати її передання. Якщо ж продавець не передає приналежності товару та документи, покупець спочатку має право встановити розумний строк для їх передання, а якщо передання не відбудеться і у цей строк – відмовитися від договору та повернути товар продавцеві (статті 665, 666 ЦК України).

Трапляються випадки, коли права на річ, власником якої є продавець, належать й іншим особам (наймачеві, заставодержателю тощо). Деякі з цих прав зберігаються і після продажу речі. Права такого характеру (речові, зобов'язальні) слідує за річчю, а обов'язки, що цим обумовлюються, перед уповноваженою особою буде нести покупець як новий власник. Так, відповідно до ст. 814 ЦК України у разі зміни власника житла, переданого у найм, до нового власника переходять права та обов'язки наймодавця. Право користування житловим будинком, квартирою або іншим рухомим чи нерухомим майном, одержане за заповідальним відказом, зберігає чинність у випадку наступної зміни їх власника (ч. 2 ст. 1238 ЦК України). Таким чином, у всіх випадках слідування за товаром прав третіх осіб на нього, обмежується можливість покупця на вільне використання цього товару. Проте правова мета цього договору – перехід майна у власність, тобто покупець сподівається за його допомогою задовольнити свої інтереси. Тому він зацікавлений саме у тому, щоб його володіння,

користування та розпорядження придбаним майном нічим не були обмежені. Саме з урахуванням повноти всіх прав покупця встановлюється і ціна товару. Виходячи з цього, на продавця покладається обов'язок передати товар вільним від прав третіх осіб на нього, а звідси – попередити покупця про всі права третіх осіб на товар, якщо це має місце (ст. 659 ЦК України). Що стосується купівлі-продажу житлового будинку (квартири), частини будинку (квартири), то в договорі повинні зазначатися особи, які зберігають відповідно до закону право користування житловим приміщенням після придбання його покупцем із вказівкою на те, що вони мають право користування житловим приміщенням, яке продається. У разі невиконання продавцем вимоги про попередження покупця про права третіх осіб на товар, якщо це має місце, покупець має право вимагати зниження ціни або розірвання договору купівлі-продажу, якщо він не знав і не міг знати про права третіх осіб на товар.

До речі, у випадку продажу житла, що було предметом договору найму, наймач має переважне перед іншими особами право на його придбання (ч. 2 ст. 822 ЦК України). Переважним правом купівлі частки у праві спільної часткової власності, включаючи й нерухоме майно, користується і співвласник (ст. 362 ЦК України), що свідчить про особливості купівлі-продажу нерухомості.

Продавець має також й інші обов'язки:

- зберігати проданий товар, якщо право власності переходить до покупця раніше від передання товару (ст. 667 ЦК України);
- вступити у справу про витребування товару в покупця за наявності певних підстав (ч. 1 ст. 660 ЦК України);
- здійснювати перевірку кількості, асортименту, якості, комплектності, тари та (або) упаковки товару (випробування, аналіз, огляд тощо), якщо це передбачено в договорі, та надавати покупцеві докази проведення такої перевірки (ч. 3 ст. 687 ЦК України);
- забрати (вивезти) товар, не прийнятий покупцем (одержувачем), або розпорядитися ним у розумний термін;
- страхувати товар, якщо це впливає з договору.

Головним обов'язком покупця є прийняття товару від продавця і його оплати. Одночасно, якщо покупець без достатніх підстав зволікає з прийняттям товару або відмовився його прийняти, продавець має право: вимагати прийняття та оплати товару; відмовитися від договору купівлі-продажу (ч. 4 ст. 690 ЦК України).

Момент переходу до покупця за договором купівлі-продажу власності на товар визначається за загальними правилами набуття права власності за договором, які передбачені ст. 334 ЦК України.

За загальним правилом ризик випадкового знищення та випадкового пошкодження майна несе його власник, якщо інше не встановлено договором або законом (ст. 323 ЦК України). За договором купівлі-продажу ризик випадкового знищення або випадкового пошкодження товару переходить до покупця з моменту передання йому товару, тобто з моменту, коли вважається, що продавець виконав свій обов'язок передати товар покупцеві, якщо інше не встановлено договором або законом.

Виконання обов'язку продавця передати товар покупцеві залежить від місця виконання зобов'язання (ст. 664 ЦК України). Товар вважається наданим у розпорядження покупця, якщо у строк, встановлений договором, він готовий до передання покупцеві у належному місці і покупець поінформований про це. Готовий до передання товар повинен бути відповідним чином ідентифікований для цілей договору, зокрема шляхом маркування.

Якщо місцем виконання є місце знаходження (місце проживання) покупця або інше зазначене ним місце і доставка товару повинна здійснюватися продавцем, моментом виконання його обов'язку вважається вручення товару покупцеві.

Якщо обов'язок продавця виконується за місцезнаходженням товару, то останній вважається виконаним у момент надання товару в розпорядження покупця.

Якщо з договору купівлі-продажу не випливає обов'язок продавця доставити товар або передати товар у його місцезнаходженні, обов'язок продавця передати товар покупцеві вважається виконаним у момент здачі товару перевізникові або організації зв'язку для доставки покупцеві (ч. 2 ст. 664 ЦК України). У цьому випадку ризик випадкового знищення або випадкового пошкодження товару переходить до покупця з моменту укладення договору (ст. 334 ЦК України).

Проте трапляються випадки, коли купівля-продаж товару відбувається під час його транспортування. Відповідно до ч. 2 ст. 668 ЦК України ризик випадкового знищення або випадкового пошкодження товару в цьому випадку переходить до покупця з моменту укладення договору купівлі-продажу, якщо інше не встановлено договором або звичаями ділового обороту.

При переході ризику на покупця він зазнає всіх збитків, пов'язаних з випадковим знищенням або випадковим пошкодженням товару, за які

продавець або треті особи, зокрема перевізник, організація зв'язку, не відповідають.

Закон захищає права слабшої сторони в договорі купівлі-продажу. Так, відповідно до ч. 3 ст. 668 ЦК України умова договору купівлі-продажу про те, що ризик випадкового знищення або випадкового пошкодження товару переходить до покупця з моменту здачі товару першому перевізникові, на вимогу покупця може бути визнана судом недійсною, якщо в момент укладення договору продавець знав або міг знати, що товар втрачено чи пошкоджено, але не повідомив про це покупця.

Стаття 667 ЦК України передбачає особливі правила, які стосуються тих випадків, коли право власності переходить до покупця раніше від передання товару. Таке положення може бути передбачено сторонами в договорі. В цьому випадку продавець зобов'язаний до передання зберігати товар, не допускаючи його пошкодження. Але необхідні для цього витрати покупець зобов'язаний відшкодувати продавцеві, якщо інше не встановлено договором. Виходячи з цього, якщо в договорі відсутнє таке застереження, витрати лягають на продавця.

Договором може бути встановлено, що право власності за переданий покупцем товар зберігається за продавцем до оплати товару або настання інших обставин. Так, відповідно до Правил торгівлі у розстрочку¹ (далі – Правила) право власності на товари, передані згідно з договором у розпорядження покупця, переходить до нього після кінцевого розрахунку (абз. 4 п. 10 Правил). Покупець не має права до переходу до нього права власності розпоряджатися товаром, якщо інше не встановлено договором, законом або не впливає з призначення та властивостей товару. Забезпечується це тим, що під час продажу, наприклад, транспортних засобів у розстрочку у свідоцтві про їх реєстрацію робиться позначка «відчуження заборонено», а також дані транспортні засоби не знімаються з обліку в органах Державтоінспекції до пред'явлення покупцем договору з відміткою суб'єкта господарювання про повний розрахунок (абз. 5 п. 10 Правил). Якщо покупець прострочив оплату товару, продавець має право вимагати від нього повернення товару.

Продавець має право вимагати від покупця повернення товару також у разі ненастання обставин, за яких право власності на товар мало перейти до покупця (ст. 697 ЦК України).

¹ Затверджені постановою Кабінету Міністрів України від 1 лип. 1998 р. № 997 (Бюл. законодавства і юрид. практики України. – 2002. – № 11. – С. 115).

У разі невиконання цієї вимоги покупець, якщо він не знав і не міг знати про права третіх осіб на товар, має право вимагати зниження ціни або розірвання договору купівлі-продажу.

Зокрема, у всіх випадках, коли продавець відчужує товар, право на відчуження якого у нього відсутнє, або такий товар, на котрий певні права мають треті особи, останні, а також дійсний власник майна мають право пред'явити до покупця позов про витребування цього товару. В цьому випадку продавець зобов'язаний захистити покупця від можливості відсудження речі. Цей обов'язок має назву обов'язку продавця щодо захисту покупця від відсудження (евікції) речі.

Продавець повинен вступити у справу на стороні покупця, а це можливо лише за умови, якщо продавець був повідомлений про пред'явлення до покупця позову про витребування речі (ч. 1 ст. 660 ЦК України). При цьому покупець зобов'язаний не тільки повідомити про вказане продавця, а й подати клопотання про залучення останнього до участі у справі. Якщо продавець був залучений до участі у справі, але ухилився від участі в її розгляді, він не має права доводити неправильність ведення справи покупцем, добиватися складання із себе відповідальності за цією підставою.

Якщо ж покупець не повідомив продавця про вимоги третьої особи та не подав клопотання про залучення продавця, а сам повів справу, наслідком якої стало задоволення позову, продавець не відповідає перед покупцем, якщо доведе, що, взявши участь у справі, він міг би відвернути відібрання проданого товару в покупця.

Якщо продавець взяв участь у справі, але за рішенням суду товар був вилучений у покупця на користь третьої особи на підставах, що виникли до продажу товару, продавець має відшкодувати покупцеві завдані йому збитки, якщо покупець не знав або не міг знати про наявність цих підстав.

Якщо між сторонами буде укладено правочин щодо звільнення продавця від відповідальності або щодо її обмеження у разі витребування товару в покупця третьою особою, він є нікчемним (ч. 2 ст. 661 ЦК України).

Найпоширенішим різновидом купівлі-продажу є роздрібна купівля-продаж, призначення якої – безпосереднє та систематичне забезпечення населення продовольчими та промисловими товарами.

Відповідно до ч. 1 ст. 698 ЦК України за договором роздрібною купівлі-продажу продавець, який здійснює підприємницьку діяльність з продажу товару, зобов'язується передати покупцеві товар, що звичайно призначається для особистого, домашнього або іншого викорис-

тання, не пов'язаного з підприємницькою діяльністю, а покупець зобов'язується прийняти товар і оплатити його.

Договір роздрібної купівлі-продажу характеризується родовими ознаками договору купівлі-продажу, як типу договору, оскільки, як і всі інші види купівлі-продажу – поставка, контрактація, енергопостачання тощо, спрямований на передачу у власність майна на еквівалентно-оплатній основі за рахунок грошових сум. Саме зазначене дозволяє застосовувати до виконання цього договору деякі із загальних положень про купівлю-продаж (наприклад, правил про строк, кількість, асортимент, якість і комплектність товару тощо).

Проте цей договір має і свої особливості, а саме предмет, включаючи у деяких випадках кількість товару, суб'єктний склад, що, у свою чергу, відбивається на порядку його укладення. Все це дозволяє виокремити його у вид договору купівлі-продажу із самостійним регулюванням (§ 2 глави 54 ЦК України). При цьому закон виходить з того, що зазначений параграф регламентує відносини, не врегульовані загальними положеннями про купівлю-продаж (зокрема, щодо публічного характеру цього договору і порядку його укладення, надання інформації про товар; продажу товару за зразками або з використанням автоматів; договору найму-продажу тощо); встановлює правила, які відрізняються від тих, що передбачені §1 глави 54 ЦК України, наприклад, стосовно наслідків продажу покупцеві товарів неналежної якості тощо; передбачає, що до відносин за участю покупця – фізичної особи – застосовується законодавство про захист прав споживачів.

Цей договір – двосторонній, оплатний та консенсуальний.

Продавцем у договорі роздрібної купівлі-продажу виступає юридична особа або фізична особа-підприємець, що здійснює підприємницьку діяльність з продажу в роздріб товару. У випадках, передбачених законодавством, зазначені особи повинні отримати ліцензію на торгівлю окремими видами товарів (наприклад, роздрібна торгівля лікарськими засобами, роздрібна торгівля ювелірними та іншими виробами з дорогоцінних металів, дорогоцінного каміння, дорогоцінного каміння органічного утворення та напівкоштовного каміння тощо)¹, а також отримати торговий патент².

¹ Див.: Про ліцензування певних видів господарської діяльності [Текст] : Закон України від 1 черв. 2000 р. (з наступ. змінами) // Відом. Верхов. Ради України. – 2000. – № 36. – Ст. 299.

² Див.: Про патентування деяких видів підприємницької діяльності [Текст] : Закон України від 23 березня 1996 р. (з наступ. змінами) // Відом. Верхов. Ради України. – 1996. – № 20. – Ст. 82.

Проте ст. 86 ЦК України встановила правило, відповідно до якого непідприємницькі товариства й установи можуть поряд зі своєю основною здійснювати також і підприємницьку діяльність. Це дало можливість деяким правникам висловити думку, що, наприклад, релігійні організації, продаючи культову атрибутику, здійснюють такий продаж за договорами роздрібної купівлі-продажу¹. Однак зазначене не узгоджується з кваліфікуванням договору роздрібної купівлі-продажу як публічного договору (ч. 2 ст. 698 ЦК України), у якому однією із сторін обов'язково виступає тільки підприємець.

Як покупці, за загальним правилом, виступають фізичні особи, що придбавають товари, призначені для особистого, домашнього використання. Відповідно до чинного законодавства при продажу певних товарів враховується вік фізичних осіб. Так, продаж тютюнових виробів та алкогольних напоїв дозволяється лише особам, які досягли 18 років.

Виходячи з того, що покупці – фізичні особи, як правило, не мають спеціальних знань про властивості та характеристику товарів, що вони придбавають у продавців-професіоналів, вказане вимагає покладення на останніх додаткових обов'язків з метою забезпечення прав покупців, а також застосовування до відносин з договору роздрібної купівлі-продажу за участю покупця – фізичної особи, не врегульованих ЦК України, законодавства про захист прав споживачів (ч. 3 ст. 698 ЦК України)².

Ідея захисту прав споживачів не є новою. Вона з'явилася в Європі наприкінці ХІХ ст., сформувавшись у суспільно-політичний рух – консюмеризм, але знайшла втілення у законодавстві капіталістичних країн лише в 60-х рр. ХХ століття³.

Ринкові перетворення, що відбуваються в Україні (а це, перш за все, зміни в циклі «виробництво – розподіл – споживання»), призвели до появи в економіці країни таких явищ, які потребують захисту споживачів з боку держави. До них відносять: диверсифікацію товарного складу ринкової торгівлі (використання нових видів товарів), що потребує від споживачів, включаючи й покупців, підвищеної компетенції, а це дуже часто стає неможливим; деперсоналізацію ринкового обміну,

¹ Див.: Елисеєв, И. В. Купля-продажа. Мена. Гражданское право [Текст] / И. В. Елисеєв : учебник. Ч. 2 ; под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М. : Проспект, 1997. – С. 19; Богданова, Е. Е. Договор купли-продажи. Защита прав и интересов сторон [Текст] / Е. Е. Богданова. – М. : Приор-издат, 2003. – С. 47.

² Законодавство України про захист прав споживачів складається із Закону України «Про захист прав споживачів» та інших актів законодавства, що видаються відповідно до цього Закону (ст. 1 Закону).

³ Див.: Свядосц, Ю. И. Защита потребителя в буржуазном праве [Текст] / Ю. И. Свядосц // Сов. гос. и право. – 1989. – № 11. – С. 126.

коли споживач все більше віддаляється від виробника товару; різке зростання ринку споживання нових видів товарів, які не відповідають необхідним споживчим властивостям.

Тому Закон України «Про захист прав споживачів» (далі – Закон), з одного боку, свідчить про гуманізацію законодавства, спрямованого на пом'якшення суперечностей між споживачами і підприємцями, а з другого – про гармонізацію національного законодавства із законодавством розвинутих країн.

Зазначений Закон не тільки встановлює спеціальні правила роздрібної купівлі-продажу, а й конкретизує та деталізує положення ЦК України (наприклад, щодо прав споживачів у сфері торгівлі, інформації про товар, обміну товару належної якості тощо).

Відповідно до ст. 22 Закону Кабінетом Міністрів України можуть затверджуватися відповідні нормативно-правові акти, що встановлюють загальні умови заняття торговельною діяльністю (наприклад, Порядок заняття торговельною діяльністю і правила торговельного обслуговування населення¹, Правила торгівлі на ринках², Правила продажу продовольчих товарів³, Правила роздрібної торгівлі непродовольчими товарами⁴), а також стосуються окремих видів договорів роздрібної купівлі-продажу та правил продажу окремих товарів (наприклад, Правила продажу товарів поштою⁵, Правила роздрібної торгівлі алкогольними напоями⁶, Правила роздрібної торгівлі тютюновими виробами⁷, Правила продажу товарів на замовлення та поза торговельними та офісними приміщеннями⁸, Порядок гарантійного ремонту (обслуговування) або гарантійної заміни технічно-складних побутових товарів⁹).

¹ Затверджений 8 лютого 1995 р. (див.: Бюл. законодавства і юрид. практ. України. – 2002. – №11: Торговельна діяльність в Україні. – С. 93).

² Затверджені 26 лютого 2002 р. (Там само. – С. 152).

³ Затверджені 3 липня 1995 р. (Там само. – С. 231).

⁴ Затверджені наказом Міністерства економіки України від 19.04.2007р. (див.: Юрид. вісн. України. – № 48. – 1–7 грудня 2007 р.).

⁵ Затверджені наказом Міністерства економіки України та Міністерством транспорту та зв'язку України від 21.06.2008 р. (див.: Юрид. вісн. України. – 30 серп. – 5 верес. 2008 р. – № 35).

⁶ Затверджені постановою КМУ від 30 липня 1996 р. (див.: Бюл. законодавства і юрид. практ. України. – 2002. – № 11. Торговельна діяльність в Україні. – С. 282).

⁷ Затверджені наказом Міністерства економіки та з питань європейської інтеграції України від 24 липня 2002 р. (Там само. – С. 288).

⁸ Затверджені наказом Міністерства економіки України від 19.04.2007 р. № 103 (див.: Юрид. вісник України. – № 48. – 1–7 груд. 2007 р.).

⁹ Затверджені постановою КМУ від 1 липня 1998 р. і діють з наступ. змінами (див.: Бюл. законодавства і юрид. практ. України. – 2002. – № 11. – С. 115).

До особливостей цього договору, як уже зазначалося раніше, слід віднести специфіку предмета договору – товари, що призначаються для особистого, домашнього або іншого використання, не пов'язаного з підприємницькою діяльністю. Цей критерій дозволяє відокремлювати сферу застосування положень ЦК України щодо договору роздрібної купівлі-продажу, зокрема від відносин договору поставки, оскільки відносини з приводу товарів, що використовуються винятково для здійснення підприємницької діяльності, не є предметом регулювання договору купівлі-продажу.

Проте аналіз визначення договору роздрібної купівлі-продажу дозволяє дійти висновку, що як покупці можуть виступати також юридичні особи, навіть підприємницькі, коли вони придбавають товар (оргтехніку, меблі тощо) для використання, не пов'язаного безпосередньо з використанням, у підприємницькій діяльності.

Вважаємо, що характерною ознакою, яка дає можливість виокремити роздрібну купівлю-продаж, є й те, що покупець купує не тільки товар, який звичайно призначається для певних цілей, а таку його кількість, що не перевищує нормально необхідної для особистого, сімейного, домашнього або іншого використання.

До особливостей договору роздрібної купівлі-продажу слід віднести порядок його укладення. Так, суб'єкти підприємницької діяльності у сфері торгівлі належать до тих суб'єктів, які звертаються до всіх і до кожного з пропозицією (офертою) купити товар на визначених умовах. Зазначена пропозиція може мати різні способи оформлення: розміщена у рекламі, каталогах, а також у інших описах товару; бути виставленням самого товару, демонстрацією його зразків або наданням відомостей про товар (описів, каталогів, фотознімків тощо) у місцях його продажу. Дія того, щоб пропозиція укласти договір, яка розміщена у рекламі, каталогах тощо, вважалась публічною офертою, тобто була звернена до невизначеного кола осіб, вона повинна містити усі істотні умови договору (ч. 1 ст. 699 ЦК України). В інших випадках, коли застосовуються інші способи, пропозиція вважається публічною незалежно від того, чи вказана ціна та інші істотні умови договору купівлі-продажу, крім випадків, коли продавець явно визначив, що відповідний товар не призначений для продажу (наприклад, це може бути торговельне обладнання, товари, які сприяють художньо-естетичному оформленню торгового залу, вітрини тощо) – ч. 2 ст. 699 ЦК України.

Договір роздрібної купівлі-продажу – публічний договір, до нього, якщо інше не передбачено у законі, застосовуються правила ст. 633 ЦК

України. Публічна пропозиція укласти договір встановлює однакові умови для всіх споживачів, до яких вона звернена, крім тих, кому за законом надані відповідні пільги. Продавець не має права надавати перевагу в укладенні договору одному покупцеві перед іншим, відмовитися від укладення договору за наявності в нього можливості надання покупцеві відповідних товарів. Причому доводити неможливість укладення договору за браком товару повинен продавець. У разі необґрунтованої відмови останнього від укладення договору, він має відшкодувати збитки, завдані покупцеві такою відмовою. Хоча ст. 698 ЦК України не передбачає, що цей договір є договором приєднання, слід погодитися з тим, що за способом укладення його слід відносити саме до договорів приєднання, оскільки покупець, за винятком предмета договору, позбавлений можливості брати участь у встановленні істотних умов договору. На користь цієї думки свідчить і встановлення у ЦК України правил (ст. 698), відповідно до яких умови договору, що обмежують права покупця – фізичної особи, передбачені ЦК України та законодавством про захист прав споживачів, є нікчемними. Покупець має право на відшкодування збитків, завданих йому продавцем унаслідок використання ним переваг свого становища у виробничій або торговельній діяльності. Ці ж правила встановлені й у ст. 21 Закону України «Про захист прав споживачів».

При укладенні договору продавець зобов'язаний надати покупцеві необхідну і достовірну інформацію про товар, що пропонується до продажу. Інформація має відповідати вимогам закону та правилам роздрібною торгівлі щодо її змісту і способів надання (ч. 1 ст. 700 ЦК України). Необхідна інформація – це повна інформація, тобто така, що надається продавцем в обсязі, який формує у покупця чітке уявлення про властивості і споживчу якість товару. Достовірна інформація – відповідність дійсності відомостей стосовно товару, що міститься в інформації.

ЦК України надає право покупцеві до укладення договору оглянути товар, який він бажає придбати, вимагати проведення перевірки у його присутності властивостей товару, демонстрації користування ним, якщо це не виключено характером товару і не суперечить правилам роздрібною торгівлі (ч. 2 ст. 700 ЦК України). Так, відповідно до Правил роздрібною торгівлі, прокату примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних місце продажу, прокату примірників цих творів повинне бути оснащено відповідною апаратурою для перевірки якості їх запису, зокрема аудіо- та відеомагнітофонами, комп'ютерами, телевізорами (п. 9). До всіх при-

мірників вказаних творів додається інформація українською мовою про назву твору (вид носія); гарантійні зобов'язання виробника примірника, його найменування та адресу (або місцезнаходження), а також найменування і місцезнаходження товариства, яке здійснює його функції щодо прийняття претензій від споживачів, а також проводить ремонт і технічне обслуговування зазначених примірників. Довідка з такою інформацією наклеюється на упаковку примірника твору або додається до цієї упаковки (п. 6)¹. Відповідно до Порядку гарантійного ремонту (обслуговування) або гарантійної заміни технічно складних побутових товарів під час продажу товару, який підлягає гарантійному ремонту (обслуговуванню) чи гарантійній заміні, продавець зобов'язаний у присутності споживача здійснити перевірку споживчих властивостей товару, наявності експлуатаційних документів, комплектності товару, поінформувати споживача про правила користування ним.

Стаття 18 Закону розкриває зміст права покупця на інформацію. Вона повинна забезпечити можливість свідомого вибору товару. Для цього остання має бути надана покупцеві до придбання товару. Стосовно товарів, які підлягають обов'язковій сертифікації, споживачеві повинна надаватися інформація про її сертифікацію, а щодо товарів, котрі за певних умов можуть бути небезпечними для життя, здоров'я покупця та його майна, продавець зобов'язаний довести до відома покупця інформацію про такі товари і можливі наслідки їх впливу. Інформація доводиться продавцем у супровідній документації, що додається до товарів, на етикетці, а також маркуванням чи іншим способом, прийнятим для окремих видів товарів. Продукти харчування, упаковані або розфасовані в Україні, повинні також забезпечуватися інформацією про місце їх походження.

За окремими видами договорів роздрібної купівлі-продажу встановлюються спеціальні способи доведення інформації до покупців. Так, при продажу товарів з використанням автоматів їх володілець зобов'язаний довести до покупців інформацію про продавця товару шляхом розміщення на автоматі або надання покупцям іншим чином відомостей про найменування продавця, його місцезнаходження, режим роботи тощо (ч. 1 ст. 703 ЦК України).

Правові наслідки ненадання покупцеві інформації щодо товару різняться залежно від того, укладений договір чи ні. Так, якщо покупцеві не надано можливості негайно одержати повну й достовірну інформацію

¹ Затверджені постановою Кабінету Міністрів України від 4 листопада 1997 р. № 1209 (діють у ред. постанови Кабінету Міністрів України від 24 березня 2004 р. № 369 (див.: Урядовий кур'єр. – 29 квіт. – 2004. – № 81).

про товар у місці його продажу, він має право вимагати відшкодування збитків, завданих необґрунтованим ухиленням від укладення договору, а якщо договір укладено, – в розумний строк відмовитися від договору, вимагати повернення сплаченої за товар грошової суми і відшкодування збитків, а також моральної шкоди (ч. 3 ст. 700 ЦК України; ч. 4 ст. 18 Закону). Продавець, який не надав покупцеві можливості одержати повну й достовірну інформацію про товар, несе відповідальність за недоліки, які виникли після передання товару покупцеві, якщо останній доведе, що вони виникли у зв'язку з відсутністю у нього такої інформації (ч. 4 ст. 700 ЦК України). Причому продавець не звільняється від відповідальності, навіть у разі неотримання ним відповідної інформації про товар від його виробника (імпортера) (ч. 5 ст. 18 Закону).

Договір роздрібної купівлі-продажу може бути укладений у простій письмовій формі, усно, а також шляхом конклюдентних дій. За правилом він укладається в усній формі, бо його виконання відбувається одночасно із здійсненням, що забезпечується видачею споживачеві розрахункового документа (товарного, касового чи іншого документа, який засвідчує факт купівлі товару).

Утім окремі види договорів роздрібної купівлі-продажу виконуються вже після їх укладення. Саме такі договори повинні бути укладені у письмовій формі. До них слід віднести: продаж товару за зразками, договір з умовою про поставку товару покупцеві, договір найму-продажу, договір роздрібної купівлі-продажу товару в кредит, договір з умовою про прийняття покупцем товару у встановлений строк.

Закон передбачив і продаж товарів з використанням автоматів (ст. 703 ЦК України). Такий договір вважається укладеним з моменту вчинення покупцем дій, необхідних для одержання товару, тобто конклюдентних.

Покупець (споживач) за договором має право на: відповідну якість товару; належне торговельне обслуговування; безпеку товарів; відшкодування збитків, спричинених товарами неналежної якості; відшкодування збитків, завданих унаслідок недоліків товарів; гарантований рівень споживання; державний захист своїх прав; об'єднання у спілки споживачів тощо. Враховуючи це, законодавство встановлює вимоги до продавців, яких слід додержуватися на етапі підготовки товару до продажу, і котрі спрямовані на забезпечення якості товару. Це так звані передпродажні обов'язки, які передбачені у відповідних правилах продажу конкретних видів товарів. Наприклад, відповідно

до Правил продажу продовольчих товарів продавець зобов'язаний забезпечити стан торговельних приміщень на рівні, що відповідає санітарно-гігієнічним, технологічним та протипожежним нормам, встановленим для приймання, зберігання та реалізації харчових продуктів; транспортні засоби для перевезення цих продуктів повинні мати санітарний паспорт, бути чистими, у справному стані; торговельно-технологічне обладнання, що використовується при організації роздрібного продажу, має забезпечувати збереження якості товарів і товарного вигляду протягом строку їх придатності. Забороняється приймати, зберігати та продавати продовольчі товари, які швидко псуються без використання холодильного обладнання.

Відповідно до Правил продажу непродовольчих товарів продавець проводить підготовку товарів до продажу (перевірка цілісності упаковки, розпакування, перевірка наявності маркувальних даних і якості, чистка, прасування, перевірка наявності інструкцій з експлуатації, технічних паспортів, гарантійних талонів, комплектність виробів, перевірка роботи у дії тощо).

Відповідно до Правил роздрібної торгівлі транспортними засобами і номерними агрегатами передбачається обов'язкова передпродажна підготовка цих товарів кваліфікованими фахівцями продавця згідно з вимогами нормативно-технічної документації, про що робиться позначка в сервісній книжці тощо.

Права та обов'язки сторін за цим договором визначаються, перш за все, за загальними правилами про договір купівлі-продажу. Так, продавець зобов'язується передати покупцеві товар, якість, кількість, асортимент, строк придатності, комплектність якого відповідає вимогам, передбаченим у статтях 669, 671, 673, 677, 682, 683 ЦК України. Товар передається у тарі й упаковці (ст. 685 ЦК України) разом з приналежностями і документами, що його стосуються (ст. 666 ЦК України). Виходячи з того, що цей договір – двосторонньовзаємний, покупець має право вимагати передачі йому товару з додержанням продавцем вимог щодо останнього, які були зазначені.

Проте момент передачі продавцем майна за договором роздрібної купівлі-продажу має особливості. При продажу товару за зразками обов'язок вважається виконаним з моменту доставки товару за місцем проживання фізичної особи-покупця або місцезнаходженням юридичної особи-покупця, якщо інше не встановлене договором або законом. За цим договором покупцю доставляється товар, який він відбирає за зразком (описом) і котрий повинен відповідати зразку (опису). Доставка, виходячи зі змісту ст. 704 ЦК України, прирівнюється до пере-

дачі речі. До моменту передання товару покупець має право відмовитися від договору за умови відшкодування продавцеві витрат, пов'язаних із вчиненням дій щодо виконання договору.

Якщо договір роздрібної купівлі-продажу укладено з умовою доставки товару покупцеві, то на відміну від договору продажу товару за зразками, останньому доставляється індивідуально визначена річ, яка вже була оглянута, відібрана ним і залишена у продавця на зберігання з метою наступної доставки у встановлений строк (ч. 1 ст. 704 ЦК України) за місцем, вказаним покупцем, а якщо це місце не вказане, за місцем проживання фізичної особи-покупця або за місцезнаходженням юридичної особи-покупця.

Особливістю цього договору слід вважати те, що моментом виконання обов'язку продавцем є вручення товару покупцеві, а у разі його відсутності – особі, яка пред'явила квитанцію або інший документ, що засвідчує укладення договору чи оформлення доставки товару (ч. 2 ст. 704 ЦК України).

Крім цього, договір роздрібної купівлі-продажу може бути укладено з умовою про прийняття покупцем речі, визначеної індивідуальними ознаками, у певний строк, протягом якого товар не може бути проданий продавцем іншому покупцеві (ч. 1 ст. 701 ЦК України). Так, відповідно до Порядку заняття торговельною діяльністю і правилами торговельного обслуговування населення вибрані покупцем непродовольчі товари можуть зберігатися протягом двох годин з відміткою часу наступної оплати на виписаному продавцем чекові (п. 26). Якщо покупець не з'явиться або не вчинить інших необхідних дій для прийняття товару у встановлений строк, вважається, що він відмовився від договору, якщо інше не буде встановлено у ньому (ч. 2 ст. 701 ЦК України). Так, наприклад, у договорі може бути передбачено, що у разі нез'явлення покупця у встановлений строк товар приймається до зберігання продавцем. Якщо у передбачений договором строк товар буде проданий іншому покупцеві, застосовуються правила ст. 620 ЦК України.

Правила ст. 701 ЦК України не застосовуються, якщо відповідно до договору товар залишається на зберіганні у продавця, бо у цьому випадку покупець прийняв товар.

Новою для ЦК України є конструкція договору найму-продажу. Відповідно до ст. 705 ЦК України за договором найму-продажу до переходу до покупця права власності на переданий йому продавцем товар покупець є наймачем (орендарем) цього товару. Покупець стає його власником лише з моменту оплати цього товару, якщо інше не встановлено договором.

Слід зазначити, що до появи вказаної статті аналогічні правила містилися у деяких нормативно-правових актах, хоча договір, який укладався, мав назву, наприклад, договору продажу товарів у розстрочку.

Так, відповідно до Правил торгівлі у розстрочку¹ передача у розпорядження покупцеві товарів здійснюється за умови внесення першого внеску (завдатку) в певному розмірі, а право власності на товар переходить до покупця лише після остаточного розрахунку. Цим обумовлюється, наприклад те, що транспортні засоби, придбані у розстрочку, не підлягають відчуженню, не знімаються з обліку в органах Державтоінспекції до пред'явлення покупцем договору з відміткою продавця про повний розрахунок (п. 10).

Вказаний договір побудований за конструкцією змішаного договору (ч. 2 ст. 628 ЦК України). А це призводить до того, що до відносин сторін застосовуються у відповідних частинах і положення про договір найму (оренди), і про договір роздрібної купівлі-продажу, якщо інше не буде встановлено у самому договорі чи не впливатиме із суті договору. Так, зокрема, покупець не повинен сплачувати продавцеві плату за користування переданим у його розпорядження товаром, як це передбачено у договорі найму (оренди) – ст. 762 ЦК України, бо розмір і оплата товару визначаються договором купівлі-продажу і Правилами торгівлі у розстрочку. Він також не зобов'язаний, хоча і може, проводити поточний ремонт товару (ч. 1 ст. 776 ЦК України), оскільки у разі виявлення недоліків, за які відповідає продавець, покупець має право пред'явити вимоги за ст. 708 ЦК України. Однак при цьому, якщо покупець вимагатиме відповідного зменшення ціни або відшкодування витрат, здійснених ним чи третьою особою на виправлення недоліків товару, відповідна сума може бути зарахована в рахунок оплати товару тощо.

Основним обов'язком покупця є обов'язок прийняти товар (ст. 689 ЦК України) та оплатити його (ст. 692, ст. 706 ЦК України). Відповідно, продавець має право вимагати від покупця прийняття товару і сплати певної суми (ст. 706 ЦК України).

На прикладі договору роздрібної купівлі-продажу чітко простежується характерна особливість активного втручання законодавця у відносини, що складаються між виробниками, продавцями і споживачами. Їх регулювання спрямовано на те, щоб по можливості збалансувати економічно і юридично нерівні відносини, поклавши на підприємців деякі додаткові обов'язки, а споживачеві надати відповідні права і гарантії їх захисту. Це викликано тим, що в умовах розвитку ринкових

¹ Затверджені постановою КМУ від 1 липня 1998 р. і діють з наст. змінами (див.: Бюл. законодавства і юрид. практ. України. – 2002. – № 11. – С. 115).

відносин, яким притаманне функціонування розвинутої мережі посередників, споживач невідворотно віддаляється від виробників і йому все складніше отримати відшкодування збитків, що він зазнав унаслідок отримання, зокрема недоброякісного товару. Звідси – покупець розглядається ЦК України, як і Законом України «Про захист прав споживачів», суб'єктом спеціального юридичного захисту¹.

Саме тому законодавство закріплює за покупцем право на обмін товару. Відповідно до ст. 707 ЦК України (ст. 20 Закону) покупець має право протягом чотирнадцяти днів з моменту передання йому недовольного товару належної якості², якщо триваліший строк не оголошений продавцем, обміняти його у місці купівлі або інших місцях, названих продавцем, на аналогічний товар інших розмірів, форми, габариту, фасону, комплектації тощо. У разі виявлення різниці в ціні покупець проводить необхідний перерахунок з продавцем.

Якщо у продавця немає необхідного для обміну товару, а це можуть бути будь-які інші товари з наявного асортименту з відповідним перерахуванням вартості, покупець має право повернути придбаний товар продавцеві та одержати сплачену за нього грошову суму. До речі, закон передбачає також можливість здійснити обмін товару на аналогічний при першому ж надходженні відповідного товару в продаж, про що продавець повинен повідомити покупця.

Зазначена стаття захищає інтереси покупця – непрофесійного учасника товарообміну в разі, коли продавець не порушував прав споживача. Тому й не йдеться про відшкодування будь-яких збитків покупцеві або про якісь інші несприятливі наслідки для продавця. Навпаки, законодавець встановлює певні вимоги, яких повинен дотримуватися покупець, захищаючи свої інтереси.

По-перше, товар, який підлягає обміну, не повинен бути у споживанні, а тому збережено його товарний вигляд та споживні властивості.

По-друге, покупець має докази придбання товару саме у цього продавця. Це може бути товарний або касовий чек чи інший документ, що підтверджує оплату товару (розрахунковий документ)³.

¹ Вперше на необхідність цього звернув увагу Свядосц Ю. І. (Свядосц, Ю. І. Защита потребителя в буржуазном праве [Текст] / Ю. И. Свядосц // Сов. гос. и право. – 1989. – № 11. – С. 126).

² Поділяємо точку зору тих правників, що в даному випадку допущена технічна помилка. Законодавець мав на увазі саме товар належної якості, який тільки і можна обміняти за бажанням покупця. Відносини, що виникають при продажу покупцеві товару неналежної якості, закріплюють право останнього вимагати заміни товару на аналогічний товар належної якості. Терміни «обмін» і «заміна» не є тотожними.

³ ЦК РФ дозволяє за відсутності у покупця відповідних документів посилатися на показання свідків (ст. 493 ЦК РФ).

По-третє, нормативно-правовими актами встановлюється перелік товарів, які не підлягають обміну або поверненню на підставах, передбачених цією статтею¹. Зокрема, не підлягають обміну лікарські препарати та засоби предметів санітарної гігієни, світлочутливі товари, корсетні товари, парфумерно-косметичні товари, дитячі іграшки (м'які, гумові), сурда (для духових музичних інструментів), ювелірні вироби з дорогоцінних металів, вироби з бурштину, білизна натільна, панчішно-шкарпетні вироби, товари в аерозольній упаковці, пір'яно-пухові вироби, тканини, килимові вироби метражні, білизна постільна, друковані видання, трубна продукція тощо.

Покупець має певні права у разі продажу йому товару неналежної якості (ст. 708 ЦК України, ст. 14 Закону). При цьому Закон враховує, по-перше, предмет договору і, по-друге, хто виступав у ролі продавця.

Якщо укладався договір купівлі-продажу непродовольчих товарів, які не були у користуванні, у разі виявлення покупцем протягом гарантійного або інших строків, встановлених обов'язковими для сторін правилами чи договором, недоліків, не застережених продавцем, чи фальсифікації товару, він має право за своїм вибором пред'явити одну з наступних вимог:

вимагати від продавця або виготовлювача безоплатного усунення недоліків товару або відшкодування витрат, здійснених покупцем або третьою особою, на їх виправлення;

вимагати від продавця або виготовлювача заміни товару на аналогічний товар належної якості чи на такий самий товар іншої моделі з відповідним перерахунком у разі різниці у ціні;

вимагати від продавця або виготовлювача відповідного зменшення ціни;

відмовитися від договору, вимагати повернення сплаченої за товар грошової суми (ч. 1 ст. 708 ЦК України).

Привертає увагу той факт, що покупець може пред'явити вимоги на свій розсуд або продавцю за місцем продажу товару, або виготовлювачу товару, а відповідно до ст. 14 Закону не тільки їм, а також і підприємству, що виконує їх функції за місцем знаходження споживача. Причому продавець і виробник під час продажу (реалізації) товару зобов'язані інформувати споживача про такі організації. У разі ненадання вказаної інформації вони несуть встановлену Законом відповідальність (статті 18, 23 Закону).

¹ Цей перелік затверджено постановою КМУ від 19 березня 1994 р. (див.: Зібрання постанов уряду. – 1994. – № 7. – Ст. 173).

Проте слід враховувати те, що вимоги можуть пред'являтися покупцем лише у випадку, коли він виявив недоліки, які не були застережені продавцем. При цьому не має значення, які ці недоліки – приховані або явні; була у покупця можливість їх виявити при покупці; мав продавець інформацію про ці недоліки чи ні. Крім цього, вимоги пред'являються лише тоді, коли недоліки або фальсифікація товару була виявлена протягом гарантійного чи інших строків, установлених обов'язковими для сторін правилами (наприклад, Правилами продажу непродовольчих товарів) або передбачених договором.

Якщо ж укладався договір купівлі-продажу непродовольчих товарів, що вже були у користуванні і реалізовані через роздрібні комісійні торговельні організації, про що покупець поінформований продавцем, то він має право пред'явити такі ж самі вимоги, які передбачені у ч. 1 ст. 708 ЦК України, але за умови, що товар, який був придбаний, містив істотні недоліки, не застережені продавцем.

Продовольчі товари неналежної якості продавець зобов'язаний замінити на якісні або повернути покупцю сплачені гроші¹.

ЦК України регулює питання стосовно порядку і строків задоволення вимог покупця при заміні товару або усунення недоліків (ст. 709), а також відшкодування різниці в ціні у разі заміни товару, зменшення ціни і повернення товару неналежної якості (ст. 710).

Новелою у ЦК України є стаття 711, яка передбачає відповідальність за шкоду, завдану товаром неналежної якості. Продавець або виготовлювач товару неналежної якості відшкодовує шкоду, заподіяну майну покупця, а також шкоду, завдану каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю покупця у зв'язку з придбанням такого товару. Утім ця норма бланкетна і містить відсилку до положень гл. 82 ЦК України, §3 якої (статті 1209–1211) регулює ці питання.

¹ Див., наприклад: Правила роздрібної торгівлі картоплею та плодоовочевою продукцією. Затверджені наказом Міністерства зовнішніх економічних зв'язків і торгівлі України від 8 лип. 1997 р. № 344 (п. 21) [Текст] // Бюл. законодавства і юрид. практ. України. – 2002. – № 11. – С. 274.

Глава 2

Договори, що забезпечують оборотоздатність цінних паперів

Інструментальна специфіка цінних паперів полягає у їх значенні як об'єктів-інструментів забезпечення оборотоздатності посвідчених ними майнових прав. Особливості цінних паперів як конструкції, оборотоздатність якої покликана інструментально забезпечити передачу посвідчених ними майнових прав, уже розглядали правознавці минулого. Заслужують на увагу міркування, запропоновані Савіньї¹. Аналізуючи особливості виникнення цінних паперів на пред'явника, він наголошував на тому, що у сфері речових відносин діє принцип вільного відчуження об'єктів власності. У речових правовідносинах (зокрема з приводу відчуження речей) проявляється повне абстрагування здійснюваного стосовно речей правочину від персоналій осіб, що його вчиняють. Зобов'язальні правовідносини засновані на зовсім інших засадах, оскільки особистісні характеристики боржника (платоспроможність, порядність тощо) мають значення для кредитора (вірителя) і суттєво впливають на вибір ним контрагента. Зміна зазначених правовідносин можлива або у формі заміни предмета зобов'язання між колишнім боржником і новим кредитором (новація), або у вигляді передачі кредитором належного йому права вимоги іншій особі, що не призводить до повного абстрагування від колишніх правових відносин між його первинними суб'єктами (цесія). Новація і цесія, на думку Савіньї, придатні для укладення правочинів, характерних для повсякденного обороту, динаміка якого має розмірений характер, а коло учасників незначне за кількісним складом. Однак при укладенні правочинів, що забезпечують постійно зростаючий як внутрішній, так і зовнішній господарський оборот відповідної країни, з'являється потреба в закріпленні нових правових форм, за допомогою яких переваги, пов'язані з вільним і знеособленим відчуженням об'єктів права власності, могли б бути застосовані і до зобов'язальних правовідносин. Цю потребу він пропонував розглядати як одну із соціально-правових передумов появи і розвитку конструкції цінних паперів, у якій втілю-

¹ Див.: Брокгауз, Ф. А. Энциклопедический словарь [Текст] / Ф. А. Брокгауз, И. А. Ефрон. – М. : Рус. слово, 1996. – С. 861.

вався односторонній акт формалізації емітентом відповідного майнового права. Як зазначав Н. Й. Нерсесов, законодавче надання документам матеріального, речово-правового значення дало змогу віднести їх до об'єктів права власності та інших речових прав, забезпечити їм легку відчужуваність і, як наслідок, здатність до участі в обороті посвідчених ними майнових прав «на зразок звичайних рухомих речей». Саме можливість участі цінних паперів у цивільному обороті, на зразок рухомих речей, забезпечила підвищену оборотоздатність посвідчених ними майнових прав. Розглянуту властивість цінних паперів підкреслюють і сучасні правники. Як зауважив з цього приводу В. О. Лапач, «уся історія виникнення і розвитку ринку цінних паперів – це історія все більш широкого перетворення відносин між кредиторами і боржниками на “оборотоздатне” майно»¹.

Тенденція до появи в цивільному обороті нових різновидів цінних паперів, які забезпечують якісно новий рівень універсальної оборотоздатності окремих категорій майнових прав, характерна і для сучасного цивільного обороту України та інших країн світу. Достатньо як приклад навести нещодавно законодавчо визначену можливість випуску та обігу в Україні цінних паперів, які опосередковують іпотечні відносини, – заставної, а також іпотечних облігацій та сертифікатів. В іноземній цивілістиці процес появи нових видів цінних паперів згідно з потребами цивільного обороту отримав назву «сек'юритизація» (від *securiti*² – термінологічне позначення цінних паперів у правовій системі США). Як зазначається в літературі, «сек'юритизація, перетворюючи звичайні зобов'язання боржника щодо кредитора на майно, забезпечує цим зобов'язанням підвищену оборотоздатність, вміщуючи їх у готову інфраструктуру фондового ринку, і в кінцевому підсумку робить фінансові відносини в економіці більш мобільними, а саму економіку – більш гнучкою й ефективною»³.

Оборотоздатність цінних паперів, як і інших здатних до обороту об'єктів цивільних прав, визначена на законодавчому рівні. Відповідно до положень ст. 178 ЦК України всі об'єкти цивільних прав (включаючи цінні папери) можуть вільно відчужуватися або переходити від

¹ Лапач, В. А. Система объектов гражданских прав: теория и практика [Текст] / В. А. Лапач. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2002. – С. 433.

² Див.: Пенцов, Д. А. Понятие «securiti» и правовое регулирование фондового рынка США [Текст] / Д. А. Пенцов. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2003. – 300 с.

³ Див.: Доклад о концептуальных подходах к месту и роли депозитарной деятельности на современном рынке ценных бумаг [Текст] // Рос. газета (Ведомственное приложение). – 1997. – 20 сент.

однієї особи до іншої в порядку правонаступництва чи спадкування або іншим чином, якщо вони не вилучені з цивільного обороту, не обмежені в обороті або не є невід'ємними від фізичної чи юридичної особи. Оборотоздатність цінних паперів не слід плутати з їх циркуляційною¹ здатністю або транзитивністю, яку як їх ознаку обґрунтував Є. О. Крашенинников². Останні терміни мають більш вузьке термінологічне значення і позначають лише здатність цінних паперів циркулювати в цивільному обороті, тобто «транзитом» переходити від однієї особи до іншої. Оборотоздатність цінних паперів означає їх спроможність бути об'єктом значно ширшого кола відносин, що виникають у цивільному обороті на підставі відповідних правочинів. Нормативно визначена оборотоздатність цінних паперів, а завдяки їй і майнових прав, які становлять їх зміст, забезпечує вирішення низки потреб цивільного обороту, що знаходить свій прояв у можливості випуску та обігу окремих їх видів. Завдяки цій властивості цінних паперів забезпечується розвиток інвестиційних процесів (акції, облігації), кредитно-розрахункових відносин (векселі, чеки), обіг позичкового капіталу (ощадні сертифікати, казначейські зобов'язання), здійснення великих товарообмінних операцій (коносаменти, складські свідоцтва) і т. ін.

Ступінь оборотоздатності цінних паперів визначається їх видом і способом легітимації власника. Найбільш універсальну і спрощену оборотоздатність (дійсно на рівні рухомих речей) мають цінні папери на пред'явника, оскільки для передачі виражених у них майнових прав досить одного їх вручення новому набувачу. Необхідність дотримання певних формальностей, ураховуючи обов'язковість зазначення імені (найменування) управомоченої особи в ордерних та іменних цінних паперах, ускладнює їх передачу, а отже і їх оборотоздатність. Є. О. Суханов, розглядаючи особливості передачі прав за іменними цінними паперами, вмотивовано стверджує, що при їх передачі необхідно виконати більше формальностей, ніж при передачі інших видів документів. Це дало йому змогу говорити про ускладнену оборотоздатність іменних цінних паперів³. Ускладненість механізму участі в цивільному обороті має місце і стосовно бездокументарних цінних паперів. Таким

¹ Циркулювати – здійснювати кругообіг (див.: Ожегов, С. И. Словарь русского языка [Текст] / С. И. Ожегов. – М. : Рус. яз., 1990. – С. 760).

² Див.: Крашенинников, Е. А. О легальных определениях ценных бумаг [Текст] / Е. А. Крашенинников // Правоведение. – 1992. – № 4. – С. 35–39.

³ Гражданское право [Текст] : учебник : в 2 т. / отв. ред. Е. А. Суханов. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : БЕК, 2000. – Т. 1. – С. 317.

чином, цей висновок поширюється не тільки на іменні й ордерні цінні папери, а й на бездокументарну форму їх випуску та обігу.

Положення чинного законодавства про цінні папери чітко розмежовують процедуру випуску цінних паперів у цивільний оборот (емісію) і, власне, їх участь у ньому (оборотоздатність). Зокрема, словосполучення «обіг цінних паперів» використовується для термінологічного позначення їх оборотоздатності, тому певну проблему становить визначення співвідношення термінів «обіг», «оборот» і «цивільний оборот». Термін «обіг» зазвичай застосовується у правовому вжитку для позначення участі в цивільному обороті цінних паперів і грошей (зокрема, грошовий обіг). Стосовно інших видів оборотоздатних матеріальних об'єктів цивільних прав (зокрема, речей і майнових прав), як правило, застосовують категорію «оборот». Разом з тим Є. О. Суханов наголошує на необхідності чіткого правового регулювання відносин, пов'язаних саме з оборотом цінних паперів¹. З огляду на це терміни «обіг» і «оборот» за сферою застосування при позначенні динамічних аспектів участі цінних паперів у цивільному обороті слід розглядати як такі, що мають різну сферу термінологічного застосування. Словосполучення «оборот цінних паперів» підлягає застосуванню для позначення використання цінних паперів у різних сферах цивільного обороту, за винятком тих правовідносин, об'єктами яких вони не можуть бути через їх правову природу. Словосполучення «обіг цінних паперів» має більш вузьке і спеціалізоване термінологічне значення, оскільки передусім визначає особливості функціонування цінних паперів у цивільному обороті саме як об'єкта-інструмента забезпечення передачі посвідчених ними майнових прав. Разом з тим і законодавство, і практика часто ототожнюють за сферою застосування терміни «обіг» і «оборот» цінних паперів, незважаючи на більш широке й універсальне значення останнього з них. Візьмемо, наприклад, документарний цінний папір. Погашений документ не може визнаватися власне цінним папером, а відносини з його приводу не можуть підпорядковуватися положенням цивільного законодавства, які визначають особливості їх обігу. Одночасно погашений документарний цінний папір може бути, наприклад, музейним або колекційним експонатом, а його передача – предметом правочинів, направлених на перехід права власності на нього як на об'єкт культурної спадщини або колекціонування (купівля-продаж, міна, дарування). Виходячи з правового інтересу до нього як

¹ Суханов, Е. А. Вступительная статья [Текст] / Е. А. Суханов // В. А. Белов. Ценные бумаги в российском гражданском праве. – М. : ЮрИнфоР, 1996. – С. 4, 8.

до «фізичної, тілесної субстанції» – раритетність екземпляра, його фізичний стан, поліграфічне виконання, рік емісії, відомості щодо емітента – юридичної особи, що давно вже припинила існування, інші характеристики, – він набуває правового значення звичайної рухомої речі. У цьому випадку він може бути об'єктом цивільного обороту як звичайна рухома річ, але ніяк не власне обігу цінних паперів як окремого і спеціалізованого його сегмента. Таким чином, стосовно цінних паперів, що мають значення об'єкта-інструмента посвідчення майнових прав, можливе рівнозначне використання в необхідному контексті термінів «обіг» і «оборот», оскільки вони мають однакову термінологічну усталеність у правовому вжитку. Перший із зазначених термінів зазвичай посвідчує лише їх циркуляційну, транзитну здатність (наприклад, обіг цінних паперів у Національній депозитарній системі), а другий визначає універсальну здатність бути об'єктами цивільного обороту і відповідних відносин, що становлять його окрему сферу (наприклад, спадкових, сімейних тощо).

Розглянемо категорії «цивільний оборот» та «майновий оборот» у контексті досліджуваних проблем. У цивілістиці немає єдності думок щодо категорії «цивільний оборот», а також визначення охопленої нею сфери і особливостей її термінологічного застосування. Зокрема, С. С. Алексеев вважає, що цивільний оборот охоплює всю сферу дії цивільного права¹, інші правознавці, як правило, виходять із значно вужчого його розуміння. Під цивільним оборотом розуміють також «цивільно-правове вираження економічного обороту, який опосередковується договірними і недоговірними інститутами зобов'язального права. Зміст цивільного обороту визначає перехід майна від однієї особи (організації, громадянина) до другої особи на підставі укладених учасниками цивільного обороту правочинів або інших юридичних фактів»². Відомі пропозиції вважати сферою цивільного обороту всі зобов'язання, які з'являються на основі правомірних дій. Як «сукупність цивільно-правових зобов'язань, що виникають із правомірних дій, направлених на передачу майна, виконання робіт, надання послуг, виплату грошей», визначає цивільний оборот О. О. Красавчиков³. Нарешті, деякі правознавці розглядають цивільний оборот як сукупність

¹ Алексеев, С. С. Право: азбука, теория, философия: Опыт комплексного исследования [Текст] / С. С. Алексеев. – С. 597.

² Див.: Юридический энциклопедический словарь [Текст] / О. Г. Румянцев, В. М. Додонов. – М. : Инфра-М, 1997. – С. 92.

³ Красавчиков, О. А. Советская наука гражданского права (Понятие, предмет, состав и система) [Текст] / О. А. Красавчиков // Уч. тр. Свердл. юрид. ин-та. – Свердловск : Унив. тип., 1961. – Т. 6. – С. 296–297. – (Серия «Гражданское право»).

правочинів. Зокрема Б. Б. Ебзеєв зазначає, що цивільний оборот визначається сукупністю цивільно-правових правочинів, що призводять до обтяження майна новими правами або пов'язані з його переходом від однієї особи до другої, тощо¹. Як сукупність правочинів розглядали торговий оборот (невід'ємною складовою цивільного) Г. Ф. Шершеневич² і П. П. Цитович³. Таким чином, найбільш усталеним у цивілістичній літературі є розгляд цивільного обороту як сукупності або зобов'язань, або правочинів. Ґрунтуючись на запропонованому С. С. Алексєєвим широкому розумінні цивільного обороту, майновий оборот – це структурно визначена окремими змістовно різноманітними сегментами певна всеохоплююча сфера майнових відносин, динамічність якої забезпечується шляхом укладення правочинів або здійснення інших правомірних дій (наприклад, юридичних вчинків).

Правочини, що опосередковують випуск та обіг цінних паперів, забезпечують динамічність розглядуваного окремого сегмента цієї всеохоплюючої сфери. Виходячи із загального визначення правочину (ч. 1 ст. 202 ЦК України), вони можуть бути спрямовані або на набуття, або на зміну, або на припинення цивільних прав та обов'язків. Стосовно цінних паперів можливість укладення правочинів зазначеної спрямованості дещо звужена. В період обігу (циркуляції) цінного папера в цивільному обороті характер і обсяг майнового права, що визначає його зміст, залишається незмінним. Таким чином, робимо висновок про неможливість укладення правочинів, направлених на зміну характеру чи обсягу майнового права, що визначає зміст цінного папера, протягом усього періоду їх циркуляції в цивільному обороті. Правочини в розглядуваній сфері можуть бути спрямовані лише на набуття, зміну або припинення прав і обов'язків у правовідносинах, об'єктом яких є цінні папери. Особливості правочинів, що забезпечують обіг цінних паперів, обумовлені дуалізмом їх правової природи. Усю сукупність правочинів, які опосередковують обіг цінних паперів, враховуючи правову мету їх вчинення, слід поділити на дві групи. Першу з них становлять правочини, які опосередковують передачу права власності на документарні цінні папери або забезпечують їх обіг у Національній депозитарній системі. Правова мета останніх полягає в забезпеченні

¹ Эбзеєв, Б. Б. Гражданский оборот: понятие и юридическая природа [Текст] / Б. Б. Эбзеєв // Государство и право. – 1999. – № 2. – С. 33.

² Шершеневич, Г. Ф. Учебник торгового права [Текст] / Г. Ф. Шершеневич. – Изд. 9-е. – М. : Моск. науч. изд-во, 1949. – С. 24.

³ Цитович, П. П. Очерк основных понятий торгового права [Текст] / П. П. Цитович. – К. : Тип. им. Кушнарева и К°, 1886. – С. 46–83.

оборотоздатності посвідчених цінними паперами майнових прав. Другу групу становлять правочини, правовою метою яких є задоволення тих чи інших інтересів учасників цивільного обороту, які визначаються характером і обсягом цих майнових прав.

Особливості правочинів, що їх вчиняють стосовно цінних паперів, дають підстави розглядати сферу їх обігу як окремих сегмент цивільного обороту. Участь у ньому цінних паперів (їх обіг) характеризується потенційною необмеженістю актів їх переходу (а разом з ними і майнових прав, що є їх змістом) від однієї особи до іншої. Зокрема, В. І. Труба зауважує, що «цінний папір здатний до цивільного обороту, оскільки він є об'єктом майнових цивільно-правових правочинів»¹. Як зазначає Л. Р. Юлдашбаєва, «обіг цінних паперів – це не просто процес укладення правочинів сам по собі, а саме сукупність цих правочинів, які розуміють, відповідно до цивільного законодавства, як дії, направлені на виникнення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків»². Отже, обіг цінних паперів зазвичай опосередковується укладенням і виконанням правочинів, які забезпечують їх участь у цивільному обороті.

Найбільш поширеним у цивільному обороті різновидом правочинів, укладення і виконання яких забезпечує передачу права власності на цінні папери, є договір купівлі-продажу. Попри те, що відомості стосовно цього договору відомі людству не менше чотирьох тисяч років³, специфіка його застосування щодо окремих категорій майнових благ є предметом дискусії. Зокрема, на прикладі договору купівлі-продажу в дореволюційній цивілістичній літературі йдеться про умовність отожднення правочинів, що опосередковують перехід права власності на цінні папери, з актами відчуження речей. В. І. Синайський зазначав із цього приводу: «Якщо триматися чіткого поняття про право як про вираження панування чи влади людини над річчю, то права не повинні бути віднесені до речей. Тому не точно говорити, наприклад, про продаж цінних паперів, бо продаються не самі папери, а цінність, втіленням якої вони є»⁴. Погодившись із цим твердженням, слід сказати про

¹ Труба, В. І. Правове регулювання цінних паперів [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / В. І. Труба. – К., 1999. – С. 6.

² Юлдашбаєва, Л. Р. Правовое регулирование оборота эмиссионных ценных бумаг (акций, облигаций) [Текст] / Л. Р. Юлдашбаєва. – М. : Статут, 1999. – С. 130.

³ Див., наприклад: Гражданское право [Текст] : учебник / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М. : Проспект, 1998. – Ч. 2. – С. 3.

⁴ Синайский, В. И. Русское гражданское право [Текст] : пособие : в 10 т. Т. 10. Ч. 1. / В. И. Синайский. – К. : Тип. А. М. Пономарева, 1912. – С. 66.

деяку застарілість у сучасних умовах висновку Г. Ф. Шершеневича стосовно того, що «продавати і купувати можна лише речі як частини фізичного світу»¹. При визначенні предмета купівлі-продажу положення ЦК України враховують розширення кола матеріальних об'єктів цивільних прав. Предметом цього договору може бути майно (товар), а також майнові права, права вимоги, валютні цінності і цінні папери. При регулюванні відносин, які виникають при відчуженні за цим договором цінних паперів, застосовуються загальні положення про купівлю-продаж, якщо інше не встановлено законом або не впливає із суті відносин сторін (ч. 4 ст. 656 ЦК України).

Звернімося до аналізу специфіки договору купівлі-продажу цінних паперів і проблем, пов'язаних з його укладенням та виконанням.

Однією з таких проблем є визначення моменту, з якого договір вважається укладеним. За загальним правилом договір купівлі-продажу визнається консенсуальним, оскільки він вважається укладеним з моменту досягнення домовленості сторін за всіма його істотними умовами. На думку ряду дослідників, виходячи зі специфіки цінних паперів, «було б невірно обмежувати істотні умови договору купівлі-продажу тільки найменуванням і кількістю товарів»². В. В. Вітрянський на основі аналізу поняття договору купівлі-продажу зауважив, що до його істотних умов повинні бути віднесені умови, які характеризують товар, котрий підлягає передачі покупцю, у тому числі його якість і ціна³.

У деяких випадках укладення договору купівлі-продажу цінних паперів, їх передача і оплата здійснюються одночасно. Це, зокрема, є характерним для укладення і виконання договору купівлі-продажу документарних цінних паперів фізичними або юридичними особами, які не є професійними учасниками фондового ринку. Чи не визначає це його реальний характер? На наш погляд, така можливість не впливає на загальний висновок стосовно консенсуальності досліджуваного договору. Для реального договору передача речі визначає момент його укладення і, як наслідок, приводить до виникнення відповідних прав і обов'язків. Передача і оплата цінних паперів, навіть якщо вони збігаються в часі з моментом укладення договору, навпаки, означають факт його виконання належним чином. Основна правова мета, яку мали на увазі сторони договору, за цих умов є досягнутою. Зобов'язання, що

¹ Шершеневич, Г. Ф. Учебник торгового права [Текст] / Г. Ф. Шершеневич. – изд. 9-е. – М. : Моск. науч. изд-во, 1919. – С. 317.

² Див.: Юлдашбаева, Л. Р. Правовое регулирование оборота эмиссионных ценных бумаг (акций, облигаций) [Текст] / Л. Р. Юлдашбаева. – С. 143.

³ Витрянский, В. В. Существенные условия договора. Комментарий к ГК РФ [Текст] / В. В. Витрянский // Хозяйство и право. – 1998. – № 7. – С. 6.

ґрунтується на досліджуваному договорі, у розглядуваному випадку одночасно (за певної умовності) виникає і припиняється виконанням, проведеним належним чином (ст. 599 ЦК України). Цей загальний висновок підтверджується також аналізом особливостей укладення і виконання договору купівлі-продажу цінних паперів, важливе значення для чинності якого має виокремлення його суттєвих умов. О. І. Сафончик відносить до суттєвих умов договору купівлі-продажу предмет і ціну¹. Слід зазначити, що окремі положення Закону України «Про національну депозитарну систему і особливості електронного обігу цінних паперів в Україні» і низка прийнятих відповідно до них інструкцій, норми яких регламентують порядок функціонування депозитарної системи, використовують термінологічне словосполучення «поставка цінних паперів». У зв'язку з цим постає питання: чи можуть цінні папери мати відношення до предмета договору поставки? З огляду на специфіку зазначеного договору відповідні дії щодо цінних паперів не можуть бути його предметом, який може стосуватися лише передачі товарів і інших видів продукції, що використовуються в підприємницькій діяльності. У цьому випадку йдеться про передачу пакетів цінних паперів масових емісій, а тому зазначене словосполучення має значення законодавчого ідіоматичного виразу.

На купівлю-продаж цінних паперів цілком поширюється дія принципу свободи договору² (п. 3 ст. 3 ЦК України). Його врахування забезпечує учасникам ринку цінних паперів можливість самостійно вирішувати питання участі в договірних відносинах, вибору контрагентів, формування їх змісту тощо. Це може в деяких випадках привести до корекції конструкції купівлі-продажу. Зокрема, деякі біржові правочини можуть мати конструкційні особливості, що визначають їх відмінність від класичного договору купівлі-продажу і його підвидів. У літературі з цього приводу зазначається, що при укладенні біржових правочинів стосовно бездокументарних цінних паперів право власності не переходить, а тому і визнавати такі правочини купівлею-продажем

¹ Цивільний кодекс України: Коментар [Текст] / за заг. ред. Є. О. Харитонова, О. М. Лапітенко. – Х. : Тов. «Одіссей», 2003. – С. 462.

² Питання свободи договору розглядалися у дослідженнях (див.: Беляєва, А. П. Принцип свободи договору в правовому регулюванні зовнішньоекономічного контракту [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / А. П. Беляєва. – Х., 2005; Бублик, В. А. Публично- и частноправовые начала в гражданско-правовом регулировании внешнеэкономической деятельности [Текст] : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / В. А. Бублик. – Екатеринбург, 2000; Дунаев, Р. А. Ограничения экономических прав граждан в Российской Федерации [Текст] : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Р. А. Дунаев. – М., 2001.

немає підстав¹. Особливий характер досліджуваних відносин і посилений контроль за випуском та обігом емісійних цінних паперів дає можливість підпорядковувати дію принципу свободи договору окремим законодавчим обмеженням, застосовуваним у розглядуваній сфері. Зокрема, О. В. Лисихін зазначає, що вони можуть стосуватися суб'єктного складу досліджуваних відносин і забезпечувати задоволення переважного права акціонерів на покупку акцій нових випусків².

Положення актів цивільного законодавства України не містять вимог щодо форми договору купівлі-продажу цінних паперів, отже, до нього застосовуються загальні правила. Однак, якщо зазначені договори укладаються на організованому ринку, письмова форма є для них обов'язковою. Можливість застосування усної форми для договору купівлі-продажу документарних цінних паперів на пред'явника, що укладається на неорганізованому ринку, не виключається, однак це слід визнати винятком, а не загальним правилом. Правило щодо письмової форми іменних цінних паперів обумовлене необхідністю використання договору для легітимації правонабувача при подальшому переведенні на нього посвідчених ними майнових прав. Для договору їх купівлі-продажу бажано встановити законодавчу вимогу його укладення в простій письмовій формі у всіх випадках.

Договір купівлі-продажу цінних паперів має оплатний характер, оскільки зобов'язання з передачі цінних паперів завжди кореспондується зустрічному зобов'язанню зі сплати їх ціни, а тому є взаємозобов'язуючим. Що стосується ціни договору купівлі-продажу, то вона практично завжди визначається у змісті договору, а для ряду правочинів (наприклад, укладених на фондовій біржі) є і його істотною умовою. При її визначенні перш за все підлягають урахуванню змістовно-інструментальні характеристики цінного папера – тобто характер, зміст і обсяг посвідченого ними майнового права. Ураховувати слід «цінність» цінного папера, яка полягає в «можливостях, що впливають з володіння відповідними правами в даних конкретних, тобто індивідуальних умовах»³. Спосіб оплати зазвичай обирається за згодою сторін. На практиці договори купівлі-продажу цінних паперів, як правило, укладаються за умов попередньої оплати (ст. 693 ЦК Укра-

¹ Див.: Правовое регулирование банковской деятельности [Текст] / под ред. Е. А. Суханова. – М. : ЮрИнфоР, 1997. – С. 255–256.

² Лысихин, А. В. Сделки с акциями [Текст] / А. В. Лысихин // Рынок ценных бумаг. – 1999. – № 17. – С. 54–57.

³ Див.: Сергеев, А. П. Объекты гражданских прав [Текст] / А. П. Сергеев // Гражданское право : учебник : в 2 т. / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М. : ТЕИС, 1996. – Т. 1. – С. 204.

їни). Зокрема, такий спосіб часто використовується при укладенні договорів купівлі-продажу корпоративних цінних паперів, питома вага яких на фондовому ринку найвища. Оплата цінних паперів за договором купівлі-продажу повинна здійснюватися відповідно до положень гл. 74 ЦК України.

Умова про строк виконання договору купівлі-продажу не визначена законодавцем як обов'язкова, тому сторони можуть і не враховувати її при формуванні основних положень договору, однак, як правило, цей строк обов'язково визначається. Адже на їх цінність, а іноді і взагалі на можливість визнання об'єктом-інструментом посвідчення майнових прав може вплинути банкрутство емітента, а також інші чинники. До того ж окремі боргові цінні папери (наприклад векселі), строк виконання зобов'язання за якими минув, також можуть втрачати цінність. На фондовій біржі строк або термін передачі цінних паперів за договором у всіх випадках має значення істотної умови. Доцільно підкреслити, що на організованому ринку з урахуванням визначених умовами договору строків передачі цінних паперів біржові правочини поділяють на касові і строкові¹.

Характеристика досліджуваної сфери була б неповною без урахування ролі на ринку цінних паперів його професійних учасників – торговців цінними паперами. Окремі договори, що опосередковують участь інших осіб у цивільних узагалі і досліджуваних відносинах зокрема, розглядали деякі правники². Цікавою є класифікація участі інших (третіх) осіб у зобов'язанні, запропонована М. І. Брагинським

¹ Див.: Семенкова, Е. В. Операции с ценными бумагами. Российская практика [Текст] : учебник / Е. В. Семенкова. – М. : Инфра-М, 1997; Колтынюк, Б. А. Рынок ценных бумаг [Текст] : учебник / Б. А. Колтынюк. – СПб. : Изд-во Михайлова В. А., 2001; Правовое регулирование банковской деятельности [Текст] / под ред. Суханова Е. А. – М. : ЮрИнфоР, 1997. – 440 с.

² Див.: Анненков, К. Система русского гражданского права [Текст] : в 6 т. / К. Анненков. – СПб. : Тип. М. М. Стасюлевича, 1898. – Т. 3; Бутовский, А. Н. Договоры в пользу третьих лиц [Текст] / А. Н. Бутовский // Журн. м-ва юстиции. – 1910. – № 12. – С. 1–33; Казанцев, Л. Учение о представительстве в гражданском праве. Понятие представительства [Текст] / Л. Казанцев. – Ярославль : Тип. Г. В. Фальк, 1878. – Вып. 1; Нерсесов, Н. О. Понятие добровольного представительства в гражданском праве [Текст] / Н. О. Нерсесов // Избр. труды по представительству и ценным бумагам в гражданском праве. – М. : Статут, 2000. – 286 с.; Брагинский, М. И. Договорное право: Общие положения [Текст] / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – М. : Статут, 1998. – С. 290; Сулейменов, М. К. Третьи лица в гражданском праве [Текст] / М. К. Сулейменов // Сов. государство и право. – 1978. – № 3. – С. 123–128; Кузнецова, Л. Г. Гражданско-правовое положение несовершеннолетних [Текст] / Л. Г. Кузнецова, Я. Н. Шевченко. – М. : Юрид. лит., 1968 та ін.

і В. В. Вітрянським¹, але вона підлягає поширенню лише на договірні зобов'язання і є багатоступінчастою (багаторівневою). Перший рівень утворюється за критерієм найменування за участю в зобов'язанні, тому виокремлюються «особи, що виступають від власного імені та від імені сторони в договорі»². Другий рівень визначається особами, що беруть участь у договірних відносинах від власного імені. Серед них виокремлені ті, участь яких становить або, навпаки, не становить основну мету договору (тобто договори на користь третьої особи й інші). Автори виокремлюють ще й третіх осіб на активній і пасивній стороні зобов'язання³.

Виходячи із цих загальнотеоретичних передумов, в укладенні та здійсненні досліджуваних правочинів також можуть брати участь не тільки безпосередні їх учасники – управомочені і зобов'язані особи, що, відповідно, набувають права й беруть на себе обов'язки, але й інші суб'єкти. В одних випадках вони діють на користь третьої особи (наприклад, договір на користь третьої особи – ст. 636 ЦК України), в інших можуть діяти в чужих інтересах, але мають і власну зацікавленість (комісія – ст. 1011, доручення – ст. 1000; комерційне представництво – ст. 243, ч. 2 ст. 1004; управління майном – ст. 1029 ЦК України). Деякі інші суб'єкти можуть і не бути учасниками розглядуваних договірних відносин, але при цьому здійснювати відповідні юридично значущі дії. Це, наприклад, батьки або інші законні представники неповнолітньої особи, а також органи опіки і піклування, що дають згоду або дозвіл відповідно на укладення ним правочину стосовно цінних паперів (ч. 4 ст. 32 ЦК України), адже очевидно, що він виходить за межі дрібних побутових правочинів. Кілька видових конструкцій договорів можуть укладатись лише щодо цінних паперів.

Одним із правочинів, що опосередковує участь цінних паперів у майновому обороті, укладається та здійснюється в межах професійної діяльності торговців цінними паперами і забезпечує механізм емісії (масового випуску у майновий оборот) емісійних цінних паперів, є договір андеррайтингу. Згідно з п. 4 ст. 17 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» андеррайтинг — розміщення (підписка, продаж) цінних паперів торговцем цінними паперами за дорученням, від імені та за рахунок емітента. За своєю правовою природою цей договір підлягає віднесенню до договорів про надання послуг, а за

¹ Брагинский, М. И. Договорное право: Общие положения [Текст] / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – М. : Статут, 1998. – 681 с.

² Там само. – С. 291.

³ Там само.

змістовними характеристиками є спорідненим з договором доручення (ст. 1000 ЦК України). Однак специфіка з точки зору суб'єктного складу, предмета, особливостей прав та обов'язків сторін дозволяє визнати його самостійним різновидом цивільних договорів. Суб'єктами договору андеррайтингу можуть бути лише торговець цінними паперами (андеррайтер) та емітент. Предметом договору є розміщення шляхом підписки або продажу цінних паперів (зазвичай емісійних) як документарної, так і бездокументарної форми випуску та обігу. Мова йде про забезпечення андеррайтером підписки на цінні папери (як правило, це акції АТ) або їх продаж за дорученням, від імені та за рахунок емітента. Специфіка змісту досліджуваного договору визначається перш за все характером зобов'язання андеррайтера, який полягає не тільки в забезпеченні розміщення випуску цінних паперів, але і в можливості прийняття ним на себе інших, специфічних обов'язків. Це, зокрема, зобов'язання щодо гарантування продажу всіх цінних паперів емітента, що підлягають розміщенню, або їх частини (абз. 2 п. 4 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок»). Договором, який може укладатись стосовно цінних паперів, є договір зворотної купівлі-продажу (РЕПО). Він підлягає розгляду як змішаний договір, де поєднані умови іррегулярної (неординарної) позики і договору купівлі-продажу, предметом якого є передача цінних паперів у власність позикодавця з метою забезпечення боргового зобов'язання позичальника перед своїм кредитором. Договори РЕПО, як правило, укладаються на фондовій біржі і мають спекулятивний характер.

Важливу роль у забезпеченні участі цінних паперів у цивільному обороті відіграє договір управління майном. Відповідно до п. 5 ст. 17 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» діяльність з управління цінними паперами провадиться торговцем цінними паперами від свого імені за винагороду протягом визначеного строку на підставі договору про управління переданими йому цінними паперами та грошовими коштами, призначеними для інвестування в цінні папери. За цим договором одна сторона (установник управління) передає другій стороні (управителеві) на певний строк майно (цінні папери або гроші, призначені для інвестування в цінні папери) в управління, а друга сторона зобов'язується за плату здійснювати від свого імені управління цим майном в інтересах установника управління або вказаної ним особи (вигодонабувача). Про специфіку договірних відносин у сфері управління цінними паперами і можливість визнання його

предметом не всіх їх видів ішлося в цивілістичній літературі¹. На це слід зауважити, що ч. 1 ст. 1030 ЦК України визначає цінні папери як предмет договору управління майном, не встановлюючи певних обмежень. Однак найчастіше його предмет становлять цінні папери масових емісій (акції, облігації, депозитні сертифікати, казначейські зобов'язання тощо) незалежно від форми їх випуску та обігу. Цінні папери індивідуальних емісій, особливо з незначними строками обігу (векселі, чеки, коносаменти, просте і подвійне складські свідоцтва) дуже рідко передаються в управління, але така можливість не виключена. Наприклад, беручи до уваги строковість і жорсткі правила опротестування векселів, а також здійснення інших юридично значущих дій стосовно них, вони можуть передаватись в управління особі, знання та досвід якої передбачають можливість його ефективного здійснення. До того ж, хоч вексель є неемісійним цінним папером, одна особа потенційно може випускати десятки або навіть сотні векселів. Для здійснення належного управління цими активами виникає потреба у створенні окремої штатної одиниці чи спеціалізованого підрозділу або передача їх за договором управління майном професійному учаснику фондового ринку – торговцю цінними паперами.

Між договором управління майном і договорами доручення та комісії є як певна подібність, так і відмінності². Слід погодитися з тим, що «насамперед договір довірчого управління майном оформляє здійснення управителем в інтересах власника чи вигодонабувача як юридичних, так і фактичних дій. Тим самим ці відносини чітко розмежовуються з відносинами доручення і комісії, що мають предметом лише здійснення визначених юридичних дій»³. Управитель майном (пакетом цінних паперів масових емісій) завжди виступає в цивільному обороті від власного імені. Звісно, в межах цього дослідження немає можли-

¹ Див.: Анисимова, Т. В. К вопросу о возможности доверительного управления ценными бумагами [Текст] / Т. В. Анисимова // Юрист. – 2001. – № 9. – С. 47–49; Анисимова, Т. В. Доверительное управление на рынке ценных бумаг [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Т. В. Анисимова. – Саратов, 2001.

² Див.: Новиков, А. А. Доверительное управление имуществом в гражданском законодательстве, его становление и развитие [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / А. А. Новиков. – Саратов, 2001; Ефимова, Л. Г. Банковские сделки: Комментарий законодательства и арбитражной практики [Текст] / Л. Г. Ефимова. – М. : Контракт : Инфра-М, 2000. – С. 309; Михеева, Л. Содержание договора доверительного управления имуществом [Текст] / Л. Михеева // Хозяйство и право. – 1999. – № 7. – С. 75–80.

³ Див.: Суханов, Е. А. Договор доверительного управления имуществом [Текст] / Е. А. Суханов // Правовое регулирование банковской деятельности. – М. : ЮрИнфоР, 1997. – С. 87.

вості більш ґрунтовно дослідити структуру договірних відносин, що виникають стосовно цінних паперів. Разом з тим слід зазначити про належність переважної більшості правочинів, які забезпечують участь цінних паперів у майновому обороті, до договорів. Це свідчить про влучність запропонованого в літературі підходу щодо визначення договору в одному з можливих аспектів аналізу його правової природи як універсального юридичного засобу (елементу) механізму правового регулювання¹.

Цінні папери, як і гроші, можуть бути об'єктом правовідносин, що виникають у сфері надання фінансових послуг. Наприклад, ст. 4 Закону України «Про фінансові послуги і державне регулювання ринків фінансових послуг» передбачає можливість здійснення фінансових послуг щодо випуску платіжних документів (векселів і чеків), довірчого управління фінансовими активами (у тому числі й у цінних паперах, номінованих у національній і іноземній валютах) і їх залучення із зобов'язанням наступного їх повернення, кліринг (розрахунки у сфері обороту бездокументарних цінних паперів) та інші фінансові операції.

Цінні папери можуть розглядатись як різновид майна, що є предметом договорів, умови яких передбачають їх застосування для забезпечення виконання зобов'язань. Зокрема, цінні папери можуть бути предметом неустойки (ст. 549 ЦК України), поруки (ст. 553 ЦК України), завдатку (ст. 570 ЦК України) або застави (ст. 572 ЦК України). Вони можуть також бути предметом притримання (ст. 594 ЦК України). На такій можливості використання цінних паперів наголошує М. В. Южанин². Наведені приклади договірного регулювання досліджуваних відносин ілюструють слушність міркувань Н. С. Кузнецової стосовно того, що договір у всіх правових системах є одним з основних елементів правопорядку, який юридично забезпечує дійсність обмінних процесів з метою задоволення потреб суспільства в цілому, окремих його громадян або їх об'єднань³.

Як висновок варто зазначити наступне. Конструкція цінних паперів забезпечує якісно новий рівень оборотоздатності окремих категорій майнових прав. В інструментальному значенні як форма правоуста-

¹ Див.: Сібільов, М. М. Цивільно-правовий договір у механізмі правового регулювання у сфері приватного права [Текст] / М. М. Сібільов // Проблеми законності : республік. міжвід. наук. зб. / відп. ред. В. Я. Тацій. – Х., 2003. – Вип. 58. – С. 53.

² Южанин, Н. В. Удержание как способ обеспечения исполнения обязательств [Текст] : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Н. В. Южанин. – Рязань, 2001. – С. 93.

³ Кузнецова, Н. С. Подрядные договоры в инвестиционной деятельности в строительстве [Текст] / Н. С. Кузнецова. – К. : Наук. думка, 1993. – С. 41.

новлення і об'єкт-інструмент посвідчення майнових прав конструкція цінних паперів забезпечує знеособлення правового зв'язку (на відміну від договірних відносин, у межах яких він чітко персоніфікований) між емітентом-боржником і не тільки першим, але й – що особливо важливо – наступними набувачами майнових прав, посвідчених цінними паперами. Відсутність обов'язку письмово повідомити боржника про кожну заміну кредитора, характерного для договірної передачі прав вимоги (ч. 2 ст. 516 ЦК України), обумовлює підвищену обігоздатність (транзитивність) цінних паперів. Остання забезпечується уречевленням майнових прав у конструкції документарних цінних паперів (що уможливорює їх функціонування в межах речових, абсолютних відносин) або шляхом їх бездокументарної (електронної) формалізації у здійснених зберігачем облікових записах. Такий прийом правового регулювання як нормативно встановлена обігоздатність цінних паперів шляхом застосування договірних механізмів їх передачі або інших аспектів участі в майнових відносинах визначає в кінцевому підсумку їх оборотоздатність як особливої цивілістичної конструкції, а отже і посвідчених ними майнових прав, не характерну для їх можливого первісного установлення в межах договірних (зобов'язальних, персоніфікованих, а тому відносних) відносин.

Переважна більшість правочинів, що забезпечує безпосередню участь цінних паперів у майновому обороті, є договорами. Особливістю цих договорів є певна їх залежність від форми випуску та обігу цінних паперів. Однак ключовою інструментальною характеристикою, що впливає на можливість чи, навпаки, неможливість відповідних видових конструкцій цінних паперів бути об'єктом тих чи інших договірних відносин, є зміст, обсяг, порядок здійснення та інші властивості посвідчених ними майнових прав. Певну роль відіграє також спосіб легітимації управомоченої особи і правова мета, яку мають сторони, здійснюючи правочин, – оплатна чи безоплатна передача прав на цінні папери.

Найбільш поширеним правочином, що забезпечує обігоздатність цінних паперів, є їх купівля-продаж. На цей договір цілком поширюється дія принципу свободи договору (п. 3 ст. 3 ЦК України). Його врахування забезпечує учасникам ринку цінних паперів можливість самостійно вирішувати питання участі в договірних відносинах, вибору контрагентів, формування їх змісту тощо. Це може в деяких випадках привести до корекції конструкції купівлі-продажу. Зокрема, деякі біржові правочини можуть мати конструкційні особливості, ви-

значаючи їх відмінність від класичного договору купівлі-продажу і його підвидів. У літературі з цього приводу зазначається, що при укладенні біржових правочинів стосовно бездокументарних цінних паперів право власності не переходить, а тому і визнавати такі правочини купівлею-продажем немає підстав. Виходячи з особливого характеру досліджуваних відносин і посиленого контролю за випуском та обігом емісійних цінних паперів, дія принципу свободи договору може підпорядковуватись окремим законодавчим обмеженням, застосовуваним у розглядуваній сфері.

Особливістю договорів, які забезпечують участь цінних паперів у цивільному обороті, є певна їх залежність від форми випуску та обігу. Однак ключовою інструментальною характеристикою, що впливає на можливість чи, навпаки, неможливість відповідних видових конструкцій цінних паперів бути об'єктом тих чи інших договірних відносин, є зміст, обсяг, порядок здійснення та інші властивості посвідчених ними майнових прав. Певну роль відіграє також спосіб легітимації управомоченої особи і правова мета, яку мають сторони, здійснюючи правочин, – оплатна чи безоплатна передача прав на цінні папери. Основним різновидом правочинів, що забезпечують саморегулювання відносин, які виникають у процесі участі цінних паперів (як об'єктів цивільних прав) у цивільному обороті, є договори, спрямовані на передачу права власності на цінні папери. Правочинами, предметом яких є передача цінних паперів у власність, постають договори купівлі-продажу (ст. 655 ЦК України), міни (ст. 715 ЦК України), дарування (ст. 717 ЦК України), пожертви (ст. 729 ЦК України), ренти (ст. 731 ЦК України), довічного утримання (догляду) (ст. 744 ЦК України) тощо. Зазначене ілюструє широту й універсальність застосування договірних конструкцій як правового засобу забезпечення участі цінних паперів у цивільному обороті.

З урахуванням характеру та змістовних характеристик цінних паперів вони можуть розглядатись як різновид майна, що використовується для забезпечення виконання зобов'язань. Зокрема, цінні папери можуть бути предметом неустойки (ст. 549 ЦК України), поруки (ст. 553 ЦК України), завдатку (ст. 570 ЦК України) або застави (ст. 572 ЦК України). Закон України «Про заставу» визначає заставу цінних паперів як самостійний різновид застав. У значенні різновиду майна цінні папери можуть також бути предметом притримання (ст. 594 ЦК України).

Певну роль у забезпеченні участі цінних паперів у майновому обороті відіграють односторонні правочини, наприклад заповіт, прийнят-

тя спадщини і відмова від неї тощо. Односторонніми актами саморегулювання, за рахунок яких забезпечується конкретизація порядку правового регулювання розглядуваних відносин самими їх учасниками, є деякі правочини, що можуть укладатись у сфері спадкування. Це, наприклад, заповіт (ст. 1233 ЦК України), прийняття або відмова від прийняття спадщини, яку можуть становити і цінні папери (ст. 1268 ЦК України). Крім того, передача цінних паперів у власність відказоодержувача може бути предметом заповідального відказу (ст. 1238 ЦК України). У сфері забезпечення саморегулювання відносин представництва, яке полягає у вчиненні правочинів, предметом яких є юридично значущі дії стосовно цінних паперів, може застосовуватись довіреність (статті 244, 246 ЦК України). Ураховуючи можливість укладення правочинів стосовно цінних паперів у межах здійснення підприємницької діяльності, довіреністю (а також і договором) можуть визначатись повноваження комерційного представника – особи, яка є професійним учасником фондового ринку.

У механізмі передачі права цінні папери постають як базова конструкція, видові варіації якої покликані забезпечувати кілька альтернативних варіантів передачі прав на іменні та ордерні (документарні) цінні папери за допомогою передавального напису (індосаменту), що має значення одностороннього правочину. Однак суб'єктом його вчинення є не емітент, а перший та наступні набувачі прав на цінні папери. Документарний цінний папір набуває в цьому разі значення об'єкта-інструмента, що є носієм правової інформації стосовно цілої низки правочинів з передачі посвідчених цінними паперами майнових прав. Наприклад, на звороті векселя, що був переданий п'ять (десять тощо) разів, буде здійснена така ж кількість індосаментів. Ураховуючи, що кожний індосамент, як і інший правочин, має не тільки певний зміст, що полягає у здійсненні юридично значущих дій, але і правову форму, кожен із п'яти (десяти) написів на звороті матиме правове значення особливої письмової форми правочину. Отже, з одного боку, індосований документарний цінний папір постає як об'єкт-інструмент, що забезпечує незмінність односторонньої волі емітента на потенційне набуття посвідчених ним майнових прав будь-яким законним правонабувачем протягом усього часу його участі в цивільному обороті. З другого боку, він дає змогу одночасно зафіксувати на його звороті в письмовій формі і всім зацікавленим особам відслідковувати надалі всі наступні односторонні акти передачі посвідчених цінним папером майнових прав і першого, і наступних правонабувачів.

Оборотоздатність цінних паперів у поєднанні з деякими особливостями забезпечення їх участі в цивільному обороті (наприклад, шляхом вчинення індосаменту) обумовлена їх інструментальною специфікою. Вчинення індосаменту на звороті ордерних та іменних документарних цінних паперів дозволяє один паперовий носій правової інформації (документ) використати для позначення наявності кількох юридичних фактів. Жодна інша цивілістична конструкція не дозволяє в одному документі, що є формою існування майнових прав, лаконічно викласти правову інформацію стосовно всіх наявних юридично вагомих дій, які мали місце стосовно цінного папера в ході його участі в майновому обороті. Вивчення вчинених на звороті документа індосаментів дозволяє визначити, скільки разів цінний папір передавався іншим правоволодільцям, чи перебував під заставою, надавалось чи ні іншим особам право здійснення посвідчених ним майнових прав за передоручувальним індосаментом тощо. Можливість отримання такої інформації дозволяє кожному правоволодільцю впевнитись у легітимності, а іноді і здійсненності посвідчених цінними паперами майнових прав, що є додатковою гарантією забезпечення всебічного захисту їх прав та інтересів.

Глава 3

Договори між акціонерами

В останні роки стало популярним укладати між акціонерами або між акціонерами і тими особами, які мають намір придбати пакет акцій, договори¹, завдяки чому вони намагаються розв'язувати різні проблеми, насамперед у сфері корпоративного управління. Практика укладення таких договорів запозичена з іноземного правозастосування, насамперед від англосаксонської правової сім'ї, де вони значно поширені. Відомі акціонерні договори й близькому до українського права німецькому праву, за яким допускається домовленість акціонерів про голосування на загальних зборах шляхом укладення договору (stimmbindungsvereinbarung).

Безумовно, що це викликає багато питань стосовно можливості (допустимості) таких договорів в Україні, їх правової природи, та й узагалі щодо причин їх появи в корпоративній сфері, адже без потреби нічого не з'являється.

Цим питанням приділяється замало уваги. Подібної проблематики з науковців торкнулись професор О. М. Вінник² та практикуючі юристи³, хоча лише в постановочному аспекті. Втім, ця проблематика обговорювалася у 2011 р. на щорічній конференції в Івано-Франківську. Автор цієї глави також порушував питання про корпоративні правочини взагалі та договори між акціонерами зокрема⁴, але їх наукового обговорення серед широкого загалу науковців так і не склалося. Тому є необхідність ще раз зосередитись на проблемі укладення договорів між акціонерами, щоб викликати інтерес у правників та запровадити наукову дискусію з цього приводу.

Отже, метою цієї глави є намагання осмислити феномен акціонерних договорів, ураховуючи той факт, що вони вже набули поширення на практиці, і договірні правовідносини між акціонерами все більше набирають обертів. Проте, цей процес сам по собі не може свідчити про те, що все

¹ Далі – акціонерні договори.

² Вінник, О. М. Корпоративно-управлінські технології, що ґрунтуються на акціонерних угодах: постановлення питання та визначення кола проблем [Текст] / О. М. Вінник // Вісн. Нац. акад. України ім. Ярослава Мудрого. – 2010. – № 1. – С. 134–150; Вона ж. Акціонерні угоди [Текст] / О. М. Вінник // Укр. право. – 2010. – № 5. – С. 20–28.

³ Див.: Ласка, І. Застосування угод акціонерів (shareholders' agreements) в Україні [Електронний ресурс] / І. Ласка. – Режим доступу: <http://www.legalweekly.com.ua/article/?uid=904>.

⁴ Див.: Спасибо-Фатєєва, І. Акціонерні угоди [Текст] / І. Спасибо-Фатєєва // Право України. – 2009. – № 12. – С. 182–190; Вона ж. Корпоративні правочини: постановка проблеми [Текст] / І. Спасибо-Фатєєва // Юрид. газ. – 2009.

пропоноване практикою слід підтримувати і розміщати в законодавчому полі. Необхідно проаналізувати і зважити всі аспекти акціонерних договорів для того, щоб мати яскраве уявлення про їх допустимість у корпоративних відносинах або про межі їх допустимості. Насамперед зробимо спробу з'ясувати те, чим викликана поява акціонерних договорів, адже завжди має бути потреба в тому, що напрацьовує практика.

До укладення акціонерних договорів примушує передусім імперативність акціонерного (або корпоративного) законодавства, побудованого на досить жорстких схемах та підходах, що часто виключають різні варіанти поведження суб'єктів, за незначними в загальному обсязі норм винятками. Корпоративне законодавство України містить більшість імперативних норм, віддаючи перевагу заборонам і приписам перед дозволами та можливістю встановлювати гнучкі механізми регулювання самими акціонерами. Ті диспозитивні норми, які дозволяють по-іншому врегулювати відносини між акціонерами та акціонерним товариством (далі – АТ), стосуються другорядних і незначних за вагомістю питань. Укладення акціонерних договорів переконливо свідчить, що акціонерів такий стан законодавства та ступінь свободи не влаштовує, і вони зацікавлені в його пом'якшенні.

Отже, слід констатувати, що практика пішла шляхом укладення акціонерних договорів, викликаним, безсумнівно, імперативністю нашого законодавства. Але слід виявити й ті потреби, які до цього спонукали акціонерів, адже без потреб про такі договори напевно не згадувалося б у Законі України «Про акціонерні товариства» (далі – Закон про АТ). Потреби в акціонерних договорах вбачається як у позитивному, так і в негативному ракурсі.

До першої категорії відносяться потреби в акціонерних договорах при здійсненні інвестування в АТ шляхом придбання його акцій. Зрозуміло, що інвестор готовий вкласти певні кошти, напевно знаючи про можливість свого доступу до корпоративного управління – обрання в члени правління або наглядової ради, бо жодному інвестору не байдуже те, яким чином використовуються його кошти, і він прагне брати участь в управлінні процесами, покликаними організувати таке використання. У дійсності ж часто буває не так: особа при придбанні незначного пакета акцій не набуває реального права участі в корпоративному управлінні, бо цьому заважає той розклад сил, який склався в АТ. Тому вкладення коштів в акції буде безглуздом, якщо інвестора переконують у тому, що йому гарантується обрання до контрольного або виконавчого органу АТ.

Якщо кошти вкладаються для здійснення ризикової інноваційної діяльності, у тому числі у венчурні компанії, які впроваджують інноваційний продукт у більш-менш серійне або масштабне виробництво, то часто придбається невеликий пакет акцій та/або на певний період часу – до ясності стосовно питання про те, чи вдалося просування інноваційного продукту на ринок. Інвестори хоч і стають акціонерами, але їх пакет акцій не може претендувати на доступ до корпоративного управління, хоча вони бажають його мати.

Не виключаються ситуації, коли акціонери не продають акції, але і не беруть участі в управлінні АТ, насамперед у загальних зборах, що заважає прийняттю рішень останніми. У цих випадках нині практикується видача дрібними акціонерами довіреностей, рідше – укладення договору управління акціями. Утім на допомогу приходять й укладення таких акціонерних договорів, які вирішували б подібні проблеми.

Акціонери мають потребу в домовленості між собою з метою об'єднати голоси аби реалізувати управлінські рішення, забезпечити склад органів управління. Часто постає необхідність у такій домовленості у процесі злиття АТ з іншим АТ (або приєднання), що супроводжується багатьма проблемами, практично не вирішеними в законодавстві. Вони стосуються також розподілу «корпоративної влади» у знов створюваному АТ (або в разі приєднання до нього іншого АТ – прийняття до складу органів кандидатур від акціонерів, які набули пакети акцій).

Поряд із такими об'єктивно необхідними потребами у врегулюванні наведених вище питань за згодою між акціонерами попит на акціонерні договори обумовлений і зовсім протилежними цілями – насильницьким захопленням корпоративної влади, яке часто здійснюється за зловживанням домовленістю про це, що йменується рейдерством. Тоді за цими договорами приховується гола правова технологія, спрямована на захоплення АТ.

Унаслідок цих протилежних тенденцій ставлення до акціонерних договорів явно не однозначне. Тим більше, що не можна й докоряти основному чиннику, який породив потребу в акціонерних договорах, – імперативності корпоративного законодавства, звинувачуючи його в негнучкості і провокуванні домовленостей в обхід приписів закону. Справа в тому, що імперативність властива корпоративному праву через чисельність складу акціонерів. Вона надає зручні способи для регулювання відносин з таким суб'єктним складом.

Як видно, нюансів більше ніж достатньо для сприйняття акціонерних договорів такими, що «укладаються в обхід закону» (проф. Є. О. Суханов),

що «погано пахнуть» (проф. В. В. Вітрянський). Тому найперша думка, яка з'являється у теоретиків – це пропозиція змінити акціонерне законодавство, зробивши його більшою мірою диспозитивним. Проте практики усвідомлюють труднощі, пов'язані з процесом внесення змін до закону, особливо тих, які стосуються концептуального підходу.

Договори між акціонерами ЦК України не передбачені, але їх укладення допускається ч. 1 ст. 29 Закону про АТ, згідно з якою така можливість пов'язується з фіксацією цього права акціонерів у статуті АТ. І хоча з 2008 р. (з набранням чинності названого Закону) укладення договорів між акціонерами легалізувалося, залишається відкритим питання про те, чи така можливість у акціонерів виникла саме з цього моменту, чи вона й раніше існувала унаслідок принципу свободи договору (ст. 6 ЦК України), згідно з яким особи можуть укладати договір, не передбачений актами цивільного законодавства, але такий, що відповідає загальним засадам цивільного законодавства. Це не ретроспектива, адже відповідь на поставлене питання ілюструє принципове становище сучасного українського права та дієвість його принципів, що важливе як констатація та як орієнтир для майбутнього.

З цього приводу варто зауважити, що акціонерні договори до набрання чинності Законом про АТ сприймалися сумнівними, а Вищий господарський суд України (далі – ВГСУ) у 2007 р. висловився з цього приводу категорично й однозначно – у разі укладення договорів між акціонерами з питань, які віднесено до врегулювання законом або статутом товариства (зокрема, про встановлення обов'язку всіх акціонерів брати участь і голосувати на загальних зборах; особливого порядку голосування або обов'язку одного чи декількох акціонерів голосувати певним чином тощо; особливого порядку прийняття рішення та голосування в інших органах товариства (правлінні, наглядовій раді)), ці договори можуть бути визнані судом недійсними. Якщо ж у договорах, стороною яких є акціонер – іноземна особа, міститься домовленість про підпорядкування відносин між акціонерами, а також між акціонерами й акціонерним товариством з приводу діяльності товариства, іноземному праву, цей правочин є нікчемним¹.

Така позиція вважається цілком справедливою, адже вона жодним чином не нехтує принципом свободи договору, оскільки, висловлю-

¹ Див.: Про практику застосування законодавства у розгляді справ, що виникають з корпоративних відносин (пп. 6.1–6.4) [Текст] : Рекомендації президії Вищого господарського суду України від 28.12.2007 р. № 04-5/14 // Вісн. госп. судочинства. – 2008. – № 1.

ючись таким чином, ВГСУ встановив орієнтири регулювання відносин в АТ, якими є закон та статут АТ, де містяться норми про права та обов'язки акціонерів і приписи про порядок їх реалізації, які не можуть змінюватися за домовленістю між акціонерами. Тобто імперативність норм закону та статуту не піддається зміні акціонерними договорами, і в цьому позиція ВГСУ є бездоганною. Не викликає нарікань і оцінка домовленості між акціонерами про підпорядкування їх відносин, а також відносин між акціонерами й АТ з приводу діяльності товариства, іноземному праву як нікчемного правочину, оскільки для цього є всі підстави. Українські акціонери вдавалися до певних хитрощів, аби зменшити тиск імперативу українського корпоративного законодавства, вводячи до складу акціонерів офшорну компанію або квазііноземну юридичну особу (які часто створювалися штучно саме для цієї мети), завдяки чому з'являлася підстава для посилення на іноземне законодавство для регулювання договірних відносин між акціонерами.

З появою в Законі про АТ норми про можливість укладення договорів між акціонерами відпала й потреба передбачати в них застереження про використання іноземного законодавства для регулювання відносин, що склалися на підставі цих договорів. Немає сенсу й надавати зараз оцінку цим обставинам, однак залишається потреба у з'ясуванні співвідношення регулювання відносин в АТ законом, статутом та договорами між акціонерами.

З цього приводу слід виходити, по-перше, з аналізу відносин, які піддаються регулюванню, по-друге, з імперативності чи диспозитивності норм права, якими регулюються ці відносини.

Що стосується відносин, то перше, що потребує уваги, це їх суб'єктний склад. Зрозуміло, що договори між акціонерами здатні породити відносини саме між цими суб'єктами. Напевно це будуть договірні відносини. Сторонами ж корпоративних відносин є АТ та акціонер, і тому в АТ складається надзвичайно велика кількість корпоративних відносин, якщо кількісний склад акціонерів великий. Тобто на відміну від договірних відносин, у яких опиняються всі акціонери, що уклали договір (причому вони перебувають у відносинах між собою), у корпоративних відносинах бере участь кожен акціонер з АТ.

Другий аспект відносин, який варто враховувати, це їх об'єкт, тобто те, з приводу чого вони складаються. Об'єктом договірних правовідносин акціонерних договорів є права, які надаються акціонеру акцією, а це можуть бути як «права на акцію», так і «права з акції». Об'єктом корпоративних правовідносин є лише «права з ак-

ції», адже саме ці права реалізуються в таких правовідносинах, як то слідує зі ст. 167 ГК України, де міститься визначення корпоративних прав та правовідносин.

Нарешті третім акцентом, який слід зробити при порівнянні договірних правовідносин між акціонерами та корпоративних відносин, є їх зміст. Права та обов'язки учасників корпоративних правовідносин визначаються законом та статутом АТ, а також внутрішніми нормативними (внутрішньокорпоративними) актами, тоді як зміст відносин між акціонерами визначається договором. При цьому важливо прослідкувати межі дії принципу свободи договору, який укладається акціонерами та визначає зміст правовідносин між ними. Виходячи зі ст. 6 ЦК України сторони не лише можуть укласти будь-який договір, аби лише він не суперечив актам цивільного законодавства, а й урегулювати в договорі свої відносини, не врегульовані актами цивільного законодавства, або навіть відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд, якщо тільки в цих актах прямо не вказано на недопустимість цього або з їх змісту чи суті відносин між сторонами не слідує таке.

Ураховуючи ці основні положення, застосуємо їх до відносин між акціонерами. Головним при цьому є те, що в актах цивільного законодавства¹ врегульовані відносини між АТ та акціонером, тобто корпоративні відносини. Відносини ж між акціонерами залишилися фактично за межами законодавчого регулювання, крім норми ч. 1 ст. 29 Закону про АТ, якою допускається укладання акціонерами договорів, якими на акціонерів покладаються додаткові обов'язки, у тому числі обов'язок участі в загальних зборах і відповідальності за його недотримання.

Ознайомлення з цією нормою, крім того, що вона містить дозвіл на укладення договорів між акціонерами, доводить, що законодавець орієнтує їх на врегулювання в договорі додаткових обов'язків та наслідків їх недотримання і нічого не вказує на можливість урегулювання в договорі порядку реалізації акціонерами своїх прав або встановлення інших прав, ніж передбачених законом. Отже, постають питання про те, чи можливо зазначене піддавати договірному регулюванню. Стаття 6 ЦК України дозволяє позитивно на нього відповісти, якщо вести мову про порядок реалізації акціонерами своїх прав. Водночас

¹ Хоча навряд чи можна однозначно стверджувати, що Закон про АТ є актом цивільного законодавства, бо, як і більшість інших законів, він є комплексним законодавчим актом.

неможливо в договорі між акціонерами передбачити інші права, які мали б акціонери – сторони договору на відміну від інших акціонерів цього АТ, оскільки цим порушувався б основний принцип корпоративного права про рівність акціонерів, тобто рівність прав, які надаються їм акціями (ч. 1 ст. 25 Закону України про АТ).

Таким чином, відповідно до ст. 6 ЦК України та ч. 1 ст. 29 Закону про АТ акціонери можуть укладати договори, у яких регулюються обов'язки акціонерів та порядок реалізації тих прав, які надаються їм акціями. Останнє має бути узгоджене з диспозитивністю норм законів, що дозволило б акціонерам урегулювати відносини щодо реалізації своїх прав, якщо вони законом не врегульовані, або по-іншому їх урегулювати, якщо не влаштовує законне регулювання.

Проте слід урахувувати, що не всі корпоративні норми сформульовані як імперативні, тобто як такі, що не допускають інших варіантів, адже серед них є такі:

– у яких просто не вказується на таку можливість (стосовно іншого поводження);

– що не виключають дозволу діяти інакше (як правило, останнє міститься в статуті або внутрішніх документах АТ);

– сутність яких полягає у встановленні прямої заборони діяти інакше, ніж передбачено в цій нормі.

Важливо усвідомлювати, що в цій схемі ми маємо вже не дволанкову структуру регулювання, як то має місце в договірних відносинах («закон – договір»), а триланкову («закон – статут та/або внутрішньокорпоративні акти – договір»), та не один, а два види відносин (корпоративні та договірні). Це істотно ускладнює структуру відносин і примушує замислитись над тим, як вони уживаються одне з одним. Тим більше, що внаслідок цього складається паралельне регулювання відносин в АТ – нормативно-правовими актами (законом, статутом та внутрішньокорпоративними актами, у тому числі рішеннями органів АТ) та договором між акціонерами товариства. Отже, при загальній допустимості укладення акціонерних договорів слід висловити й застереження щодо співвідношення корпоративного й договірного права, сфери яких у цьому разі накладаються.

Юридична природа акціонерних договорів. Ще одним важливим питанням, на яке слід дати відповідь, є юридична природа акціонерних договорів, адже від цього залежить не лише їх правова кваліфікація, а й порядок захисту сторін у разі порушення договору і відповідальність за таке порушення. Ці питання безпосередньо торкаються й того,

як стикуються акціонерні договори з корпоративними правами, «правами на акції» і «правами з акцій», яка природа обмежень прав акціонерів і наскільки вони допустимі.

Передбачаються такі варіанти юридичної природи акціонерних договорів:

- а) зобов'язальна (тобто це звичайний договір);
- б) як організаційного договору (оскільки в ньому не йдеться про майнові блага);
- в) як квазіпартнерства, яке вони становлять за англійським правом;
- г) як договору підпорядкування, що пояснюється таким: особа, яка не має потрібного пакета акцій, набуває права впливати на рішення загальних зборів і підпорядковує собі управління в АТ завдяки укладеному між акціонерами договору. Адже за загальним підходом треба було б купити акції, що надало б можливість брати участь у вирішенні питань порядку денного відповідною кількістю голосів. Якщо ж акції акціонери не продають (чи в особи немає бажання купити акції, але є можливість іншим, менш витратним способом досягти впливу на корпоративне управління), то виникає додаткова конкуренція між корпоративними та договірними механізмами набуття особою (акціонером) права на управління в належному обсязі.

Наведені вище бачення природи акціонерних договорів не претендують на чітку класифікацію, а лише демонструють різноманітність поглядів на їх сутність. Видається, що акціонерні договори мають певну особливість порівняно із цивільним договором, який зазвичай покликаний урегулювати майнові відносини (відносини з приводу тих чи інших майнових благ, під якими розуміють не лише речі, а й послуги або результати робіт). Акціонерні ж договори не мають на меті регулювання такого роду відносин, а спрямовані на встановлення механізмів здійснення акціонерами своїх прав, які надаються їм акціями («прав з акції»), – участі в корпоративному управлінні. Втім задля забезпечення дієвості домовленості між собою та ефективності передбачуваних договором правових механізмів у ньому можуть піддаватися регулюванню й певні «права на акції», як правило, у вигляді заборон відчуження або, навпаки, приписів щодо відчуження акцій. У цьому разі немайна природа договору вже не буде мати місця в чистому вигляді, а спосіб забезпечення його виконання носитиме майновий характер. Можливість же встановлення цих способів забезпечення допускається ч. 2 ст. 546 ЦК України.

Стосовно розцінення договору між акціонерами як договору квазі-партнерства вважаємо, що негативів з цього виходить значно більше, ніж користі, оскільки тим самим щільне зближення корпоративних та договірних відносин може привести до їх змішання й появи паралельних структур у корпоративному управлінні: одних – передбачуваних законом та статутом, інших – договором. Так само можна й оцінити акціонерний договір як договір підпорядкування. Крім того, що цей термін не використовується в цивілістиці й певною мірою суперечить сутності договору взагалі, яка не припускає підпорядкування, оскільки сторони договору в будь-якому разі є рівними, навіть якщо покладають на себе обов'язки, виконання яких може вимагати кожна сторона, він не виражає й дійсних правових відносин. Адже справа не в тому, що акціонер через акціонерний договір підпорядковує собі корпоративне управління, цього й зробити так просто не можна, а в тому, що особа придбає пакет акцій, який не надавав би їй належного доступу до корпоративного управління, але завдяки домовленості між акціонерами вона як акціонер такий доступ отримує і цим задовольняє свій інтерес.

Водночас унаслідок цього не відбувається й порушення корпоративних принципів, серед яких немає тих, які б жорстко пов'язували формування органів АТ з наявністю в акціонерів певної кількості акцій. Ситуація трохи інша: від пакета акцій, безумовно, залежить реалізація права на обрання кандидата в члени органу управління АТ, і, як правило, збільшення розміру пакета акцій саме і має на меті забезпечення доступу до безперешкодного потрапляння до цих органів. Проте поводження значного акціонера буває й іншим – він може погодитися з обранням і кандидатури, пропонованої акціонером, чий пакет акцій не дозволяє впевнено її провести до органу управління. Саме про це й досягається домовленість в договорі між акціонерами.

Отже, договір між акціонерами є непоіменованим договором, який укладається остільки, оскільки це дозволяється загальними засадами цивільного законодавства та ст. 29 Закону про АТ. Це договір комплексний, адже він не носить майнового характеру, а становить різновид організаційного договору, але способом забезпечення його виконання може передбачатися обов'язок акціонера продати акції або навпаки, заборона їх відчуження протягом певного строку.

Наступним питанням, якого не можна не торкнутися, є зміст акціонерного договору, тобто кола тих прав та обов'язків акціонерів, які ним встановлюються. Їх можна поділити на три групи: 1) ті, що сто-

суються участі в управлінні АТ; 2) порядок відчуження /придбання акцій; 3) розв'язання спірних ситуацій або конфліктів.

Детальніше можна вказати на таку домовленість між акціонерами: 1) здійснення погоджених та інших дій, пов'язаних з управлінням (як правило, ці домовленості стосуються голосування певним чином або погодження варіантів голосування з іншими особами; формування виконавчого органу АТ та наглядової ради, а також порядку реалізації акціонерами права на скликання позачергових зборів, формування порядку денного тощо), реорганізацією і ліквідацією АТ; 2) видання певним акціонерам довіреності на участь у загальних зборах; 3) набуття або відчуження акції за заздалегідь визначеною ціною і у разі настання певних обставин (у т. ч. як санкція за порушення домовленості про голосування), а також утримання від відчуження акцій до настання певних обставин; 4) про розподіл прибутку, зокрема про дивіденди, їх розмір; 5) про інвестування та ін.

Стосовно домовленості акціонерів щодо порядку формування наглядової ради та виконавчого органу, то це стосується, як правило, кількості кандидатів у ці органи, що пропонуються кожним з акціонерів, які укладають договір, або в певній конфігурації. Наприклад, три значних акціонера та десять дрібних домовляються про склад наглядової ради із 7 членів, три з яких пропонуватимуться акціонером, який має 40 % акцій, по одному – акціонерами, які мають по 20 % акцій, і два – дрібними акціонерами, які в сукупності мають 20 % акцій.

Ураховуючи, що члени наглядової ради обираються кумулятивним голосуванням, міноритарії зацікавлені домовитися про своїх кандидатів. У свою чергу це пов'язано і з формуванням виконавчого органу та його голови, які обираються наглядовою радою. Адже від того, чи буде обрана до неї особа, пропонована міноритаріями, безпосередньо залежить їх можливість впливати на повсякденне управління АТ, здійснюване його виконавчим органом.

Крім формування органів АТ, акціонери мають право домовлятися про спільні дії задля здійснення своїх прав, якщо це можливо лише в разі вираження волі певною сукупністю акціонерів. Так, пропозиції акціонерів (акціонера), які сукупно є власниками 5 або більше відсотків простих акцій, підлягають обов'язковому включенню до порядку денного загальних зборів (ч. 4 ст. 38 Закону про АТ). Акціонери (акціонер), які на дату складення переліку акціонерів, що мають право на участь у загальних зборах АТ, сукупно є власниками 10 і більше відсотків простих акцій, можуть призначати своїх представників для нагляду за

реєстрацією акціонерів, проведенням загальних зборів, голосуванням та підбиттям його підсумків (ч. 4 ст. 49 зазначеного Закону). На вимогу акціонерів (акціонера), які сукупно є власниками 10 і більше відсотків простих акцій товариства, скликаються позачергові загальні збори (п. 4 ч. 1 ст. 47 Закону про АТ).

Можна наводити ще приклади тих норм, які свідчать про необхідність досягнення акціонерами домовленості про спільні дії, необхідної для реалізації прав, які надаються законом лише за умов наявності в акціонерів певної сукупності акцій. Тому про всі ці та інші дії вони мають домовлятися в договорі. Може також досягатися домовленість між акціонерами про додаткові обов'язки щодо фінансування АТ.

Зазначені вище домовленості між акціонерами не містять перешкод для включення до договору між акціонерами, чого не можна однозначно сказати про обов'язок акціонера брати участь у загальних зборах, адже виходить, що право акціонера (на участь в управлінні), надане йому законом, тим самим перетворюється на його обов'язок.

Щодо набуття або відчуження акцій (або утримання від цього) з визначенням їх ціни та обставин, настання яких це обумовлює, то домовленість між акціонерами з цього приводу впливає на порядок реалізації особою своїх прав як власника певного об'єкта – акції. Такі домовленості не можна вважати як обмеження акціонера як власника, оскільки про допустимість обмежень ідеться в ст. 319 ЦК України у контексті зовнішнього впливу на волю власника, що можливе лише за певних умов та в певних випадках, установлених законом. Якщо ж власник за своєю волею вступає до зобов'язань, наслідком чого стають ті чи інші обмеження, то це відповідає загальним засадам здійснення його права (ст. 316, ч. 1 ст. 319 ЦК України).

Стаття 27 Закону про АТ регулює порядок реалізації акціонерами переважного права на придбання акцій. І хоча ця стаття не справляє враження диспозитивної, а її зміст свідчить про намагання законодавця встановити універсальний механізм здійснення переважного права, заборон щодо регулювання цих питань у договорі вона не містить, що на підставі ст. 6 ЦК України дозволяє це зробити в акціонерному договорі, якщо буде потреба. Зокрема, у ній доцільно врегулювати порядок подання заяв про використання або відмову від використання переважного права; установити порядок перерозподілу акцій у випадку наступної відмови акціонера від придбання акцій, які він раніше забажав придбати; створення депозитного фонду для виплат вартості акцій на такий випадок; передбачити умови та механізми пропорційного викупу АТ

акцій в акціонерів (ст. 66 Закону про АТ); порядок реалізації прав акціонерів продати свої акції інвестору, який придбав контрольний пакет акцій, у порядку, передбаченому ст. 65 Закону про АТ, та ін.

В акціонерних договорах іноземних країн поширені такі положення про відчуження акцій¹.

1. Право спільного продажу акцій (*tag_along rights*), яким передбачається, що в разі, коли мажоритарний акціонер захоче продати всі або частку своїх акцій третій особі, це він може зробити лише разом з іншими акціонерами, яких вони про це повідомлять і висловлять намір також продати свої акції. І право мажоритарного акціонера вимагати спільного продажу акцій (*drag_along rights*) від інших акціонерів у разі, якщо він прийме таке рішення. Тобто якщо *tag_along rights* встановлюється в інтересах дрібних акціонерів, які тим самим набувають можливість узяти участь у правочині з відчуження акцій мажоритарним акціонером і на тих самих умовах, як і в нього (право вигідного продажу акцій), то *drag_along rights* – це положення, встановлене в інтересах мажоритарного акціонера та інвестора, який має намір придбати значний пакет акцій².

2. Lock-up provision, яким встановлюється заборона на відчуження акцій на певний строк, що викликане, як правило, певною необхідністю зафіксувати становище з розподілом акцій, наприклад, при виході АТ на IPO, коли таке обмеження встановлюється для його основних акціонерів.

3. Right of first refusal (право першої відмови від покупки), дозволяючи особі, якій це право надається за акціонерним договором, право переважної купівлі акцій акціонера, який хоче їх продати.

4. Put option (опціон продавця) – право акціонера вимагати від інших акціонерів викупу його акцій у майбутньому на заздалегідь обумовлених умовах за заздалегідь обумовленою ціною.

5. Call option (опціон покупця) – право акціонера вимагати від інших акціонерів продажу йому своїх акцій у майбутньому на заздалегідь обумовлених умовах і за заздалегідь обумовленою ціною.

¹ Див.: Жаворонков, А. Договір между акціонерами [Текст] / А. Жаворонков // Корпоративний юрист. – 2005. – № 2. – С. 22–24; Ласка, І. Застосування угод акціонерів (shareholders' agreements) в Україні [Електронний ресурс] / І. Ласка. – Режим доступу: <http://www.legalweekly.com.ua/article/?uid=904>.

² Як і взагалі все, що міститься в акціонерному договорі і стосується встановлення додаткових обов'язків акціонерів або реалізації їх прав, може вважатись як порушення прав акціонерів, оскільки таке поведіння ґрунтується лише на загальнодозвільній нормі ст. 6 ЦК України та вельми розпливчастій ст. 29 Закону про АТ.

Нарешті третю групу умов акціонерних договорів становлять домовленості щодо досягнення згоди з приводу спірних та конфліктних ситуацій. Як правило, до їх застосування примушують становище з розподілом акцій в АТ, яке може завести в глухий кут, якщо сторони не знайдуть порозуміння між собою стосовно реалізації своїх намірів, інтересів та прав. Одним із прикладів таких ситуацій є ігнорування акціонерами скликання загальних зборів і недопустимість за українським законодавством знижувати вимоги до кворуму, що перешкоджає діяльності АТ та вимагає до введення особливого порядку врегулювання «безвихідних ситуацій» («deadlocks»).

Серед способів, якими досягається розв'язання проблем, найбільш поширеними є:

1. Russian roulette «російська рулетка» – акціонер, який не може дійти згоди з іншим акціонером (як правило, це власники значних пакетів акцій) стосовно питань управління, направляє останньому пропозицію про покупку його пакета акцій. Реакція на таку пропозицію може бути у вигляді обрання однієї з двох моделей: продати свій пакет акцій на запропонованих умовах або, навпаки, викупити в акціонера-оферента його пакет на тих самих умовах.

2. Texas shoot-out «техаська перестрілка» – обидва акціонери-мажоритарії направляють у закритому конверті визначеній в акціонерному договорі особі умови, на яких кожен з них готовий викупити пакет іншого. Право на викуп пакета акцій набуває акціонер, ціна пропозиції викупу якого виявиться вищою.

3. Dutch auction «голландський аукціон» – подібний до «техаської перестрілки», але акціонер викупує пакет акцій другого акціонера не за ціною своєї пропозиції, а за ціною, запропованою тим акціонером, акції якого викуповуються, сторони, що програла, за ціною, запропованою цією ж стороною, що програла. Іншим варіантом голландського аукціону є право акціонера, який отримав пропозицію про викуп його пакета акцій, висувати зустрічну пропозицію про викуп пакета акцій оферента за збільшеною ціною, крок збільшення якої встановлюється в акціонерному договорі. При цьому обмін офертами відбувається, доки хтось з акціонерів не припинить висування пропозицій щодо збільшення ціни продажу пакета акцій.

4. Cooling-off / Mediation (переговори/медіація) – зводиться до визначення незалежної особи, поради якої акціонери слухатимуть, а при непогодженні акціонерів із пропозицією медіатора АТ підлягатиме ліквідації.

5. Deterrence approach (стримуючий / застрашливий підхід) – полягає у проведенні оцінки пакетів акцій незалежним оцінником на момент направлення одним акціонером повідомлення іншому(им) про виникнення складної (безвихідної) ситуації з обов'язком акціонера-повідомлювача викупити акції другого акціонера за ціною 125 % або продати другій стороні свій пакет акцій за ціною 75 % від визначеної оцінником їхньої вартості¹.

Важливо відзначити й те, чого не може бути в акціонерному договорі:

- домовленості про обмеження відповідальності членів органів АТ;
- усунення від отримання дивідендів;
- виходячи з такої цивілістичної засади, як розумність, немає підстав надавати акціонерним договорам акціонеру, який має невелику кількість акцій, право (визнати за ним право) ухвалення ним рішень як одноосібним виконавчим органом;
- домовленості про зміну корпоративної структури, порядку прийняття рішень органами АТ;
- того, що прямо або залежно від інших факторів порушувало б правила антимонопольного законодавства або заходить в суперечність з основними принципами правопорядку (наприклад, установлювати заборону на відчуження акцій не на певний строк і не у зв'язку з певними умовами, а на довгий час, наприклад на десятиліття);
- встановлення непойменованих у законі обтяжень акцій;
- того, що знаходиться в компетенції загальних зборів, наглядової ради або правління.

Існують норми, які сторони дійсно не мають змоги змінити. Це стосується кворуму загальних зборів, переліку питань, затверджених законом, для ухвалення чого необхідна певна кількість голосів, компетенції органів, інших положень, чітко регламентованих законом.

У зв'язку із зазначеними застереженнями вбачається така небезпека від акціонерних договорів:

- порушення принципу добровільності і справедливості;
- порушення основних засад корпоративного управління (одна акція – один голос, вільно голосувати, обирати тощо);

¹ Див.: Ласка, І. Застосування угод акціонерів (shareholders' agreements) в Україні [Електронний ресурс] / І. Ласка. – Режим доступу: <http://www.legalweekly.com.ua/article/?uid=904>; Кирилловых, А. А. Корпоративное право [Текст] : курс лекций / А. А. Кирилловых. – М. : Юстицинформ, 2009; Петрова, Е. Регулирование акционерных соглашений по английскому праву [Текст] / Е. Петрова, М. Храпов // Корпоративный юрист. – 2008. – № 9.

– порушення положення про недопустимість надання додаткових прав, переваг або привілеїв окремим акціонерам, у т. ч. при придбанні значного пакета акцій (якби акціонер придбав пакет акцій, що надає йому ті ж можливості, що й акціонерний договір, то він був би зобов'язаний запропонувати дрібним акціонерам викупити в них акції);

– все це негативно позначиться на дрібних акціонерах, адже вони не зможуть реалізувати ті права, які надаються їм законом, щоб уникнути їх порушення, і для реалізації права на незгоду;

– визнання недійсним рішення загальних зборів у зв'язку з порушенням порядку прийняття ними рішення (наприклад, для узгодження акціонерами питання про голосування на виконання домовленості між собою);

– акціонерні договори можуть вплинути і на укладення значних правочинів і правочинів із заінтересованістю;

– вони можуть привести до примусового припинення права власності (на акції в разі невиконання домовленості голосувати).

Суб'єктний склад акціонерних договорів. Крім складнощів із змістом акціонерних договорів, існують складнощі з визначенням їх суб'єктного складу. На основі ст. 29 Закону про АТ ці договори укладаються між акціонерами. Однак відкритими залишаються питання про те, чи укладаються вони тільки між акціонерами, чи можуть укладатися з іншими особами? Чи між усіма акціонерами, чи деякими з них?

У літературі зазначається про можливість укладення таких договорів між АТ й акціонерами¹, унаслідок чого АТ залишатиметься зв'язаним таким договором навіть у тому випадку, коли хтось з акціонерів продасть свої акції, а новий акціонер відмовиться укласти акціонерний договір. Проте тоді ми матимемо регулювання корпоративних відносин в іншому порядку, ніж це передбачено законом. І якщо в цьому договорі визначатимуться права й обов'язки АТ, то в разі порушення останнім договору в судовому порядку не можна буде захистити права акціонерів.

Договір між акціонерами може укладатися якщо є потреба врегулювати окремі відносини, що не часто буває при створенні АТ, а, як правило, потреба в цьому виникає з часом. При невеликій кількості акціонерів договір укладається між ними всіма, але доцільність його укладення виникає принаймні тоді, коли в цьому зацікавлені акціонери, які не мають контрольного пакета акцій, але прагнуть до кон-

¹ Див.: Ласка, І. Застосування угод акціонерів (shareholders' agreements) в Україні [Електронний ресурс] / І. Ласка. – Режим доступу: <http://www.legalweekly.com.ua/article/?uid=904>.

солідації своїх голосів, об'єднання яких дозволить їм ефективно впливати на управління.

При наближенні до укладення акціонерних договорів виникають складнощі (іноді неподоланні), пов'язані з можливістю забезпечення міноритаріїв засобами реалізації цього права, якщо вони не відомі один одному, при заочному голосуванні бюлетенями. Не виключається загроза впливу мажоритаріїв на міноритаріїв з метою недопущення домовленості між ними. Хиби регулювання цього питання не дозволяють однозначно стверджувати про можливість укладення договору між акціонерами в ході загальних зборів¹. Реальними є побоювання стосовно того, що з укладенням акціонерного договору її сторони вважатимуться афілійованими особами з наслідками, передбаченими антимонопольним законодавством.

Суб'єктами акціонерних договорів можуть бути не тільки акціонери, а й майбутні акціонери (інвестори).

За своєю юридичною характеристикою це багатосторонній правочин. Він має укладатися в письмовій формі, і при цьому варто встановити правило щодо обов'язку розкрити інформацію про цей договір, тобто його укладення не допускає конфіденційності.

Акціонери вільно продають свої акції. Але якщо вони уклали акціонерний договір, то постає питання про перехід до набувача (покупця акцій) прав і обов'язків учасника акціонерного договору.

Варіант 1: до набувача вони не переходять у зв'язку з такими причинами:

а) цесії бути не може, бо всі обмеження та обов'язки акціонера не пов'язані з акцією, і продаж акції не впливає на них. У той же час ці обмеження пов'язані саме з акціонером. Будучи акціонером, особа набуває додаткових обов'язків. Втрачаючи права акціонера (продаючи акції), вона звільняється і від обов'язків за акціонерним договором;

б) у набувача акцій не може бути більше обов'язків, ніж ті, що надаються йому акцією (якщо взагалі вести мову про існування в акціонера обов'язків);

в) якщо акції набуває АТ (викупляє їх), то акціонерні договори стають неможливими для АТ, яке не може виступати стороною цього договору.

Варіант 2: до набувача переходять права та обов'язки учасника акціонерного договору, але акціонер-відчужувач акцій повинен попередити набувача про те, що він (саме як акціонер) є учасником договору; якщо не попередив, то покупець може вимагати розірвання договору і відшкодування збитків.

¹ Див.: Добровольский, В. И. Корпоративное право для практикующих юристов [Текст] / В. И. Добровольский. – М. : Волтерс Клувер, 2009.

Як бачимо, обидва варіанти мають підґрунтя свого існування і тому складно однозначно оцінити те, який з них обрати і який слід відкинути як неприйнятний. Для запобігання складної ситуації, пов'язаної з відсутністю переходу до набувача акції прав і обов'язків, передбачених акціонерним договором, умовами останнього передбачається обов'язок акціонера-учасника цього договору продавати акції лише особі, що в подальшому також приєднається до акціонерного договору¹.

Наслідки недодержання (порушення) акціонером умов договору. Відомо, що кожне право цінне можливістю його реалізації та захисту. Без цього право перетворюється на юридичне ніщо. Наскільки ця можливість надана правам з акціонерних договорів?

Зазначимо на всі ймовірні наслідки й оберемо з них ті, що можуть бути застосовані для учасників акціонерного договору:

1) недійсність рішень загальних зборів – це неприпустимо, оскільки наслідки мають породжуватися лише для сторін акціонерного договору;

2) примус – значною мірою як наслідок не підходить, адже немає механізмів, які дозволили б примусити акціонера, скажімо, голосувати таким чином, як про це було досягнуто в домовленості в договорі;

3) збитки – проблематично довести витрати й насамперед неотримані доходи, особливо якщо цей договір стосується не майна, а організаційних прав акціонера;

4) неустойка – дуже сумнівно, оскільки навряд чи взагалі в таких договорах може передбачатися неустойка, бо вони по суті не носять майнового характеру. Втім, у російській практиці це мало місце і навіть набула поширення дискусія з приводу того, чи має право суд знизити розмір неустойки (була висловлена й пропозиція про заборону для суду зниження розміру неустойки, що викликало заперечення через невідповідність загальному правилу про право суду знижувати неустойку);

5) обов'язок продати акції за визначеною в договорі ціною – найприйнятніший наслідок. Проте слід урахувувати такий випадок: якщо економічна ситуація принципово зміниться, вартість акцій значно підвищиться і ціна, указана в договорі, буде явно несправедливою;

6) при таких порушеннях акціонера, як, наприклад, невідвідування загальних зборів, блокування їх роботи – можливість викупу його акцій іншим акціонером, як правило, мажоритарним;

7) недійсність договору про відчуження акцій третім особам внаслідок порушення акціонерного договору або встановлення права інших

¹ Див.: Осипенко, К. О. Соглашения участников (акционеров) в российском и английском праве [Текст] / К. О. Осипенко // Законодательство. – 2010. – № 4.

акціонерів вимагати переведення на них за рішенням суду прав набувача цих акцій.

Недійсність акціонерного договору настає за загальними правилами недійсності правочинів¹.

Піддавши аналізу акціонерні договори при першому наблизенні до них, можна дійти вельми неоднозначних, але таких, що потребують подальшого дослідження, висновків.

Корпоративне законодавство вимагає балансу між імперативністю та диспозитивністю. Запровадженню останньої служать внутрішньокорпоративні (локальні) акти й акціонерні договори. Необхідність переробки засад, які мають бути покладені в основу корпоративного законодавства, є нагальною потребою. Попри досить тривалий час просування Закону про АТ до його прийняття та редакція, у якій його прийнято, викликає багато нарікань. Зокрема це стосується акціонерних договорів. Очевидною є потреба не просто змінити або доповнити його норми, а впровадити іншу, самодостатню модель цього закону, зменшити в ньому імперативні норми з можливістю інших варіантів при чітких і непорушних правилах, загальних для всіх.

Необхідно уникати паралельності регулювання, підміни корпоративних канонів договірними механізмами. Не можна допускати й змішання корпоративних і договірних відносин, законного, корпоративного і договірного регулювання при тому, що в принципі наше законодавство ще не визначилося однозначно з предметом регулювання (чи можуть до сфери регулювання належати організаційні відносини, у т. ч. організаційні договори, і якщо можуть, то наскільки до них застосовувані всі правові механізми звичайних зобов'язальних, тобто майнових, договорів). Потребує виваженої оцінки й співвідношення дії принципу свободи договору з обмеженнями прав акціонерів, введення для них додаткових обов'язків, чим породжується нерівність акціонерів, тим більше, що це відбивається не лише на акціонерах, які уклали договір, але й на інших акціонерах (як правило, міноритаріях), які внаслідок цього позбавляються прав, наданих їм Законом про АТ (наприклад, на примусовий викуп у них акцій). Слід ураховувати й аксіоматичне правило про «права на акцію» і «права з акції». І якщо про права на акцію можна домовлятися як про об'єкт цивільних прав, то домовлятися щодо порядку реалізації прав з акції якщо й допустимо, то вкрай обережно і виважено, оскільки щодо них діють корпоративні норми.

¹ Хоча висловлювалася й думка про недопустимість недійсності акціонерних договорів, яка явно суперечить ЦК України.

Розділ III

Договірне регулювання відносин у сімейній сфері

I. У сім'ї виникають різноманітні особисті та майнові відносини, які потребують відповідного правового унормування. Оскільки одним з найефективніших регуляторів приватно-правових відносин визнається договір, виникає питання щодо можливості застосування конструкції договору в сімейній сфері.

У вітчизняній правовій науці протягом десятиліть питання про договірне регулювання сімейних відносин розглядалося не в практичній, а в суто політичній площині. Зусилля теоретиків були спрямовані на доведення теорії самостійності сімейного права як галузі права, відмінності сімейного права від права цивільного, наявності в сімейному праві власного предмета та методу правового регулювання. Наслідком такого підходу було невизнання ролі договору, неможливості застосування до регулювання сімейних відносин базових загальноцивілістичних конструкцій. Відносини в сім'ї визначалися виключно законодавчими імперативними приписами. Члени сім'ї не наділялися правом за своїм бажанням визначати ті чи інші аспекти свого життя.

У літературі доводилося, що договори не є типовими для учасників сімейних відносин, а якщо вони й мають місце, то носять в основному безоплатний характер¹. Стосовно подружжя Д. Ф. Єремеев, зокрема, писав, що «практична потреба в майнових угодах між подружжям незначна»². В. Ф. Яковлев узагалі відмовляв домовленостям між подружжям у праві йменуватися договорами. На його думку, «юридичні акти суб'єктів сімейного права не належать за своїм характером до угод

¹ Див.: Бошко, В. Очерки советского семейного права [Текст] / В. Бошко. – К., 1952. – С. 169; Матвеев, Г. К. Советское семейное право [Текст] / Г. К. Матвеев. – С. 123.

² Еремеев, Д. Ф. Право личной собственности в СССР [Текст] / Д. Ф. Еремеев. – М., 1958. – С. 102.

або договорів, вони служать особливим різновидом правових актів. Відсутність угод і договорів є важливим свідченням своєрідності методу сімейного права»¹. З урахуванням зазначеної панівної концепції в радянській сімейно-правовій науці не було створено загальної теорії договору. Лише окремі вчені підтримували ідею договору в сімейному праві та проводили аналіз деяких видів договорів, які мали місце на практиці². У цілому ж доктрина ігнорувала договірне регулювання сімейних відносин і навіть таке поширене явище, як договір про поділ майна подружжя.

Причини імперативної регламентації сімейних відносин найчастіше пояснювалися необхідністю підвищеної охорони інтересів членів сім'ї. Вважалося, що ці інтереси можуть бути порушені, якщо членам сім'ї буде надано право самостійно визначати правові аспекти свого життя. Закон імперативно та однозначно визначав майнові відносини подружжя або колишнього подружжя, не допускав жодної ініціативи батьків стосовно порядку сплати аліментів на дитину або подружжя щодо взаємного аліментування. Не було передбачено також договорів між іншими членами сім'ї та родичами. Сімейне законодавство уникало навіть натяку на використання в сімейно-правовій сфері таких цивілістичних категорій, як зобов'язання, договір, кредитор або боржник.

Лише поступово під тиском життєвих реалій до сімейного законодавства почали проникати договірні конструкції. Революцією в цьому питанні було введення до Кодексу про шлюб та сім'ю Української РСР 1969 р. норми про шлюбний контракт. Законом № 2488-ХІІ «Про внесення змін і доповнень до Кодексу про шлюб та сім'ю Української СРСР» від 23.06.1992 р. було закріплено право подружжя на укладення шлюбного контракту (ст. 27¹). Хоча положення вказаної статті важко визнати бездоганними, вони вперше на теренах пострадянських країн ввели до законодавчого поля інститут шлюбного договору. Це стало першим кроком і дало можливість для подальшого розвитку законодавчої підтримки договірного регулювання сімейних відносин.

Сьогодні принципово змінився порядок регулювання сімейних відносин, коли імперативні приписи поступаються місцем диспозитивному регулюванню. У ч. 2 ст. 7 Сімейного кодексу (далі – СК) України договірне регулювання сімейних відносин закріплене як одна

¹ Яковлев, В. Ф. Гражданско-правовое регулирование общественных отношений [Текст] / В. Ф. Яковлев. – Свердловск, 1972. – С. 163.

² Див.: Никитина, В. П. Имущество супругов [Текст] / В. П. Никитина. – Саратов, 1975. – С. 58.

з основних засад сучасного сімейного права, а договір розглядається як джерело сімейного права поряд із нормами законодавства. У ч. 1 ст. 9 СК України вказано, що подружжя, батьки дитини, батьки та діти, інші члени сім'ї та родичі, відносини між якими регулює цей Кодекс, можуть врегулювати свої відносини за домовленістю (договором), якщо це не суперечить вимогам цього Кодексу, інших законів та моральним засадам суспільства. У розвиток цієї генеральної ідеї в СК України передбачена ціла низка різноманітних договорів, учасниками яких є члени сім'ї. Навіть на цьому договірні ініціативи зазначених осіб не закінчуються: закон не забороняє укладення також інших, не передбачених безпосередньо в СК України, договорів.

II. Оскільки протягом десятиліть у доктрині доводився самотійний характер сімейно-правових норм та принципово розмежовувалися норми сімейного та цивільного права, розвиток сімейного законодавства в тій його частині, що стосується договорів, призвів до своєрідних наслідків.

Передусім хотілося б визначитися з базовими термінами, закріпленими в новому СК України. Окрім поняття «договір» використовується також термін «домовленість». СК України визначає ці поняття як синоніми. У ч. 2 ст. 7 СК України зазначено: сімейні відносини можуть бути врегульовані за домовленістю (договором) між їх учасниками. Отже, договір подається в дужках поряд з домовленістю. У цілому такий законодавчий прийом складно визнати доречним. По-перше, основний нормативний акт, який установлює правила в договірній сфері – ЦК України – визначає договір як домовленість (ст. 625 ЦК України), тому однозначність терміна «договір» мала б зберегтися і в сімейному законі. По-друге, у подальшому у СК України використовується саме термін «договір», а не домовленість, тому ст. 7 СК України дещо «дисонує» з подальшою термінологією цього ж нормативного акта.

Цікаво, що навіть у ЦК України стосовно відносин учасників спільної власності використовується термін «домовленість», а не «договір». Так, у ч. 1 ст. 372 ЦК України вказано: майно, що є у спільній сумісній власності, може бути поділене між співвласниками за домовленістю між ними. Договори, де опосередковуються відносини співвласників, опинилися за межами типових договорів, їм немає місця серед норм зобов'язального права. Ця обставина навіть примусила науковців визначитися щодо «справжності» таких договірних конструкцій. Так, М. І. Брагинський приходиться до висновку, що «незалежно від місця, у якому в ЦК України використовується поняття «угода», воно є підставою для виникнення, зміни чи припинення правовідношень, при-

ймаючи форму угоди... Отже, угода, здійснена як домовленість, може бути тільки договором»¹.

Побудова та основні підходи СК України щодо договорів мають суттєві особливості.

1. Первісною ознакою є розміщення нормативного матеріалу. Як відомо, ЦК України традиційно містить окрему Книгу – «Зобов'язальне право», водночас СК України такого поділу не має і ніколи не мав. Норми, що регулюють договірні відносини в сім'ї, виглядають як нормативні «вкраплення» в загальному масиві сімейно-правових норм. Ці норми не згруповані в окремі підрозділи СК України, а вмонтовані в нормативні приписи відповідних глав. Тому положення про договори між подружжям розміщені в главах, де розглядаються спільна сумісна власність подружжя (статті 65, 66, 69, 78 та ін.); норми договорів між батьками щодо влаштування дітей – у главах, що визначають їх особисті та майнові відносини (ст. 109, ч. 4 ст. 157, ст. 160 та ін.).

2. Норми СК України стосовно договорів не моделюються за традиційним для ЦК України принципом, коли закон установлює права та обов'язки кожної сторони договору. Тут немає звичного для цивілістики протиставлення боржника та кредитора. Усі без винятку положення СК України про договори не розводять сторони у різні сторони, а навпаки, нібито поєднують їх, тому використовуються вирази на зразок: «подружжя має право домовитися між собою про порядок користування майном, що йому належить на праві спільної сумісної власності» (ч. 1 ст. 66 СК України); «дружина та чоловік мають право розділити майно за взаємною згодою» (ч. 2 ст. 69 СК України); «подружжя має право укласти договір про надання утримання одному з них» (ч. 1 ст. 78 СК України); «батьки мають право укласти договір щодо здійснення батьківських прав та виконання обов'язків тим з них, хто проживає окремо від дитини» (ч. 4 ст. 157 СК України) та ін. Отже, учасники сімейних відносин діють разом, а не як протилежні за своїми інтересами контрагенти.

Така особливість сімейно-правових норм про договори є знаменною. Виникає своєрідна ситуація, коли практика вимушена «доповнювати» нормативний припис і моделювати той чи інший договір на звичайний «юридичний лад». Наприклад, цитована ч. 1 ст. 78 СК України вказує, що подружжя має право укласти договір про надання утримання одному з них. Очевидно, що це загальний дозвіл, спрямований

¹ Брагинський, М. И. Договорное право. Общие положения [Текст] / М. И. Брагинський, В. В. Витрянский. – Изд. 2-е, испр. – М. : Статут, 1998. – С. 150.

для подружжя. Закон надає подружжю право укласти договір про утримання, але не визначає його основного юридичного каркасу. В конкретних договорах юридичний текст розгортається за іншим принципом. У них зазначається, що одна сторона зобов'язується надавати утримання другій стороні. Як відомо, сторона, яка зобов'язується здійснити певні дії, є боржником. Відповідно друга сторона, яка набуває права вимагати здійснення таких дій, виступає в ролі кредитора. Традиційна законодавча модель договору мала б виглядати таким чином: «За договором подружжя про надання утримання один із подружжя зобов'язується надавати утримання другому з подружжя на строк, у розмірі та в порядку, визначеному в договорі». Оскільки в сімейному законодавстві постать боржника та кредитора нівелюється, СК України уникає використання прямої вказівки на права та обов'язки сторін. Дозволяючи укладення подружжям договору про утримання, закон надає можливість сторонам не лише самостійно сформулювати свої права та обов'язки, а й надати договору звичайної договірної структури, перевести відносини сторін у площину моделі «кредитор-боржник». Зазначене свідчить про залишки «бездоговірного менталітету» законодавця по відношенню до сімейної сфери.

3. Серед норм СК України, де містяться посилання на договори, можна виокремити два самостійні їх види. Зокрема, існують норми, які закріплюють: 1) більш-менш повні моделі договорів; 2) інформацію про договори, модель яких не визначена.

До першого виду (більш-менш повні моделі договорів) належать норми, аналіз яких дає в цілому можливість визначити правову природу та зміст певного договору. До цього виду можна, наприклад, віднести норми про договір щодо поділу майна подружжя. В ч. 2 ст. 69 СК України вказано, що дружина та чоловік мають право розділити майно за взаємною згодою. Договір про поділ житлового будинку, квартири, іншого нерухомого майна має бути нотаріально посвідчений. Закріплена в законі модель дозволяє більш-менш точно визначити права та обов'язки сторін, юридичну характеристику договору, а також установити його форму.

Сімейне законодавство в цілому відзначається слабкою розробкою договірних конструкцій. Навіть договори, закріплені в законі як найбільш повні, не мають закінченої побудови та далеко відстають від нормативних конструкцій договорів у цивільному праві. Виняток становить лише шлюбний договір, який детально розглядається в сімейному законі.

Крім цього, СК України закріплює норми, де міститься інформація про договори, але не визначається їх модель. Наприклад, у ч. 3 ст. 61 СК України вказано: якщо одним із подружжя укладено договір в інтересах сім'ї, то гроші, інше майно, в тому числі гонорар, виграш, які були одержані за цим договором, є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя. Ця тема доповнюється в ч. 4 ст. 65 СК України: договір, укладений одним із подружжя в інтересах сім'ї, створює обов'язки для другого з подружжя, якщо майно, одержане за договором, використане в інтересах сім'ї. У вказаних випадках закон установлює наслідки вчинення договорів одним із подружжя. Проте власне договорів, які спричиняють виникнення цих наслідків, він не визначає. Словосполучення «договір, укладений в інтересах сім'ї», може означати будь-який договір з точки зору його традиційної типової належності. Це може бути договір купівлі-продажу (договори про передачу майна у власність), договір найму житла (договори про передачу майна у користування), договір позики або банківського кредиту (договори про надання послуг) тощо. Що ж до основної ознаки – «укладеність» договору в інтересах сім'ї, то вона не є очевидною і має встановлюватися залежно від усіх обставин справи, тому один і той же договір може бути визнаний «сімейним» або «позасімейним».

III. Як відомо, новий ЦК України закріплює свободу договору як базовий принцип регулювання цивільних відносин (п. 3 ст. 3, ст. 627 ЦК України). Крім того, ст. 6 ЦК України розглядає акти цивільного законодавства та договору. Ці норми мають принципове значення, оскільки визначають межі договірного регулювання та можливості вільного розсуду сторін у процесі реалізації своїх особистих та майнових прав.

Якщо екстраполювати правила ст. 6 ЦК України на ґрунт сімейних відносин, то можна спрогнозувати існування трьох правил співвідношення норм сімейного законодавства та договору:

1. У випадку відсутності спеціальних нормативних приписів сторони можуть урегулювати свої відносини за договором. Закон не забороняє укладення в сімейній сфері договорів, які мають назву непоіменованих. Це означає, що учасники сімейних відносин мають право укласти договір, який не передбачений актами сімейного та цивільного законодавства, але відповідає загальним засадам законодавства (створення власних правил поведінки (міні-норм)). Виходячи з аналізу норм сімейного законодавства та враховуючи загальний дозвіл на укладення договорів, закріплений у ст. 7 СК України, непоіменовані договори не мають заборони, якщо вони не суперечать загальним нормам законодавства та моральним засадам суспільства.

У практиці зустрічаються договори такого типу. До них можна віднести договір подружжя про визначення часток у спільній сумісній власності на майно; договір осіб, які проживають однією сім'єю без реєстрації шлюбу, про сплату аліментів; договір родичів за походженням, відносини між якими не регулює СК України, щодо взаємного утримання; договори у сфері застосування репродуктивних технологій; договір наречених про порядок влаштування весілля та проведення післявесільної подорожі та ін.

2. Учасники сімейних відносин мають також право укласти договір, який не передбачений актами сімейного та цивільного законодавства, але можуть врегулювати відносини, не врегульовані актами законодавства (доповнення та деталізація нормативних приписів). За таких обставин договір діє разом із законодавчими положеннями.

Можна вважати, що такі договори мають важливе значення у сфері сімейних відносин. Нерідко сімейне законодавство називає той чи інший договір і визначає його загальні параметри, а сторони самі наповнюють його конкретними положеннями, тому договір сторін має на меті деталізацію законодавчих приписів, пристосування їх до відповідної конкретної ситуації. Наприклад, на підставі ст. 182 СК України батьки зобов'язані утримувати своїх малолітніх та неповнолітніх дітей. Водночас відповідно до закону (статті 109, 189, 190 СК України) батьки можуть укласти між собою договір про сплату аліментів на дитину. В такому договорі сторони можуть визначити конкретний розмір аліментів, строки або особливості їх сплати (наприклад, визначити натуральний, а не грошовий вигляд аліментів). Зазначене свідчить про те, що договір між батьками йде паралельно з нормативним приписом, доповнює існуючі нормативні правила та деталізує їх.

3. Учасники сімейних відносин мають право в договорі відступити від положень актів законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд (заміна нормативних приписів). У цьому випадку положення договору спрямовані на заміну законодавчих правил. Зазначене правило співвідношення норм закону та договору є найбільш складним як у теоретичній, так і в практичній площині, оскільки заміна законодавчих положень договірними правилами не може бути безмежною. Визначення таких меж, тобто обмеження договірної ініціативи сторін, має здійснюватися за певними векторами.

Тут також можна застосувати правила, установлені в цивільному законодавстві (ч. 3 ст. 6 ЦК України). Можна вважати, що при регулюванні відносин у сімейній сфері сторони не мають відступати від актів

законодавства, якщо: 1) у зазначених актах прямо вказано про це (наприклад, шлюбний договір не може регулювати особисті відносини подружжя, а також особисті відносини між батьками та дітьми (ч. 3 ст. 93 СК України), одностороння зміна умов шлюбного договору не допускається (ч. 1 ст. 100 СК України); 2) якщо обов'язковість для сторін актів законодавства випливає з їх змісту (наприклад, форма договору, якщо вона прямо визначена в законі); 3) якщо обов'язковість для сторін актів законодавства випливає із суті відносин між сторонами (наприклад, фактичне подружжя не може укласти шлюбний договір, особа, не зареєстрована як батько (мати) дитини, не може укласти договір про утримання дитини, передбачений сімейним законодавством).

IV. Існує ще один аспект співвідношення норм законодавства та договору у сфері сімейного права. Він полягає в особливостях співвідношення суб'єктивних сімейних прав та обов'язків, що виникають із закону та договору. Це пояснюється такою обставиною. Подружжя, батьки та діти, інші члени сім'ї та родичі внаслідок свого сімейного статусу пов'язані між собою взаємними правами та обов'язками, закріпленими в законодавстві. У сімейному праві обов'язок однієї особи щодо другої виникає на підставі закону, тобто незалежно від прямої волі учасників сімейних відносин.

Стосовно подружжя вважається, що при укладенні шлюбу особи свідомо взяли на себе всі взаємні права та обов'язки, які належать подружжю. Тому кожного разу не потрібно питати, чи згоден чоловік (дружина) взяти або виконати сімейний обов'язок, чи ні. Подружній статус диктує автоматичне виникнення суб'єктивних прав та обов'язків конкретних осіб (інколи – при настанні спеціальних юридичних фактів, таких як втрата працездатності, потреба в матеріальній допомозі тощо). Такі саме наслідки (виникнення сімейних прав та обов'язків) викликає і народження у батьків дитини. Факт народження дитини також означає автоматичну появу всього комплексу прав та обов'язків батьків і дітей, передбачених у законодавстві. Сімейний статус спричиняє появу й інших сімейних прав та обов'язків, установлених у законі для родичів, інших членів сім'ї, осіб, які проживають однією сім'єю без реєстрації шлюбу та ін.

Оскільки суб'єктивні сімейні права та обов'язки мають законодавче підґрунтя, виникає питання щодо доцільності та виправданості їх установлення за допомогою договору. Зрозуміло, що повторення в договорі норм закону не має сенсу. Обов'язок батьків утримувати дитину виникає із закону, навіть якщо батьки вирішать повторити цю норму

у своєму договорі. У такому розумінні договір батьків не додає до обсягу батьківських прав та обов'язків будь-які нові елементи, а тому втрачає сенс. Очевидно, договір повинен мати власну сферу регулювання і спричиняти виникнення, зміну або припинення суб'єктивних сімейних прав, відмінних від тих, що виникають на підставі закону.

Якщо певні сімейні відносини встановлені законом, то договором сторони можуть: 1) деталізувати нормативний припис, не виходячи за його межі, і конкретизувати свої суб'єктивні права та обов'язки; 2) підвищити законодавчий стандарт і закріпити такі суб'єктивні права та обов'язки, які не закріплені в законодавчому мінімумі вимог до сторін.

Деталізація потрібна у випадках, коли законодавчий припис має рамковий характер і не повною мірою визначає відносини сторін. Тоді закон надає сторонам право самостійно встановлювати обсяг своїх прав і обов'язків. Скажімо, подружжя може встановити в договорі детальний порядок та строки виплати аліментів на одного з них. При цьому сторони не змінюють загальних правил сплати аліментів (ст. 75 СК України), а лише деталізують їх, застосовують до своєї конкретної ситуації.

В інших випадках ініціатива сторін може спрямовуватися не на деталізацію, а на підвищення законодавчих стандартів. Це пов'язано з тим, що права та обов'язки, які виникають із закону, складають певний мінімум вимог до сторін. Обсяг законних прав та обов'язків не може бути зменшений договором (як виняток, він може бути зменшений судом). Проте за допомогою договору сторони можуть підвищити встановлений стандарт. Такі випадки хоча й не будуть типовими, все ж таки можуть мати місце на практиці. Наприклад, за правилами, установленними у ст. 75 СК України, право одного з подружжя на утримання залежить від наявності трьох підстав – непрацездатності, нужденності одного з подружжя, а також здатності другого з подружжя надавати утримання. У договорі сторони можуть замінити зазначений нормативний припис і встановити, що один із подружжя зобов'язується сплачувати аліменти на утримання другого з подружжя незалежно від його працездатності.

В обох випадках договірне регулювання діє паралельно із законодавчими нормами, а визначення сімейних прав та обов'язків здійснюється одночасно на рівні закону та договору, хоча і не збігається між собою. На відміну від традиційних цивільно-правових договорів у сімейному праві договірний зв'язок нібито нашаровується на зв'язок, що виникає із закону.

Постає питання щодо певної «ієрархії» суб'єктивних сімейних прав та обов'язків, які ґрунтуються на законі та договорі. Враховуючи загальні юридичні уявлення про співвідношення загального та спеціального у праві, можна вважати, що тут діятимуть такі правила:

1. Суб'єктивні сімейні права та обов'язки, які виникають із закону, є базовими, а їх існування не залежить від наявності або відсутності договору. Якщо є потреба деталізації відносин сторін, потрібне рішення суду, яке і стає остаточним юридичним фактом для визначення обсягу суб'єктивних прав та обов'язків, установлених у законі. Найбільш типовий приклад – суб'єктивні права та обов'язки щодо сплати аліментів на дитину. Внаслідок прямого припису закону кожен із батьків зобов'язаний утримувати свою дитину. Суб'єктивний обов'язок конкретної особи (батька, матері) виникає на підставі закону, незалежно від волі та згоди платника аліментів. Такий обов'язок не підлягає сумніву і не потребує доведення. На цій підставі представник дитини (дитина) має право безпосередньо стягувати аліменти з платника. Якщо між сторонами виникає спір щодо конкретного розміру аліментів або порядку їх надання, стягувач може звернутися до суду з відповідною вимогою. Суд лише конкретизує обсяг прав та обов'язків сторін, самі ж права та обов'язки існують незалежно від рішення суду. Треба зазначити, що всі суб'єктивні сімейні права та обов'язки, без сумніву, є законними, тому термін «законні» взятий у дужки. Мета впровадження цього терміна лише в протиставленні прав та обов'язків, що виникають із закону, правам та обов'язкам, що мають підґрунтям договір.

2. Суб'єктивні права та обов'язки, які виникають з договору, мають додатковий характер, а їх існування залежить від волі сторін. Такі права та обов'язки можуть узагалі не виникнути (якщо немає договору), існувати певний проміжок часу, втратити свою силу у випадку розірвання договору, вважатися такими, що не виникли у разі визнання договору як правочину недійсним. Головне полягає в тому, що «відпадиння» договору за тих чи інших підстав не означатиме втрати суб'єктивного права управненої особи, що базується на законі («законного» права) та не звільняє зобов'язану особу від виконання «законного» обов'язку. Правовий зв'язок між платником та одержувачем аліментів зберігатиметься, хоча й матиме не договірну, а виключно законну підставу.

V. У науці цивільного права вважається аксіомою той факт, що учасники договірного процесу в майновому аспекті є незалежними один від одного. Саме ця обставина надає їм можливість зайняти по-

зицію оферента та акцептанта, коли одна сторона може запропонувати певне благо (речі, гроші, результат робіт, ефект послуги) замість іншого блага. Обслуговування товарообороту є основним «завданням» цивільних договорів.

На цій підставі в цивілістичній доктрині виокремлюють: 1) договори, які обслуговують товарообіг (обмін благ, що мають економічну форму товару); 2) договори організаційні, спрямовані на організацію майбутнього товарообороту, тобто такі, що не мають майнового характеру, хоча визначають появу таких правовідносин у майбутньому (попередні договори, засновницькі договори тощо¹).

Утім існує ще один пласт договорів, які не можна віднести ані до першого, ані до другого виду. Їх принциповою рисою є те, що майбутні учасники договору не є сторонніми між собою особами і первісно вже пов'язані певним економічним, а відповідно, і правовим зв'язком. Між ними існує економічна спільність (спільний інтерес), на ґрунті якої сторони й укладають свій договір.

Ідеться про відносини, які мають місце між учасниками спільної власності (у більш широкому аспекті можна говорити про відносини сторін, де є будь-яка спільність або спільний інтерес). Відомо, що відносини «співвласності» та пов'язаний з ними статус співвласника є вкрай своєрідними. «Співвласність» передбачає існування різновекторних взаємопов'язаних правовідносин: 1) абсолютних правовідносин (між співвласниками на одній стороні та всіма іншими особами, які не мають права порушувати належне співвласникам право власності); 2) відносних правовідносин (між співвласниками на одній стороні та іншою стороною, з якою співвласники вступають у зобов'язальні, зокрема договірні, відносини); 3) правовідносин співвласників між собою.

Перший та другий різновиди – це «зовнішні» для співвласників правовідносини, оскільки вони разом виступають на одній стороні (на стороні власника в абсолютних правовідносинах, на стороні боржника або кредитора в зобов'язальних правовідносинах). Третій різновид передбачає відносини між самими власниками, тобто «внутрішні» відносини сторін.

Перший різновид правовідносин не пов'язаний з існуванням договорів (абсолютні відносини); другий базується на договорах. Стосовно третього виду правовідносин («внутрішніх») можна сказати, що

¹ Абрамова, Е. Н. Гражданское право [Текст] : учебник : в 3 т. Т. 1. / Е. Н. Абрамова, Н. Н. Аверченко, Ю. В. Байгушева ; под. ред. А. П. Сергеева. – М., 2009. – С. 851.

вони цілком дружньо ставляться до договорів. Існує ціла низка «внутрішніх» договорів сторін, що опосередковують співіснування осіб, які вже мають майнову спільність. Це договори, спрямовані на перетворення, впорядкування та припинення майнової спільності.

У цивільному праві «внутрішні» договори між учасниками спільної часткової власності також мають місце, наприклад, договір між співвласниками про порядок володіння та користування спільним майном (ст. 358 ЦК України), договір про належність плодів, продукції та доходів від використання спільного майна (ст. 359 ЦК України), договір про виділ у натурі частки з нерухомого майна (ч. 3 ст. 364 ЦК України), договір про поділ спадкового майна (ст. 1278 ЦК України), договір про зміну розміру часток у спадщині (ст. 1267 ЦК України) та інші. На відміну від сімейного, в цивільному праві питома вага та значення таких договорів незначні, вони не належать до основних груп та видів цивільних договорів.

Натомість у сімейно-правовій сфері «внутрішні» договори мають широке представництво, що пояснюється особливостями цих відносин. До них можна віднести договір про поділ майна подружжя або виділ частки із спільного подружнього майна, договір про перетворення спільної сумісної власності на спільну часткову власність, договір про визначення порядку користування спільним майном подружжя або інших членів сім'ї, окремі елементи шлюбного договору. У всіх зазначених випадках учасників майбутнього договору пов'язує одна обставина – вони є співвласниками майна. Отже, договір поєднує не сторонніх у майновому плані осіб, а саме співвласників. Мета договору спрямовується на організацію дій щодо спільного майна, припинення спільності майна, її трансформацію (спільну сумісну власність у спільну часткову власність).

Такі договори не є «товарооборотними» або організаційними. Вони відзначаються відсутністю мети обміну товару (благ), тобто передання товару замість отримання іншого. Оскільки сторони є співвласниками, вони не протиставляють свої майнові інтереси і не мають що запропонувати «взамін».

У літературі нерідко договори співвласників між собою щодо їх спільного майна визначаються у традиційних цивілістичних параметрах – з точки зору їх односторонньої або двосторонньої природи, в аспекті реального або консенсуального характеру. Зокрема, у такому руслі аналізувалася правова природа договору подружжя про поділ спільного майна, коли цей договір визначається як двосторонній та

консенсуальний¹. Очевидно, класифікаційні підходи, які застосовуються в цивільному праві при характеристиці основної маси договорів («товарооборотних»), тут не спрацьовують. Той факт, що такі «внутрішні» договори не обумовлюють обмін благами, які мають економічну форму товару, і не спрямовані на організацію такого обміну в майбутньому, принципово впливає на їх юридичну характеристику. Оскільки одна сторона договору нічого не передає (не зобов'язується передати) другій стороні, а друга сторона не здійснює (не зобов'язана здійснити) взаємопов'язаного, надання питання про односторонній або двосторонній, оплатний чи безоплатний характер «внутрішніх» договорів ставитися не може. У зв'язку з цим такі договори не вкладаються в традиційну класифікацію договорів цивільного обороту.

VI. Договори в сімейній сфері (договори в сімейному праві) за тими чи іншими ознаками можуть бути згруповані в окремі види (групи), що дозволяє здійснити їх класифікації за різними критеріями. Одні класифікації охоплюють усі види договорів, інші мають локальний характер і спрямовані на висвітлення окремих рис сімейно-правових договорів.

Оскільки загальна теорія договору в сімейному праві майже не розроблена, класифікаційні зусилля науковців мають спиратися на традиційні розробки цивільно-правової науки. Як відомо, у цивілістиці немає єдиного підходу до визначення системи цивільно-правових договорів². Існують різноманітні системні підходи, рівень та обсяг класифікаційних одиниць. Це не допомагає у процесі здійснення поділу договорів у сімейній сфері. Тому при класифікації сімейно-правових договорів треба спиратися на усталені цивілістичні критерії та враховувати особливості відносин у цій сфері.

Основною класифікацією договорів як зобов'язань є класифікація за цільовим призначенням (метою). Саме цей критерій формує типи договорів і служить підставою для організації нормативного матеріалу в ЦК України. За цим критерієм у цивільно-правовій науці здійснюються різноманітні класифікації, починаючи з найменшого набору договорів і закінчуючи більш деталізованою системою. В найбільш

¹ Див.: Дзера, І. О. Цивільно-правові засоби захисту права власності в Україні [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / І. О. Дзера. – К., 2001. – С. 15–16; Жилинкова, І. В. Брачний контракт (договор) [Текст] / І. В. Жилинкова. – Х., 2001. – С. 24–25; Сімейне право України [Текст] : підручник / за ред. В. С. Гопанчука. – К., 2002. – С. 145–148.

² Див.: Чигир, В. Классификация гражданско-правовых договоров [Электронный ресурс] / В. Чигир. – Режим доступа: <http://busel.org/texts/cat5vx/id5zwsynr.htm>.

загальному розумінні виокремлюються чотири види договорів. Це договори, мета яких полягає у: 1) переданні майна у власність; 2) переданні майна у користування; 3) виконанні робіт; 4) наданні послуг. У теорії сімейного права аналіз договорів залежно від їх мети не проводився. Типова належність договорів не покладена також в основу структури СК України. Утім це не означає, що класифікація договорів за їх цільовою спрямованістю для сімейного права є неактуальною. Інша справа, що традиційна для цивілістики класифікація договорів на відповідні типи лише частково «спрацьовує» у сфері сімейного права. Це свідчить про особливості сімейно-правових відносин та існування в цій сфері власних цільових пріоритетів.

Самостійний характер класифікації договорів у сімейній сфері може пояснюватися такими міркуваннями. Визначення типової належності того чи іншого договору має передусім практичне значення. При виявленні відносин, які потребують певного правового регулювання, необхідно встановити їх юридичні ознаки. Це надасть можливість з'ясувати які саме норми можуть застосовуватися для регулювання цих відносин. Якщо сторони укладають договір, що регулює їх сімейні відносини, то «юридична фізіономія» такого договору має бути визначена саме з метою пошуку адекватного нормативного матеріалу.

Оскільки сімейні відносини передусім регулюються нормами, закріпленими в сімейному законодавстві, то сфера пошуку починається саме з норм цього законодавства. Лише через брак відповідних норм треба звертатися до загальних норм зобов'язального права. Скажімо, договір батьків щодо сплати аліментів на дитину перебуває у сфері аліментних відносин у сім'ї. Хоча сплату аліментів і можна прив'язати до договорів, які за своєю типовою природою належать до договорів про передання майна у власність, це не буде правильним вибором. Встановлюючи зміст договору про сплату аліментів, треба спиратися на норми, що регулюють аліментні відносини, а не норми, що визначають порядок передання майна у власність (договір купівлі-продажу, дарування, ренти). З групи цивільно-правових договорів цього типу до аліментних відносин найбільше підходить договір дарування і навіть його різновид – договір пожертви. Останній надає можливість дарувальникові перевіряти спосіб використання переданого за договором майна. Незважаючи на це норми закону про дарування не враховують особливостей аліментних відносин батьків та дітей. Визначаючи права та обов'язки батьків щодо сплати аліментів, необхідно визначити, чи не порушуються вони при цьому. Зазначена вказівка закону обов'язково

спрямовує нас до визначення прав дитини, передбачених сімейним законом. Для цього потрібно з'ясувати, які саме аліментні права має дитина, на що вона може розраховувати при стягненні аліментів у добровільному або примусовому порядку, які санкції встановлює закон за несплату аліментів тощо. Зазначене свідчить про те, що сплата аліментів хоча й опосередковує врешті-решт передання батьками майна дитині у власність, має за мету саме утримання дитини як послідовні, постійні дії щодо передання певних сум (іншого майна) для забезпечення майнових інтересів дитини.

Указане свідчить про те, що немає підстав застосовувати до аліментних договорів батьків норми ЦК України щодо договорів про передання майна у власність. Навіть якщо в сімейному законі будуть відсутні спеціальні вказівки щодо того чи іншого договору, який за своєю природою можна трактувати як договір аліментного характеру, все одно при його укладенні потрібно звертатися до загальних норм сімейного законодавства про стягнення аліментів на дитину (аналогія закону). Якщо немає норм, які регулюють близькі за своєю природою відносини, то треба керуватися загальними положеннями СК України (аналогія права).

На практиці нерідко виникають питання про правову природу того чи іншого договору, необхідність виявлення його класифікаційних ознак. У літературі, наприклад, проводився аналіз договорів, що опосередковують передачу дітей у сім'ї на виховання. Зокрема зазначалося, що договір про створення прийомної сім'ї можна віднести до договорів про надання послуг, оскільки дії батьків-вихователів мають нематеріальний характер і власне виховання здійснюється під час здійснення таких дій і припиняється після їх припинення. З одного боку, намагання юристів прив'язати той чи інший договір до відомої системи договорів зрозумілі. З другого — воно є небезпечним, оскільки надає можливість застосування до відносин з виховання дитини норм цивільного законодавства щодо надання послуг. Притягнення сімейно-правових договорів до традиційної системи договорів цивільно-правових має штучний характер.

Отже, залежно від їх цільової спрямованості в сімейному праві можна виділити договори, що мають за мету: 1) встановлення, зміну або припинення правового режиму майна; 2) передання майна у власність; 3) передання майна у користування; 4) надання утримання; 5) виховання дітей.

Залежно від сфери договірного регулювання до договорів у сімейному праві можна віднести: 1) сімейні договори (договори між члена-

ми сім'ї); 2) договори між учасниками сімейних відносин, які хоча й не є членами однієї сім'ї, але мають сімейні права та обов'язки (договір про сплату аліментів на дитину, батько/мати якої проживає окремо від сім'ї); 3) «досімейні» або «післясімейні» договори (договори, що укладаються на стадії виникнення сім'ї або після припинення її існування); 4) «квазісімейні» договори (договори, що укладаються у процесі влаштування в сім'ї дітей, позбавлених батьківського піклування, – договори про патронат, про створення дитячого будинку сімейного типу, про створення прийомної сім'ї).

Залежно від законодавчого визначення або невизначення моделі договору в сімейній сфері можна виділити: 1) поіменовані (договори, які безпосередньо передбачені в законодавстві); 2) непоіменовані (договори, які в законодавстві не передбачені, але є такими, що не суперечать основним засадам законодавства).

До договорів у сімейній сфері можна застосовувати і загальні класифікаційні підходи, що панують у цивільному праві. Так, за критерієм моменту, з якого договір вважається укладеним, договори в сімейному праві можуть бути поділені на реальні та консенсуальні. До першого виду (консенсуальні) належать договори, які вважаються укладеними з моменту досягнення сторонами згоди (консенсусу) щодо всіх істотних умов договору. Можна вважати, що переважна більшість договорів у сімейному праві належить саме до консенсуальних договорів (усі види договорів про сплату аліментів, договір про поділ майна подружжя або виділ з нього частки, договори про виховання дитини, усі «квазісімейні» договори). Як виняток серед договорів у сімейній сфері можна знайти і договори, які вважаються укладеними після передачі речі (реальні договори). До них можна віднести, наприклад, договір подружжя про користування спільним майном (ст. 66 СК України), а також договір про встановлення сервітуту на користування чужим житлом, закріплений у цивільному законодавстві (статті 402, 405 ЦК України). За бажанням сторін такі договори можуть набрати чинність лише у випадку, якщо один із членів сім'ї почне користуватися майном, зокрема житлом, що належить на праві власності іншому члену сім'ї.

Залежно від того, хто отримує вигоди з договору в сімейному праві, можна виділити договори, які укладаються на користь їх учасників, та договори на користь третьої особи. Переважна більшість сімейних договорів спрямована на задоволення потреб їх учасників (сторін). Проте конструкція договору на користь третьої особи також має місце.

Так, за шлюбним договором подружжя може бути встановлено, що він укладається для забезпечення інтересів не лише його сторін, а й третіх осіб, які набувають відповідних прав. Наприклад, подружжя може домовитися стосовно проживання в житловому приміщенні, належному одному з них на праві власності, родичів подружжя (ч. 2 ст. 98 СК України). Треба лише додати, що не належать до договорів на користь третьої особи договори, укладені батьками від імені та в інтересах їх малолітньої дитини. У такому випадку стороною договору виступає сама дитина, а не її батьки.

За суб'єктним складом учасників у сімейній сфері можна виділити договори: 1) між подружжям, колишнім подружжям, фактичним подружжям; 2) між батьками щодо утримання або виховання дитини; 3) між батьками та дітьми; 4) між іншими членами сім'ї та родичами; 5) між учасниками відносин у сфері влаштування дітей, позбавлених батьківського піклування.

За структурою договору можна виділити договори: 1) із простою структурою; 2) комплексні договори (переважна більшість шлюбних договорів).

VII. Здійснювана за допомогою договору індивідуальна регламентація сімейних відносин повинна здійснюватися в рамках чинного законодавства й не може йому суперечити. Законодавство встановлює межі договірної ініціативи учасників сімейних відносин. Як відомо, основні вимоги щодо чинності правочинів установлюються цивільним законодавством. Ці вимоги повною мірою застосовуються і до сімейно-правових правочинів. Для їх чинності необхідне дотримання таких загальних вимог: 1) сімейно-правові договори не можуть суперечити вимогам закону та моральним засадам суспільства (ч. 1 ст. 203 ЦК України, ст. 9 СК України); 2) особа, яка вчиняє правочин, повинна мати необхідний обсяг цивільної дієздатності; 4) волевиявлення учасника правочину має бути вільним та відповідати його внутрішній волі; 5) правочин має вчинятися у формі, установленій законом; 6) правочин має бути спрямований на реальне настання правових наслідків, що обумовлені ним; 7) правочин, що вчиняється батьками (усиновлювачами), не може суперечити правам та інтересам їх малолітніх, неповнолітніх чи непрацездатних дітей (частини 2–6 ст. 203 ЦК України).

Порушення вимог щодо чинності сімейно-правового правочину спричиняє його недійсність. Сімейно-правові договори можуть належати як до нікчемних, так і до оспорюваних правочинів (частини 2, 3 ст. 215 ЦК України). Так, до нікчемних можна віднести договори бать-

ків або інших членів сім'ї та родичів щодо майна дитини, укладені без дозволу органу опіки та піклування (статті 71, 224 ЦК України; ч. 2 ст. 177, ч. 5 ст. 190 СК України тощо). Нікчемним буде також сімейно-правовий договір, укладений з недодержанням вимоги закону про його нотаріальне посвідчення (ч. 1 ст. 220 ЦК України, ч. 1 ст. 78, ч. 1 ст. 89, ст. 94, ч. 1 ст. 189 СК України тощо). Недійсні сімейно-правові договори можуть належати і до оспорюваних правочинів. Наприклад, якщо шлюбний договір було укладено однією зі сторін під впливом помилки, обману або насильства, він може бути визнаний недійсним за рішенням суду (статті 229, 230, 231 ЦК України). Оспорюваним є також будь-який фіктивний правочин, укладений учасниками сімейних відносин (ст. 234 ЦК України).

Цивільне законодавство визначає загальні правові наслідки недійсності правочинів (частини 1, 2 ст. 216 ЦК України). Ці наслідки застосовуються і до сімейно-правових договорів з урахуванням правил, установлених СК України. Таким чином, до загальних наслідків недійсності сімейно-правових договорів належать: а) повернення кожною зі сторін другій стороні у натурі всього, що вона одержала на виконання правочину, а в разі неможливості такого повернення, зокрема тоді, коли одержане полягає в користуванні майном, виконаній роботі, наданій послугі, необхідність відшкодувати вартість того, що одержано, за цінами, які існують на момент відшкодування (двостороння реституція); б) відшкодування завданих збитків, якщо це передбачено договором (ч. 6 ст. 2, ст. 18 СК України, ст. 22 ЦК України); в) компенсація моральної шкоди, якщо це передбачено договором (ч. 6 ст. 2, ст. 18 СК України, ст. 23 ЦК України).

Розділ IV

Договірне регулювання відносин у сфері праці

Глава 1

Договірне регулювання соціально-трудових відносин: загальнотеоретичні питання

Зростання договірного регулювання вже сформувалося як тенденція в трудовому праві, і його співвідношення з централізованим регулюванням змінилося. Водночас в останні роки прийняті важливі для трудового права закони, постанови Кабінету Міністрів України, видані укази Президента України і тому не можна говорити, що централізоване законодавче регулювання втратило своє значення. Правильне для свого часу зауваження Р. Лівшиця, що розширення локального регулювання відбувається не за рахунок звуження регулювання централізованого¹, у сучасних умовах потребує уточнення. Централізоване регулювання вже не можна зводити до прийняття законів і підзаконних актів, оскільки договірне регулювання теж існує на централізованому рівні у вигляді генеральної та галузевих угод. До того ж зміст багатьох останніх централізованих нормативних актів спрямований на розширення саме договірних засад регулювання соціально-трудових відносин.

Визначення особливостей договірного регулювання соціально-трудових відносин сприяє більш чіткому уявленню про предмет і метод трудового права як самостійної галузі. Це має особливе значення

¹ Иванов, С. А. Советское трудовое право: вопросы теории [Текст] / С. А. Иванов, Р. З. Лившиц, Ю. П. Орловский. – М., 1978. – С. 163.

в умовах реформування законодавства про працю, викликаного сучасними соціально-економічними реаліями.

В останні роки в нормативно-правових актах усе частіше стало вживатися словосполучення «соціально-трудова відносини». Оскільки в багатьох джерелах цей термін застосовується в різних значеннях і тісно пов'язується з такими поняттями, як соціальний діалог, колективні трудові відносини і колективно-договірне регулювання праці, то з'ясування змісту і механізму регулювання соціально-трудова відносин набуває не тільки теоретичного, а й практичного значення.

Термін «соціально-трудова відносини» не замінив поняття «трудова відносини», як іноді стверджується¹. Таке уявлення не тільки спрощує розуміння цих правових термінів, а й не враховує істотних змін у предметі та методі трудового права. Зростання договірного регулювання, обумовлене відмовою від адміністративних засобів управління всіма сферами суспільного буття, відхід держави від опіки над усіма, пошук нових засобів розв'язання соціально-економічних проблем, пов'язаних із працею, повернули до життя нові відносини між традиційними суб'єктами трудового права, що постають у цьому процесі в новій якості. Колективно-договірне регулювання і соціальне партнерство, суб'єктами якого зараз є не заорганізовані трудові колективи та необмежені володарі-керівники, а загартовані в соціальному протистоянні профспілки та більш толерантні, ніж раніше, роботодавці, спрямовуються на пошук резервів для підтримки як економіки в цілому, так і забезпечення існування людей праці в нинішніх суворих умовах. У цих відносинах зростає питома вага соціальних проблем – забезпечення зайнятості, виплати заробітної плати, створення нових робочих місць для регіонів з масовим вивільненням працівників, забезпечення мінімальних соціальних стандартів тощо. Новий зміст може вміститися в стару форму, бо ці відносини трудовими назвати вже не можна. Навпаки, трудові відносини як відносини щодо посереднього виконання роботи входять як складова частина до соціально-трудова відносин, і такий підхід міститься в законодавстві. Так, відповідно до ст. 1 Закону України від 1 липня 1993 р. «Про колективні договори (угоди)» колективний договір (угода) укладаються з метою регулювання виробничих, трудових і соціально-економічних відносин.

І виробничі відносини, і відносини з організації виробництва та праці, і соціально-економічні відносини, під якими тут розуміється

¹ Див.: Головіна, С. Ю. Понятийный аппарат трудового права [Текст] : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / С. Ю. Головіна. – Екатеринбург, 1998. – С. 11.

забезпечення працею, її оплата і створення належних соціально-побутових умов для працюючих, знаходяться поряд з відносинами щодо посереднього виконання праці – трудовими відносинами, а не всередині них. Аналогічна думка зустрічається і в російській літературі з трудового права. Наприклад, з аналізу ст. 2 Закону Російської Федерації «Про колективні договори і угоди», де колективний договір визначається як акт, котрий регулює соціально-трудові відносини, А. Нуртдінова робить висновок, що колективним договором можуть регулюватись усі відносини, пов'язані з працею, а не виключно трудові¹.

Соціально-трудові відносини не слід ототожнювати з терміном «суспільні трудові відносини». М. Г. Александров запровадив останній для того, щоб підкреслити суспільний характер праці, наявність суспільного зв'язку виробника з іншими людьми на відміну від одноосібних форм праці². Але це положення стосується, так би мовити, «внутрішньої» сторони праці, коли для того щоб стати предметом правового регулювання, процес праці має набути соціальної форми. Разом з тим існує «зовнішня» форма соціального в праці, під якою можна розуміти колективні та «надколективні» засоби регулювання трудових і тісно пов'язаних з ними відносин, коли вони виходять за рамки відносин працівника і роботодавця, заснованих на трудовому договорі та присвячених виконанню роботи, і стають предметом зацікавленості не індивідуальних, а «соціальних» суб'єктів. Такі відносини складаються на рівні трудового колективу або регіону, галузі, держави з питань організації праці, соціально-побутових умов, забезпечення зайнятості та економічних питань між профспілками і роботодавцями або між об'єднаннями перших і других за участю органів влади³. Вони не можуть регулюватись тільки державою і тільки в централізованому порядку, оскільки складаються з приводу реалізації інтересів різних суб'єктів, а самі інтереси носять як приватний, так і публічний характер. Ці інтереси можуть конфліктувати між собою, і договірне їх регулювання є найбільш ефективним. У літературі доречно відзначається,

¹ Нуртдінова, А. Ф. Комментарий к законодательству о социальном партнерстве [Текст] / А. Ф. Нуртдінова, Л. А. Окуньков, Я. Б. Френкель. – М., 1996. – С. 14.

² Александров, Н. Г. Трудовое правоотношение [Текст] / Н. Г. Александров. – М., 1948.

³ Докладніше про це див.: Жернаков, В. Соціально-трудові відносини: поняття, суб'єкти, правове регулювання [Текст] / В. Жернаков // Право України. – 1999. – № 10. – С. 41–45.

що розбіжності в інтересах – це об'єктивна реальність, яка може в будь-який момент виявитися в суперечках і конфліктах¹.

Юридична своєрідність регулювання є проявом природи всіх галузей права, які є не просто зонами юридичного регулювання, не штучно скомпонованими сукупностями норм «за предметом», а реально існуючими юридично своєрідними підрозділами в самому юридичному змісті права². Багатогранність відносин у сфері праці, які мають і публічно-правові, і приватноправові засади³, обумовлює режим правового регулювання, що поєднує як централізоване, так і локальне, як законодавче, так і договірне, як індивідуально-договірне, так і колективно-договірне регулювання відносин. С. Алексєєв правильно зазначив, що «інституціональні» розбіжності між публічним і приватним правом проявляються саме в ролі, яку відіграють у правовому регулюванні індивідуальні акти-угоди (багатосторонні, двосторонні і навіть односторонні), що мають правостановлююче значення⁴.

Дискусія про несаможиттєвість трудового права, підпорядкованість його праву цивільному втілилася у дисертаційних дослідженнях⁵. Цивілісти стверджують, що при переході до ринкової економіки формування ринку праці все виразніше проявляє товарний характер відносин, які виникають з приводу трудової діяльності людини, тому ці відносини повинні входити до предмета цивільного права і регулюватися відповідними структурними підрозділами цивільного законодавства⁶. Фахівці ж у галузі трудового права вважають, що специфічність робочої сили як товару не дозволяє повністю поширювати на регулювання відносин з відчуження робочої сили цивільно-правові засади, а купівля-продаж робочої сили веде до посилення відчуження

¹ Див.: Казановський, А. В. Соціальне партнерство на ринку праці [Текст] / А. В. Казановський, А. М. Колод. – Краматорськ, 1995. – С. 10.

² Див: Алексєєв, С. С. Право: азбука – теорія – філософія: Опыт комплексного исследования [Текст] / С. С. Алексєєв. – М., 1999. – С. 250–251.

³ Принципове розмежування галузей права на цій підставі, віднесення їх або до публічних, або до приватних видається спрощенням, яке не відображає всієї складності сучасної вітчизняної системи права. Погоджуємося з думкою, що абсолютної публічно-правової або приватноправової галузі не існує. Публічно-правові елементи існують у галузях приватного права і навпаки (див.: Общая теория права и государства [Текст] / под ред. В. В. Лазарева. – М., 1999. – С. 218).

⁴ Там само. – С. 263.

⁵ Див.: Санникова, Л. Ю. Проблемы правового регулирования отношений найма труда (цивилистический аспект) [Текст] : дис. ... канд. юрид. наук / Л. Ю. Санникова. – Томск, 1996.

⁶ Див.: Гражданское право [Текст] : учебник. Ч. 2 / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М. : Проспект, 1998. – С. 13–14.

робочої сили і засобів виробництва¹. Щодо думки українських учених із цієї проблеми, то слід відзначити теоретичну конструкцію, запропоновану свого часу О. А. Пушкіним: трудове право як самостійна галузь існує на рівні законодавства, а на рівні права воно є частиною цивільного. Трудове право без належних підстав називається підгалуззю цивільного права; відносини, що регулюються трудовим правом, іменуються майновими трудовими відносинами; ці відносини, як і норми трудового права, мають особливості, але не характеризуються однорідністю².

Трудове право як самостійна галузь має не тільки самостійний предмет, а й значні особливості у регулюванні відносин у сфері праці, пов'язані, зокрема, з розгалуженою системою договорів. Зважаючи на суб'єкти, предмет (зміст) і правову форму, можна виділити три рівні договірного регулювання соціально-трудова відносин: індивідуально-договірне, колективно-договірне, соціальне партнерство³.

Індивідуально-договірне правове регулювання трудових відносин – це здійснювана відповідно до диспозитивних правових норм діяльність зі встановлення або зміни індивідуальних умов праці шляхом угод сторін трудового договору, які укладаються самостійно або під контролем профспілкового комітету в межах і формах, передбачених трудовим законодавством. Сутність його полягає у використанні сторонами норм права, встановлюючи правове становище конкретного працівника⁴.

Суб'єктами індивідуально-договірного регулювання є в основному сторони трудового договору. Можна навести нечисленні винятки з цього правила, коли законодавством передбачається участь у цьому процесі додаткових суб'єктів. Так, відповідно до ст. 252⁶ Кодекс законів про працю (далі — КЗпП) України зарахування до складу бригади нових працівників погоджується з колективом бригади, а строки і порядок надання перерв для годування дитини встановлюються власником і профспілковим комітетом з урахуванням побажання матері (ст. 183 КЗпП України).

Предметом індивідуально-договірного регулювання є сукупність відносин, що виникають між власником (уповноваженим ним органом)

¹ Див.: Бугров, Л. Ю. Проблемы свободы труда в трудовом праве России [Текст] / Л. Ю. Бугров. – Пермь : Изд-во Перм. ун-та : ИНПЭА, 1992. – С. 16–17.

² Див.: Гражданское право Украины [Текст] : в 2 ч. Ч. 1. – Х. : Ун-т внутр. дел : Основа, 1996.

³ Така класифікація не виключає можливості поділу договірного регулювання залежно від сфери дії на локальне, регіональне, галузеве й державне.

⁴ Див.: Безина, А. К. Индивидуально-договорное регулирование труда рабочих и служащих [Текст] / А. К. Безина, А. А. Бикеев, Д. А. Сафина. – Казань, 1984. – С. 25–27.

і працівником у процесі виконання ним трудової функції і реалізації інших умов трудового договору. Навіть в умовах сучасної економіки підставою для висновків щодо суспільних відносин у сфері праці не може бути тільки захоплення ринковими перетвореннями. Тому навряд чи можна назвати доречною в правничій літературі характеристику предмета трудового договору як «робочої сили конкретної людини», під якою розуміється «сукупність фізичних і духовних здібностей людини»¹.

Правовою формою індивідуально-договірного регулювання є трудовий договір (контракт) як універсальна форма виникнення трудових правовідносин. Р. Лівшиць цілком слушно вважав рамки трудового договору межею індивідуальних трудових відносин².

Нормативний договір визнається в теорії права однією з форм (джерел) права. У трудовому праві нормативний договір має значне поширення, вважають російські вчені-теоретики В. Лазарєв і Н. Гранат³. Але нормативний характер не можна поширити на все договірне регулювання у трудовому праві. Навряд чи трудовий договір, контракт можуть бути визнані нормативними договорами, якщо вони вміщують норми права. Складно уявити, що трудовий договір може містити норми права, бо йому не властиві ознаки, які вчені-теоретики права вважають необхідними для норм права – загальнообов’язковість, невизначеність кола суб’єктів, формальна визначеність та обов’язкова письмова форма⁴. Домовившись про включення до трудового договору (контракту) певних умов, сторони не створюють норми або будь-який режим правового регулювання. Вони покладають на себе певні зобов’язання та визнають відповідні права один до одного, а нормативне регулювання щодо цих прав і обов’язків поширюється на відносини за їх участю незалежно від їх бажання, від того, погоджуються чи не погоджуються з ним сторони.

Договори є актами реалізації права, завдяки яким здійснюються втілені в правах і обов’язках міри можливої та дозволеної поведінки⁵.

¹ Див.: Докучаева, М. В. Регулирование трудовых отношений в коллективе: сравнительный анализ Кодексов законов о труде [Текст] / М. В. Докучаева. – СПб., 1996. – С. 63.

² Иванов, С. А. Советское трудовое право: вопросы теории [Текст] / С. А. Иванов, Р. З. Лившиц, Ю. П. Орловский. – М., 1978. – С. 10.

³ Див.: Общая теория государства и права. Академический курс [Текст] : в 2 т. Т. 2. Теория права / под ред. М. Н. Марченко. – М., 1998. – С. 180.

⁴ Там само. – С. 215–217.

⁵ Див.: Теория государства и права [Текст] / под ред. В. М. Корельского и В. Д. Первалова. – М., 1997. – С. 270.

Індивідуальне встановлення умов праці найчастіше розглядається як допоміжна форма, що регулює відносини разом з іншими формами (централізованою, галузевою, локальною)¹. Недаремно в трудовому праві договорами нормативного змісту вважаються саме колективні договори². М. Лушнікова, аналізуючи погляди Л. Таля і Г. Єллінека на природу колективного договору, зробила слушний висновок, що наука трудового права підтримала концепцію його змішаної природи, коли договір, маючи джерелом волю сторін, містить створені нові правові норми³.

Установлюючи умови праці, сторони трудового договору (контракту) не можуть знизити гарантії, передбачені законодавством (принцип *in favorem*). Відповідно до ст. 9 КЗпП України умови договорів про працю, що погіршують становище працівника порівняно із законодавством про працю, визнаються недійсними. Навряд чи ця стаття «стала істотною перепорою для впровадження ринкових елементів у трудові відносини», оскільки забороняє працівникам відмовитись від прав, передбачених законодавством⁴. Відмова від прав не завжди сприятиме розкриттю творчого потенціалу працівника, а ось отримати його «згону» на гірші, порівняно із законодавством, умови праці для роботодавця нескладно.

Деякі дослідники пишуть навіть про наявність «тіньового трудового права» як засобу регулювання «тіньової» зайнятості. Так, зобов'язуючись регулярно виплачувати заробітну плату, роботодавець з мовчазної згоди працівника встановлює, наприклад, 48-годинний робочий тиждень, вводить штрафи за порушення трудової дисципліни, повністю ігнорує правила надурочної роботи; при цьому трудовий договір не укладається або відомості в ньому носять фіктивний характер, а звільнення здійснюється на розсуд роботодавця⁵. Звичайно, ніякого «тіньового» трудового права тут немає, а має місце банальне порушен-

¹ Див.: Безина, А. К. Установление индивидуальных условий труда по соглашению сторон трудового договора [Текст] / А. К. Безина // XXV съезд КПСС и развитие науки трудового права и социального обеспечения. – М., 1978. – С. 109.

² Див.: Общая теория государства и права. Академический курс [Текст] : в 2 т. Т. 2. Теория права / под ред. М. Н. Марченко. – М., 1998. – С. 152.

³ Лушникова, М. В. Правовой механизм социального партнерства в регулировании трудовых и социально-обеспечительных отношений (сравнительно-правовое исследование) [Текст] : дис. ... д-ра юрид. наук / М. В. Лушникова. – М., 1997. – С. 43.

⁴ Див.: Ротань, В. Г. Науково-практичний коментар до законодавства України про працю [Текст] / В. Г. Ротань. – 8-ме вид., допов. і переробл. – К. : А.С.К., 2007. – С. 75.

⁵ Див.: Черных, А. В. Проблемы реформирования социально-трудовых отношений и пути их решения в новом трудовом кодексе Российской Федерации [Текст] / А. В. Черных // Фундаментальные и прикладные проблемы развития юридической науки : тез. докл. науч.-практ. конф. – Пермь, 1998. – С. 98–99.

ня трудового законодавства при такому нібито договірному регулюванні відносин.

Вчення про трудовий договір не таке розвинене, як учення про цивільний договір, і це не недолік, а особливість трудового права. Але це не означає, що трудові відносини потребують субсидіарного застосування цивільно-правових норм. Навпаки, договірне регулювання, що сформувалося в цивільному праві в основному для регулювання майнового обігу, не можна поширити на трудові відносини, оскільки останні мають істотні особливості, пов'язані з людиною як носієм здібностей до праці.

Іноді у правовій літературі порівняння трудового і цивільно-правового договорів поширюється на співвідношення трудового і цивільного права, і такий спосіб порівняння не завжди коректний. Одна справа – зіставляти договори або правовідносини, що виникають на їх основі, а інша – галузі права. Підстав для зіставлення цих двох галузей права набагато більше, ніж договорів або правовідносин у зазначених галузях, – це і предмет, і особливості методу правового регулювання, і призначення, і зміст (система) галузі і багато чого іншого. До того ж таке зіставлення може призвести до необґрунтованих висновків. Так, М. І. Брагинський, порівнюючи трудове право із цивільним через порівняння договорів, зводить самостійність трудового договору (а треба розуміти, і трудового права) до двох ознак: по-перше, підкорення працівників трудовому режиму, по-друге, чомусь до відсутності відповідальності працівника за результат роботи¹. Дійсно, якщо під результатом роботи розуміти очікування економічного ефекту, що не виключає комерційного ризику, то він залежить не тільки від працівника. Але якщо результатами роботи вважати виконання працівником визначеного трудовим договором завдання, що входить в поняття «робота», то не зовсім зрозуміло, чому працівник не повинен відповідати за результат. Адже за трудовим договором він зобов'язується виконувати роботу за певною спеціальністю, кваліфікацією, посадою і оплата його праці буде залежати від кількості і якості витраченої праці, тобто від виконаної роботи. Не досягши певного результату, тобто не виконавши роботу належної якості, працівник не може розраховувати на оплату, так само як і підрядник ризикує залишитися без прибутку в разі неякісного виконання зобов'язань за договором підяду – його роботу ніхто не прийме і не оплатить. У трудовому законодавстві також прямо вказано, що повний

¹ Брагинский, М. И. Договорное право: Общие положения [Текст] / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – М. : Статут, 1997. – С. 22–23.

брак з вини працівника не оплачується (ч. 3 ст. 112 КЗпП України). Підрядник зазнає збитків від витрат на виконання неприйнятих робіт, так само як і працівник повинен буде відшкодувати власнику підприємства збитки, заподіяні браком (п. 1 ст. 133 КЗпП України).

Стосовно режиму роботи М. І. Брагинський також не приводить переконливих аргументів, вважаючи необхідність підкорятися волі іншої сторони властивою будь-якому цивільно-правовому зобов'язанню взагалі і договору зокрема. При цьому він має на увазі, що боржник у рамках, визначених договором, підкоряється волі кредитора¹. Навіть не зважаючи на застереження, що в трудовому договорі підкорення носить більш широкий характер, складно погодитися з цією думкою. Режим роботи – не просто підкорення роботодавцеві, а об'єктивно необхідний порядок у сфері організації праці, що установлюється локальними актами на основі централізованих нормативних актів.

Відома позиція Л. С. Талья, який схильний був погодитися з думками німецьких учених щодо існування, нарівні з окремими видами, загального типу трудового договору, коли підряд і наймання послуг за своєю економічною природою належать до трудових договорів у широкому значенні². На відміну від цивільно-правового договору, що об'єднує різні типи договірних відносин (купівлі-продажу, підряду, майнового найму і т. п.), трудовий договір – не збірне, а єдине поняття, що відображає всі елементи відносин з приводу використання працівником сили (організаційні, професійні, майнові й інші). Тому, як вважав О. С. Пашков, є всі підстави конструювати єдину модель трудового договору як родового поняття, відзначаючи характерні його ознаки: особистий характер, специфічний предмет, підпорядкування працівника внутрішньому трудовому розпорядку. Отже, при роботі за трудовим договором правовій регламентації підлягає сам процес праці та її умови³. Але справа не тільки в цьому. Не можна з порівняння частин виводити закономірності для загальних явищ. Яким би важливим не був інститут трудового договору для трудового права, поширювати його характеристики на весь предмет галузі неможливо.

У цілому можна запропонувати метод «від протилежного» – ознаки праці та галузі поширити на ознаки договору. Аналіз як норматив-

¹ Брагинский, М. И. Договорное право: Общие положения [Текст] / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – М. : Статут, 1997. – С. 23.

² Таль, Л. С. Трудовой договор. Цивилистическое исследование. Общие учения [Текст] / Л. С. Таль. – Ярославль, 1913. – С. 45.

³ Пашков, А. С. Договоры о труде в условиях многоукладной экономики [Текст] / А. С. Пашков // Государство и право. – 1993. – № 6. – С. 60.

них, так і дослідницьких джерел дозволяє сформулювати принаймні такі ознаки, за якими визначається сфера дії трудового права: 1) трудове право регулює відносини кооперованої (або суспільної) праці. Норми трудового законодавства поширюються тільки на ту працю, що має суспільний характер. Не регулюється трудовим законодавством праця у власному домогосподарстві, праця «на себе»; 2) трудове право регулює відносини, що виникають з вільної праці. Трудове законодавство регулює відносини договірної праці, де є вільне волевиявлення, відсутній примус у будь-якому вигляді, включаючи обов'язки військової та напіввійськової служби. По-перше, трудове право не поширюється на примусову працю, тому воно не буде діяти при залученні до праці на підставі кримінального покарання або адміністративного арешту (норми законодавства про працю тут застосовуються тільки щодо окремих питань – при обмеженні тривалості робочого часу, встановленні режиму роботи, підсумкового обліку робочого часу, звільненні від роботи у святкові дні – глава 18 Кримінально-виконавчого кодексу (далі — КВК) України. По-друге, примус до праці у трудових відносинах не дозволяється, тому забороняється залучення до будь-якої роботи, яку працівник вільно не обирає або на яку вільно не погоджується; 3) трудове право регулює відносини найманої (несамостійної) праці. Наймана праця означає її здійснення особою, що не є власником майна підприємства. Трудове законодавство діє там, де є відносини між роботодавцем-власником майна або уповноваженим ним органом та найманою особою. Майнові відносини трудове законодавство не регулює, до його сфери не включаються відносини між власниками підприємств. За трудовим договором працівник дійсно не несе ризику, бо не він здійснює підприємницьку діяльність, а умови оплати праці не схожі на механізм формування прибутку, який залежить від маси чинників, у тому числі й об'єктивного характеру, що не залежать від дій підприємця (кон'юнктура на ринку товарів та послуг, падіння попиту на продукцію та послуги й т. ін.); 4) трудове право регулює відносини організованої праці. Сучасна праця носить, як правило, кооперований характер, і в трудовому процесі задіяно багато людей, які мають співпрацювати між собою. У сучасному виробництві використовуються складна техніка та обладнання, що можуть бути джерелами підвищеної небезпеки, а тому процес праці має бути організований із мінімалізацією ризиків, з відповідним рівнем безпеки. Працівник повинен виконувати роботу певного роду та виду, визначені професією,

спеціальністю, кваліфікацією, посадою. Працівник підкоряється правилам внутрішнього трудового розпорядку, відповідному режиму роботи. Саме з цієї ознаки праці випливає чи не найголовніший висновок – трудове право регулює не результат, а процес праці; 5) трудове право регулює відносини з утилітарної праці, яка виконується на результат, що має реалізуватися. Тобто праця відплачується, бо здійснювана на майновому характері. Праця нормується, працівник виконує визначену роботу певної якості, що відповідно оплачується.

С. П. Маврін і Є. Б. Хохлов правильно помітили необхідність урахування реалій країни у створенні сучасного трудового права. В Україні, на відміну від англосаксонських країн і країн континентальної Європи, ідеї лібералізму не є такими сильними, щоб контрактне або договірне право стало основою регулювання трудових відносин. У нас не склався по-справжньому ринок праці, профспілки не повністю реалізують повноваження з регулювання соціально-економічних відносин, і ні працівники, ні підприємці не схильні чекати, коли природно-історичні процеси приведуть до формування високоефективної моделі ринкової економіки і створення нормального механізму регулювання трудових відносин. У цих умовах важлива роль відводиться державі.

Аналізуючи наведені у правничій літературі думки з приводу значення індивідуально-договірного регулювання, О. Безіна небезпідставно висловилася за його більш глибоке й різноманітне соціальне та правове значення, ніж це звичайно розуміється. На її думку, ця форма дозволяє швидше врахувати зміни соціальних та виробничих умов; підвищити соціальну активність особи, врахувати інтереси та здібності конкретного працівника; дає можливість подолати «рівний масштаб» до нерівних людей; підвищити значущість трудового договору; дозволяє зважати на моральні якості, поведінку працівника¹.

Розвиненість правових форм регулювання відносин, наявність численних нормативно-правових актів, багаторічна колективно-договірна практика обумовили принципи, на яких базується колективно-договірне регулювання: додержання норм законодавства; повноважність представників сторін; рівноправність сторін і добровільність прийняття зобов'язань; свобода вибору і обговорення змісту договорів та угод; реальність забезпечення виконання зобов'язань; систематич-

¹ Безіна, А. К. Индивидуально-договорное регулирование труда рабочих и служащих [Текст] / А. К. Безіна, А. А. Бикеев, Д. А. Сафина. – Казань, 1984. – С. 10–12.

ність контролю і невідворотність відповідальності, що забезпечує їх виконання¹.

Коллективно-договірне регулювання існує в межах підприємства, де саме і діє трудовий колектив. Р. Лівшиць правильно зазначив, що рівень підприємства є розподільним критерієм для визначення органів, які приймають нормативні акти: акти, що приймаються органами, вищими по відношенню до підприємства, вважаються централізованими; акти, що приймаються на самому підприємстві, – локальними. Компетенція підприємства обрана не випадково, бо саме на підприємстві застосовуються норми трудового права. З теоретичної точки зору важливо, чи збігаються суб'єкти встановлення та застосування правових норм: якщо збігаються, то ми маємо справу з локальними актами, якщо не збігаються – із централізованими².

Предметом колективно-договірного регулювання є відносини, що виникають на підприємстві з приводу як організації праці, так і соціально-економічних питань. Якщо раніше адміністрація і колектив вирішували питання загального характеру, то зараз предмет колективно-договірного регулювання значно конкретизувався і взаємні зобов'язання сторін щодо регулювання виробничих, трудових, соціально-економічних відносин розписуються детальніше. До того ж у колективному договорі можуть передбачатися додаткові, порівняно з чинним законодавством і угодами, гарантії, соціально-побутові умови, пільги. Наприклад, у колективному договорі ВАТ «Краснодонвугілля» від 03.02.2010 р. міститься Положення про інтегровану систему винагороди, що включає Положення про преміювання за перевиконання норм виробітку, Положення про преміювання за напружену працю, Положення про встановлення доплат до базових окладів працівників, Положення про преміювання робітників, керівників і фахівців за основні результати господарської діяльності, Положення про оплату праці перших керівників структурних підрозділів, Положення про виплату працівникам за вислугу років, Положення про винагороду за загальні річні підсумки, Положення про преміювання працівників за зберігання матеріальних ресурсів, Положення про преміювання за виконання особливо важливих виробничих завдань, Положення про коригування фонду

¹ Див.: Муцинова, Н. А. Коллективный договор и соглашение как формы социального партнерства в сфере труда [Текст] / Н. А. Муцинова // Правоведение. – 2000. – № 1. – С. 105–106.

² Див.: Иванов, С. А. Советское трудовое право: вопросы теории [Текст] / С. А. Иванов, Р. З. Лившиц, Ю. П. Орловский. – М., 1978. – С. 159.

оплати праці. Але найбільш цікавим для дослідників договірною регулювання є те, що відповідно до Положення про розподіл премії за перевиконання норм виробітку, премії за основні результати виробничо-господарської діяльності, премії за напружену працю між членами бригади із використанням коефіцієнта трудової участі розмір премії конкретного працівника визначається не суб'єктами трудового договору, а радою бригади (п. 11). Фактична величина коефіцієнта трудової участі кожного члена бригади визначається спільно гірничим майстром і бригадиром (або ланковим) і затверджується трудовим колективом бригади (п. 6).

Звернемо особливу увагу на те, що в колективних договорах реалізуються не тільки соціально-економічні, а й правові інтереси працівників. Наприклад, п. 5.4.1 Колективного договору ЗАО «Лисичанська нафтова інвестиційна компанія», прийнятого на конференції трудового колективу 28.09.2007 р., містить заборону застосовувати контрактну форму трудового договору, яка зменшує рівень гарантій трудових прав працівників.

Такі конструкції демонструють неможливість обмеження регулювання трудових відносин (у цьому випадку – відносин з оплати праці) на рівні трудового договору. У сфері праці об'єктивно існує потреба в органічному поєднанні всіх рівнів договірною регулювання, які доповнюють і розвивають один одного.

Індивідуально-правове регулювання значною мірою почало розвиватися із введенням контрактної форми трудового договору, але сподівання виявились марними, бо контракт так і не перетворився на більш-менш ефективний стимулюючий засіб трудової активності. У зв'язку з цим не можемо поділити думку про те, що головну цінність трудового договору в сучасних умовах складає саме його регулятивна можливість, яка є основою поступового формування контрактного права¹. Швидше мають рацію К. М. Гусов і В. М. Толкунова, які індивідуально-договірне регулювання розглядають як один аж серед семи аспектів значення трудового договору². Принаймні тепер сподіватись на відчутний позитивний ефект від контрактної форми не доводиться, оскільки роботодавці не поспішають стимулювати працівників. Контракт перетворюється на звичайний строковий трудовий договір, що не відповідає його призначенню. Не випадково Законом України від

¹ Див.: Аكوпова, Е. М. Современный трудовой договор (контракт) [Текст] / Е. М. Аكوпова. – М. : Экспертное бюро – М, 1997. – С. 8.

² Гусов, К. Н. Трудовое право России [Текст] : учебник / К. Н. Гусов, В. Н. Толкунова. – М. : Юристъ, 1999. – С. 180–181.

24.12.1999 р. до КЗпП України було внесено зміни, згідно з якими сфера дії контракту визначається не законодавством (до якого, за рішенням Конституційного Суду, входять не тільки закони, а й постанови Верховної Ради, укази та розпорядження Президента, постанови та декрети Кабінету Міністрів), а законами, що значно скорочує сферу дії контрактів.

Значення трудового договору для трудового права полягає перш за все в тому, що трудовий договір як угода сторін, спрямована на встановлення трудових відносин, має універсальний характер та є обов'язковим елементом будь-якої підстави виникнення трудових відносин. Суттєвою особливістю відносин у трудовому праві є загальне правило про укладення безстрокового трудового договору. Строковий трудовий договір укладається у випадках, коли трудові відносини не можуть бути встановлені на невизначений строк з урахуванням характеру наступної роботи, або умови її виконання, або інтересів працівника та в інших випадках, передбачених законодавчими актами (ст. 23 КЗпП України).

Оскільки правовим змістом індивідуальних відносин у сфері праці є суб'єктивні права та юридичні обов'язки і йдеться про забезпечення конституційного права людини на працю, то в сучасному механізмі їх правового регулювання нині перевага надається не індивідуально-договірному, а законодавчому, централізованому методу. Тільки рівень законів може відповідати високому рівню проблеми забезпечення прав людини. У трудових відносинах інтерес фактично збігається із суб'єктивним правом, тому що умови трудового договору, що складають його зміст (про місце роботи, трудову функцію та умови оплати праці), збігаються з тим, що цікавить працівника в першу чергу, – де він буде працювати, ким і як буде оплачуватися його праця.

В міру того як зростає «соціальний» елемент у соціально-трудовах відносинах, змінюється й роль держави в їх регулюванні. Якщо на рівні індивідуальних відносин держава виступає регулятором і гарантом додержання трудових прав (через розробку трудового законодавства та систему державних органів, що здійснюють нагляд і контроль за його додержанням та розглядають спори), то на рівні угод держава через своїх представників стає водночас і суб'єктом цих відносин. Так, відповідно до ч. 4 ст. 3 Закону України «Про колективні договори та угоди» стороною угоди на регіональному рівні можуть бути місцеві органи державної влади. На рівні генеральної угоди суб'єктом виступає вже Кабінет Міністрів як представник держави – власника майна підприємств, що знаходяться в загальнодержавній

власності. Але в цьому процесі важлива не тільки правова основа – управління майном держави, але й зацікавленість держави у забезпеченні соціального миру, бо від страйків потерпає в першу чергу держава – і надходження до бюджету зменшуються, і економіка руйнується, і вирішення більшості питань ліквідації негативних наслідків стає тягарем для держави.

Особливості договірного регулювання праці проявляються на всіх стадіях трудового договору. На стадії укладення трудового договору вони полягають у тому, що трудові відносини виникають на підставі так званих складних юридичних фактів, коли договір є не єдиною підставою, а одним з елементів складу юридичних фактів. До трудового договору приєднуються акти направлення, погодження, затвердження тощо.

Держава втручається в укладення трудового договору, певною мірою обмежуючи право власника вільно підбирати кадри; формує механізм працевлаштування, у якому частково присутні адміністративно-правові засоби регулювання. Це втручання мотивується прагненням гарантувати дотримання прав людини, загальних принципів трудового права, порядку укладення трудового договору. Так, власник зобов'язується укласти трудовий договір з певними категоріями осіб і не може відмовити у прийнятті на роботу працівників, запрошених на роботу в порядку переведення з іншого підприємства, установи, організації; молодих спеціалістів, які закінчили вищий навчальний заклад і в установленому порядку направлені на роботу на це підприємство, в установу, організацію; вагітних жінок, які мають дітей віком до трьох років або дитину-інваліда, а одиноких матерів – за наявності дитини віком до чотирнадцяти років; виборних працівників після закінчення строку повноважень; працівників, яким надано право поворотного прийняття на роботу; інших осіб, з якими власник або уповноважений ним орган відповідно до чинного законодавства зобов'язаний укласти трудовий договір. Згідно з ч. 2 ст. 232 КЗпП України вони можуть оскаржити відмову у прийнятті на роботу безпосередньо до суду.

Держава не може не гарантувати додержання основних конституційних положень, і вона створює правове поле для реалізації права на працю, встановлюючи певні юридичні гарантії. Так, забороняється необґрунтована відмова у прийнятті на роботу. У літературі з трудового права з урахуванням практики вироблено наступне уявлення про необґрунтовану відмову у прийнятті на роботу: по-перше, це незаконна відмова, тобто така, причини якої відносяться до числа заборонених законодавством; по-друге, відмова, що не стосується професійних і ділових якостей особи, яка поступає на роботу; по-третє, немотивована,

тобто відмова без вказівки на які-небудь мотиви (у тому числі й законні). В основі заборони необґрунтованої відмови лежить і рівність громадян перед законом, заборона дискримінації. Незаконною потрібно вважати відмову в прийнятті на роботу за мотивами вагітності або наявності немовляти. Не може служити підставою для відмови в прийнятті на роботу досягнення пенсійного віку (ст. 11 Закону України «Про основні принципи соціального захисту ветеранів праці і інших громадян похилого віку в Україні» від 16.12.1993 р.). Таке принципове положення законодавства повністю відповідає вимогам міжнародних актів, зокрема Конвенції з ініціативи підприємця Міжнародної організації праці про припинення трудових відносин № 158 1982 р., ратифікованої постановою Верховної Ради України 04.02.1994 р., і Рекомендації № 166 МОП 1982 р. з аналогічною назвою. До речі, саме після ратифікації цієї Конвенції Законом України від 12.07.1994 р. із ст. 40 КЗпП України був виключений п. 1¹, що передбачав підставою розірвання трудового договору з ініціативи власника підприємства, установи, організації досягнення пенсійного віку. У ст. 18 Закону України «Про запобігання захворюванню синдромом надбаного імунodefіциту (СНІД) і соціальному захисту населення» від 12.12.1991 р. встановлена заборона ущемлення прав громадянина на основі того, що він є ВІЛ-інфікованим або хворим на СНІД. Незаконною буде й відмова, пов'язана з порушенням принципу рівності людей, проголошеного в ст. 2 Загальної декларації прав людини і закріпленого в ст. 21 Конституції України. Він реалізований у ч. 2 ст. 22 КЗпП України: будь-яке пряме або непряме обмеження прав чи встановлення прямих або непрямих переваг при укладенні, зміні та припиненні трудового договору залежно від походження, соціального і майнового стану, расової та національної приналежності, статі, мови, політичних поглядів, релігійних переконань, членства у професійній спілці чи іншому об'єднанні громадян, роду і характеру занять, місця проживання не допускається.

Держава виконує соціальну функцію, коли сприяє працевлаштуванню осіб, які не в змозі нарівні конкурувати на ринку праці. До таких осіб належать перш за все соціально незахищені верстви населення – ветерани праці та інші громадяни похилого віку (Закон України від 16.12.1993 р. «Про основи соціального захисту ветеранів праці та інших громадян похилого віку»); ветерани війни (Закон України від 22.10.1993 р. «Про статус ветеранів війни, гарантії їх соціального захисту»); інваліди (Закон від 21.03.1991 р. «Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні»).

Певною мірою протекціоністською можна назвати політику держави, коли вона встановлює переважне право своїх громадян перед іноземцями на працевлаштування. Прийняття іноземців на роботу здійснюється тільки за наявності дозволу на працевлаштування, виданого відповідно до «Порядку оформлення іноземцям та особам без громадянства дозволу на працевлаштування в Україні», затвердженого Постановою Кабміну України від 01.11.1999 р. № 2028. У п. 1 Порядку вказано, що дозвіл оформляється іноземному громадянину та особі без громадянства за умови, якщо в країні (регіоні) відсутні працівники, які спроможні виконувати цей вид роботи, або є достатні обґрунтування доцільності використання праці іноземних фахівців, якщо інше не передбачено міжнародними договорами України.

На етапі реалізації умов трудового договору, безпосереднього виконання трудової функції діють такі особливості: власник або уповноважений ним орган не може вимагати від працівника виконання роботи, не обумовленої трудовим договором; додаткові гарантії та пільги встановлено для таких категорій працівників, як жінки, неповнолітні, особи, що поєднують роботу з навчанням; відшкодування матеріальної шкоди, заподіяної працівником майну власника, обмежується як прямою шкодою (що не включає неотриманий прибуток), так і розміром середнього заробітку працівника та ін. На етапі розірвання трудового договору договірне регулювання майже не застосовується, взаємна воля сторін присутня у таких підставах, як угода сторін (п. 1 ст. 36 КЗпП України), закінчення строку дії трудового договору (п. 2 ст. 36 КЗпП України), звільнення у порядку переведення (п. 6 ст. 36 КЗпП України), звільнення за контрактом (п. 8 ст. 36 КЗпП України), що стосується ініціативи власника або уповноваженого ним органу, то ці підстави можуть бути передбачені тільки в законодавстві.

Певні договірні основи спостерігаються і в регулюванні вирішення колективних трудових спорів. Такий спосіб у цивілістичній літературі отримав назву «несудові цивільні юрисдикції». Стимулювання держави на розгляд справ у рамках цієї процедури відбувається різними шляхами, серед яких є, зокрема, економічні (цей вид менш витратний, ніж судовий) і правові (держава видає спеціальні нормативні акти, що регулюють цю процедуру і забезпечують виконання прийнятих у її рамках рішень за допомогою державної системи виконавчого впровадження)¹. Тут договірний характер проявляється в самому прин-

¹ Див.: Решетникова, И. В. Гражданское право и гражданский процесс в современной России [Текст] / И. В. Решетникова, В. В. Янков. – М., 1999. – С. 227–280.

ципі вирішення колективних трудових спорів, коли застосовуються примирні (тобто договірні) процедури з метою вироблення взаємоприйняттого рішення, а участь у примирній процедурі є обов'язком кожної зі сторін (ст. 13 Закону України «Про колективні трудові спори (конфлікти)»); у формуванні складу трудового арбітражу (ч. 3 ст. 11 цього ж Закону); у можливості саме через домовленість сторін устанавлювати обов'язковість виконання рішення трудового арбітражу (ст. 12 цього ж Закону).

Соціально-партнерські угоди на більш високому рівні, ніж підприємства, які з'явилися в період переходу до ринкової економіки, є новим видом правових актів-договорів¹.

Такі колективістські засади соціального партнерства, як наявність колективного інтересу суб'єктів, організація колективних відносин у галузі застосування найманої праці, колективний характер суб'єктів дозволяють порівняти соціальне партнерство в широкому розумінні з індивідуально-договірним регулюванням. Працівники й роботодавці швидше не соціальні, а виробничі або трудові партнери, оскільки відносини між ними в основному стосуються праці та соціально-побутових умов працюючих. Соціальне партнерство, що складається в Україні, у власному розумінні не можна назвати колективно-договірним регулюванням, тому що сфера його дії знаходиться за межами підприємства і, відповідно, колективу; суб'єктами є не трудові колективи й роботодавці, а об'єднання профспілок, об'єднання роботодавців і органи державної виконавчої влади або органи місцевого самоврядування; формами є не колективні договори, а угоди із соціально-економічних питань, які колективними не бувають.

Соціальне партнерство визначається науковцями як співпраця між органами державної влади і представниками сторін трудових відносин з метою розвитку економіки, поліпшення умов праці і підвищення життєвого рівня трудящих².

Сучасне розуміння соціального партнерства в Україні полягає в тому, що соціальні партнери мають будувати свої відносини на засадах соціального діалогу. Відповідно до ст. 1 Закону України «Про соціальний діалог в Україні» від 23 грудня 2010 р. № 2862-VI соціальний діалог – процес визначення та зближення позицій, досягнення

¹ Див.: Гусов, К. Н. Трудовое право России [Текст] / К. Н. Гусов, В. Н. Толкунова. – 2-е изд., доп. и испр. – М., 1999. – С. 145.

² Див.: Словарь по трудовому праву [Текст] / отв. ред. Ю. П. Орловский. – М., 1998. – С. 448.

спільних домовленостей та прийняття узгоджених рішень сторонами соціального діалогу, які представляють інтереси працівників, роботодавців та органів виконавчої влади і органів місцевого самоврядування, з питань формування та реалізації державної соціальної та економічної політики, регулювання трудових, соціальних, економічних відносин.

Діалог між соціальними партнерами будується на основі трипартизму при значній ролі держави у цьому процесі. Участь органів державної виконавчої влади та органів місцевого самоврядування надає нові якості відносинам між профспілками і об'єднаннями роботодавців, що відповідає духу й змісту міжнародних актів про тристороннє співробітництво¹. Національна тристороння соціально-економічна рада України², як і постійно діюча загальнонаціональна Російська комісія з регулювання соціально-трудова відносин³, діють саме на основі трипартизму.

Предмет соціального партнерства значно ширший, ніж у колективно-договірному регулюванні; до нього входять не тільки соціально-трудова, а й зазначені у ст. 1 Закону України «Про соціальний діалог в Україні» відносини із формування та реалізації державної соціальної та економічної політики. Згідно зі ст. 8 Закону України «Про колективні договори (угоди)» угодою на державному рівні регулюються основні принципи і норми⁴ реалізації соціально-економічної політики і трудових відносин. Генеральна угода на 2010–2012 рр. містить численні заходи сторін у сферах рівня життя, житловій, охорони здоров'я, освіти, соціального захисту, задоволення соціально-культурних та духовних потреб населення, які стосуються не тільки трудящих, а й усього населення держави.

Правовими формами соціально-партнерських відносин є угоди на державному, галузевому, регіональному рівнях на двосторонній

¹ Див., наприклад: Рекомендація 113 МОП про консультації та співробітництво між державною владою і організаціями підприємців та трудящих у галузевому та національному масштабі 1960 року [Текст] // Конвенции и рекомендации, принятые Международной конференцией труда, 1957–1990. Т. II. Международное бюро труда. – Женева, 1991. – С. 1292.

² Див.: Указ Президента України «Про розвиток соціального діалогу в Україні» від 29 грудня 2005 р. № 1871/2005.

³ Див.: О коллективных договорах и соглашениях : Закон РФ от 11 марта 1992 г. № 2490-І с изменениями от 24 ноября 1995 г. // Собрание законодательства Рос. Федерации. – 1995. – № 48. – Ст. 4558.

⁴ Швидше, в тексті ст. 8 цього Закону замість слова «норми» має бути «форми», бо норми регулюватися не можуть.

основі (ч. 2 ст. 2 Закону «Про колективні договори (угоди)»). Двостороння основа ще не означає, що в укладенні угод беруть участь тільки два суб'єкти соціального партнерства. Так, у Генеральній угоді на 2010–2012 роки беруть участь Кабінет Міністрів України та Спільний представницький орган сторони роботодавців на національному рівні (далі – Сторона власників, зазначених у додатку 1), з однієї сторони, та Сторона профспілок в особі Спільного представницького органу всеукраїнських профспілок та профспілкових об'єднань – з другої. Хоча в Загальних положеннях цього акта зазначено, що Кабінет Міністрів України виступає повноважним представником власників, із змісту багатьох пунктів випливає, що фактично він діє як орган державної виконавчої влади. Наприклад, зобов'язання Кабінету Міністрів у сфері соціального захисту працівників, задоволення духовних потреб населення виходять за межі його повноважень як представника власників, а такі фрази, як «створити протягом дії Угоди служби охорони праці в органах виконавчої влади відповідно до законодавства України» (п. 3.12), «не допускати подання на розгляд Верховної Ради України та прийняття Кабінетом Міністрів України, іншими органами виконавчої влади рішень щодо фінансування за рахунок коштів фондів загальнообов'язкового державного соціального страхування видатків, не передбачених законодавством» (п. 4.17) не залишають сумнівів, що Кабінет Міністрів діє як вищий орган у системі виконавчої влади. Отже, зміст Генеральної угоди свідчить про трипартизм як основу його розробки, а формулювання статусу Кабінету Міністрів у загальних положеннях Генеральної угоди не відповідає фактичним повноваженням.

Глава 2

Трудовий договір

Ринкова економіка вносить істотні зміни у зміст трудових відносин і в правове положення їх суб'єктів у зв'язку із впровадженням нових форм власності й методів господарювання, а також формуванням ринку праці. Трудове законодавство – єдина галузь, здатна не тільки безпосередньо впливати на основну виробничу силу – людей, що є носіями робочої сили, а й захистити їх у процесі трудової діяльності та від безробіття. Під впливом системи норм законодавства про працю формується правовий механізм соціального захисту працівників. У царині регулювання трудових відносин неминучим є перехід від централізованого державного регулювання до колективно- та індивідуально-договірних методів визначення умов праці, щоб підвищити заінтересованість працівника до праці, змінити мотиви його трудової діяльності й обмежити незаконне втручання у сферу праці. Договірний метод регулювання трудових відносин дає можливість підприємствам, установам та організаціям у межах своїх повноважень і за рахунок власних коштів установлювати додаткові порівняно із законодавством трудові й соціально-побутові пільги для працівників. Центральне місце в механізмі індивідуально-договірних регулювань умов праці займає трудовий договір. Він забезпечує раціональну й ефективну реалізацію найважливіших соціально-економічних прав громадян: права на працю та права на вибір виду зайнятості, тобто допомагає вільно визначати місце, час і інші особливості, пов'язані з їх реалізацією. А це, у свою чергу, стимулює активність, трудову ініціативу працівника, його професійний ріст, якісне виконання трудових обов'язків, гармонізацію інтересів сторін трудових правовідносин. Трудові договори посилюють правову захищеність працівника на всіх стадіях виникнення, зміни та припинення трудових правовідносин, здійснюючи серйозний вплив на інститути трудового права, процеси встановлення умов праці, її оплати й інші елементи правового становища учасників правовідносин. Усього в Україні на умовах трудового договору зайнято і підпадає під дію законодавства про працю 20 мільйонів осіб віком від 15 до 70 років, з них 11,3 мільйона – у галузях економіки, у тому числі 3,4 мільйона – у промисловості¹.

¹ Про Рекомендації парламентських слухань на тему: «Про стан дотримання конституційних гарантій трудових прав громадян» (постанова Верхов. Ради України від 15.01.2009 р. № 892-VI).

Трудовий договір має як економічне, так і юридичне значення. Економічне значення трудового договору полягає в забезпеченні потреб його сторін – працівника та роботодавця. Юридичне значення терміна «трудовий договір» є багатоцільовим. По-перше, трудовий договір є найважливішим інститутом трудового права, що займає центральне місце в його системі та системі законодавства про працю. По-друге, він є важливою гарантією таких взаємопов'язаних трудових прав, як право на працю, право на вибір виду зайнятості й виключного права громадянина на розпорядження своїми здібностями до праці. Тісний зв'язок трудового договору з цими суб'єктивними правами зумовлює розвиток різних видів індивідуальних договорів про працю в умовах ринкової економіки, що дає можливість сторонам повніше враховувати взаємні інтереси й потреби при встановленні, зміні та припиненні трудових правовідносин. Договір є тим чинником, елементом, що пов'язує між собою правовідносини з працевлаштування та трудові правовідносини. Його укладення означає припинення перших і появу других. По-третє, трудовий договір є умовою для застосування до працівника трудового законодавства. Уклавши його, фізична особа здобуває статус працівника і на неї поширюються нормативні акти в галузі праці, у тому числі й локальні. По-четверте, трудовий договір є підставою виникнення трудових правовідносин і створює юридичну базу для їх функціонування. Договір є регулятором трудових та деяких пов'язаних із ними відносин. Значення конкретного трудового договору полягає в тому, що він виступає базою існування та розвитку правових відносин у сфері застосування праці.

Згідно з ч. 1 ст. 21 КЗпП України трудовий договір – це угода між працівником і роботодавцем, за якою працівник зобов'язується виконувати роботу, визначену цією угодою, з підляганням внутрішньому трудовому розпорядку, а роботодавець зобов'язується виплачувати заробітну плату і забезпечувати умови праці, необхідні для виконання роботи, передбачені законодавством про працю, колективним договором і угодою сторін.

Як бачимо, у трудовому договорі діють дві сторони, які мають відповідні права та зобов'язання один щодо іншого (роботодавець та працівник). Усі інші суб'єкти мають право втручання у взаємовідносини двох вищезазначених сторін лише у випадках та порядку, суворо регламентованих законодавством України.

За загальним правилом працівником не може бути особа молодша шістнадцяти років. Відповідно до ст. 188 КЗпП України, як виняток,

за згодою одного із батьків або особи, що його замінює, можуть прийматися на роботу особи, які досягли п'ятнадцяти років. Для підготовки молоді до продуктивної праці допускається прийняття на роботу учнів загальноосвітніх шкіл, професійно-технічних і середніх спеціальних навчальних закладів для виконання легкої праці, що не завдає шкоди здоров'ю і не порушує процесу навчання, у вільний від навчання час по досягненню ними чотирнадцятирічного віку за згодою одного з батьків або особи, що його замінює. Це цілком відповідає вимогам міжнародних актів. Так, за ст. 2 Конвенції МОП № 138 «Про мінімальний вік для прийому на роботу» 1973 р. (ратифікована Україною 7 березня 1979 р.) мінімальний вік для прийому на роботу не повинен бути нижчим, ніж вік закінчення обов'язкової шкільної освіти та в будь-якому випадку не може бути нижчим ніж 15 років. Однак країна, економіка і система освіти якої недостатньо розвинені, може після консультацій із заінтересованими організаціями роботодавців і працівників установити як мінімальний вік у 14 років. Кожна країна – член МОП, яка встановила вік у 14 років як мінімальний, включає до своїх доповідей про виконання Конвенції № 138 заяву про те, що: а) причини, які зумовили таке рішення, не змінилися; або б) вона відмовляється від такого рішення, починаючи з певної дати. Мінімальний вік для прийому на будь-який вид роботи за наймом або іншої роботи, яка за своїм характером або через умови, у яких вона здійснюється, може завдати шкоди здоров'ю, безпеці або моральності підлітка, не може бути нижчим ніж 18 років. Види цих робіт визначаються національними законами або правилами, компетентними органами влади після консультацій з відповідними організаціями роботодавців і працівників. Однак компетентні органи влади в національному законодавстві можуть після консультації із соціальними партнерами дозволяти роботу за наймом або інший вид роботи особам віком не молодше 16 років за умови, що здоров'я, безпека і моральність цих підлітків повністю захищені і що ці підлітки отримали достатнє спеціальне навчання чи професійну підготовку у відповідній галузі діяльності. Національним законодавством може допускатися прийом на роботу за наймом або на іншу роботу осіб у віці від 13 до 15 років для легкої роботи, яка: а) не є шкідливою для їх здоров'я або розвитку; б) не перешкоджає відвідуванню школи, їх участі в затверджених компетентними органами влади програмах професійної орієнтації або підготовки або їх можливостям скористатися отриманим навчанням.

Роботодавцем – стороною трудового договору – може бути як фізична, так і юридична особа. Фізичні особи-роботодавці поділяються:

1) на фізичних осіб – суб'єктів підприємницької діяльності без створення юридичної особи з правом найму працівників; 2) на фізичних осіб, які використовують найману працю, пов'язану з наданням особистих послуг (кухарі, няньки, водії тощо). Право фізичної особи – суб'єкта підприємницької діяльності бути роботодавцем підтверджує і ст. 128 ГК України, відповідно до якої громадянин може здійснювати підприємницьку діяльність із залученням або без залучення найманої праці. Юридична особа може бути роботодавцем незалежно від організаційно-правової форми, форми власності, галузевої належності, підпорядкування та інших ознак.

Трудова діяльність, здійснювана в рамках трудового договору, характеризується низкою правових ознак¹:

1) праця юридично несамостійна, така, що здійснюється у певного роботодавця (юридичної або фізичної особи) шляхом включення працівника у списковий склад;

2) виконується не одноразове трудове завдання, а робота певного виду (трудова функція) шляхом визначення для працівника посади, спеціальності, кваліфікації;

3) робота здійснюється не на свій підприємницький ризик, а шляхом виконання вказівок і розпоряджень роботодавця або уповноваженого ним органу з дотриманням установлених правил внутрішнього трудового розпорядку;

4) вимагається виконання протягом встановленого робочого часу певного обсягу праці (норм праці);

5) передбачається систематичне отримання від роботодавця у встановлені строки грошової винагороди за роботу, що виконується, із забезпеченням установлених законодавством гарантій та участі роботодавця у фінансуванні соціального страхування працівника;

6) трудовий договір, як правило, укладається на невизначений термін і лише в деяких випадках укладається строковий трудовий договір.

Останнім часом, коли господарські товариства часто практикують прийом на роботу працівників без оформлення трудових договорів, а використовують цивільно-правові договори, особливої актуальності набуло питання щодо їх розмежування. Відмежовувати трудовий договір від цивільного договору, пов'язаного із працею, необхідно для того, щоб правильно застосовувати законодавство. Їх розмежування

¹ Болотіна, Н. Б. Трудовий договір та його сторони [Текст] / Н. Б. Болотіна // Праця і закон. – 2008. – № 9 (105). – С. 33.

має велике практичне значення через відсутність поширення норм законодавства про працю на відносини сторін за цивільними договорами, що може серйозно погіршити правове становище найманих працівників та негативно вплинути на відповідні гарантії.

Згідно зі ст. 626 ЦК України договором є домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Сторони є вільними в його укладенні, виборі контрагента та визначенні умов з урахуванням вимог ЦК України, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості. Зміст договору становлять умови (пункти), визначені на розсуд сторін і погоджені ними, та умови, які є обов'язковими відповідно до актів цивільного законодавства. Договір є обов'язковим для виконання сторонами.

Суміжними цивільно-правовими договорами щодо трудових є договори, що стосуються трудової діяльності фізичних осіб (договір про надання послуг, підряду, доручення, авторський договір та ін.). Нагадаємо, що за договором про надання послуг одна сторона (виконавець) зобов'язується за завданням другої сторони (замовника) надати послугу, яка споживається у процесі вчинення певної дії або здійснення певної діяльності, а замовник зобов'язується оплатити виконавцеві зазначену послугу, якщо інше не встановлено договором. За договором підряду одна сторона (підрядник) зобов'язується на свій ризик виконати певну роботу за завданням другої сторони (замовника), а замовник зобов'язується прийняти та оплатити виконану роботу. За договором доручення одна сторона (повірений) зобов'язується вчинити від імені та за рахунок другої сторони (довірителя) певні юридичні дії. Отже, цивільно-правовий договір, пов'язаний із працею, є угодою між його сторонами на виконання певної роботи, предметом якої є надання певного результату праці, однак за цього виду договору трудові відносини, на які поширюється законодавство про працю, не виникають. Укладення із громадянами цивільно-правових, а не трудових, договорів створює для юридичних та фізичних осіб певні переваги: а) оплачується не час, витрачений працівником, а тільки кінцевий результат; б) якщо немає кінцевого результату, передбаченого договором, то за відсутності вини замовника робота підрядника не оплачується; в) не ведеться трудова книжка; г) не оплачується лікарняний листок, відпустка, допомога по вагітності та пологах тощо; г) не потрібно оформляти звільнення й відсутні розрахунки, пов'язані з цим; д) не діють числен-

ні пільги, передбачені трудовим законодавством – вихідна допомога, компенсації, обмеження матеріальної відповідальності працівника за шкоду, заподіяну підприємству, тощо; е) при майновій відповідальності за цивільними договорами діє принцип повного відшкодування збитків (відшкодовуються в тому числі і неoderжані прибутки); є) із закінченням виконання дорученої роботи припиняються й будь-які відносини між сторонами. Однак слід зауважити, що переваги за цивільними договорами, пов'язаними з працею, отримують переважно наймачі, працівники ж зазнають суттєвого утиску своїх трудових прав та їх гарантій.

За таких умов у підприємця інколи з'являється спокуса укладенням цивільно-правового договору приховати трудовий договір, насправді укладений з працівником. Хоча норми, які б вирішувати це питання в законодавстві про працю, відсутні, слід пам'ятати, що за ч. 1 ст. 9 ЦК України положення цього Кодексу застосовуються до врегулювання трудових відносин, якщо вони не врегульовані іншими актами законодавства. Згідно зі ст. 235 ЦК України правочин, який вчинено сторонами для приховання іншого правочину, який вони насправді вчинили, є удаванним. Якщо буде встановлено, що правочин був вчинений сторонами для приховання іншого правочину, який вони насправді вчинили, відносини сторін регулюються правилами щодо правочину, який сторони насправді вчинили. Тобто в разі виникнення спору суд, керуючись вимогами чинного законодавства, може визнати, що сторони уклали трудовий договір, отже, відносини між ними повинні регулюватися вимогами законодавства про працю.

За трудовим договором працівник виконує трудову функцію, тобто працівника приймають на роботу (посаду), включену до штату підприємства, для виконання певної роботи (певних функцій) за конкретною кваліфікацією, професією, посадою, а за цивільно-правовим договором, пов'язаним із працею, трудящий (він має статус підрядника або виконавця, але не працівника) виконує індивідуальне завдання, за яким обумовлюється кінцевий результат праці (наприклад, посадити дерево, побудувати будинок, написати підручник тощо). Тобто предметом трудового договору є процес трудової діяльності, її організація (жива праця людини). За цивільно-правовим договором процес організації трудової діяльності залишається за його межами, метою договору є одержання певного матеріального результату або виконання завдання одноразового характеру.

Трудовий договір має особистий характер унаслідок того, що виконання трудової функції можливе тільки особисто працівником,

оскільки здатністю до праці може розпорядитися тільки її власник. У процесі виконання трудової функції працівник зобов'язаний підкорятися правилам внутрішнього трудового розпорядку. У разі їх порушення роботодавець може застосувати до винного дисциплінарні стягнення, передбачені законодавством про працю. У цивільних договорах у разі невиконання умов настає цивільно-правова відповідальність. За трудовим договором обов'язок забезпечувати необхідні умови праці покладений на роботодавця. Підрядник або виконавець, на відміну від працівника, не підпорядковується внутрішньому трудовому розпорядку, а сам організовує свою роботу й виконує її на власний ризик.

Існують також свої особливості стосовно питання винагороди за працю. Так, у трудовому договорі винагорода виплачується у формі заробітної плати за заздалегідь установленими нормами, систематично, має свою структуру, обмежена мінімальним розміром і зазнає детального правового регламентування. Працівникові гарантується заробітна плата, установлені трудовим законодавством гарантії, пільги, компенсації тощо (оплата відпусток та інших видів часу відпочинку, лікарняні, вихідна допомога та ін.) Винагорода за цивільним договором визначається угодою сторін, а її мінімальний розмір не визначений. Зокрема, за договором підяду оплачуються результати роботи, котрі визначаються після закінчення роботи і оформляються актами здавання-приймання виконаних робіт (наданих послуг), на підставі яких проводиться їх оплата. Договором також може бути передбачено попередню або поетапну оплату. У трудовій книжці не робиться запису про виконання роботи за цивільно-правовими договорами.

Ще однією особливістю трудового договору є те, що він, як правило, безстроковий (укладається на невизначений строк). Строковий трудовий договір укладається у випадках, коли трудові відносини не можуть бути встановлені на невизначений строк з урахуванням характеру наступної роботи, або умов її виконання, або інтересів працівника та в інших випадках, передбачених законодавчими актами. Строк цивільного договору визначається сторонами.

За шкоду, заподіяну підприємству внаслідок порушення покладених на них трудових обов'язків, працівники несуть матеріальну відповідальність, проте ними відшкодовується тільки пряма дійсна шкода, а в цивільному праві – також і неодержані прибутки. У трудовому праві відшкодування може бути спрямоване тільки на заробітну плату працівника, а не на що-небудь інше, зокрема майно працівника. Мате-

ріальна відповідальність працівника можлива тільки за наявності вини, а в цивільному праві – можлива і в разі її відсутності (наприклад, завдання шкоди джерелом підвищеної небезпеки). У разі заподіяння матеріальної шкоди кількома особами у трудовому праві застосовується дольова відповідальність. Солідарна відповідальність можлива лише у випадку, коли шкода завдана злочинними діями кількох осіб.

Зміст трудового договору становить сукупність умов, визначаючи взаємні права й обов'язки працівника та роботодавця. Юридичне значення умов трудового договору полягає в такому: а) вони обов'язкові для працівника та роботодавця; б) впливають на юридичну долю договору та трудових правовідносин, що виникають на його підставі; в) їх невиконання може потягнути негативні правові наслідки.

Залежно від порядку встановлення умови трудового договору поділяються на похідні та безпосередні. Похідні умови встановлюються законодавством і локальними нормативними актами. Про похідні умови сторони не домовляються, знаючи про їх обов'язковість для виконання унаслідок закону чи іншого нормативного акта з моменту укладення договору (про охорону праці, дисциплінарну та матеріальну відповідальність тощо). Безпосередні умови – це умови, визначені угодою сторін. Ці умови трудового договору у свою чергу поділяються на необхідні (обов'язкові) та факультативні (додаткові). Обов'язкові (необхідні) умови – це умови, що повинні міститися в будь-якому трудовому договорі. Без них договір не може вважатися укладеним. Факультативні умови – це умови, включені до трудового договору за згодою сторін. Наявність цих умов не є обов'язковою. Якщо ж вони включені в трудовий договір, то набувають такої ж юридичної сили, як і необхідні умови.

Обов'язковими (необхідними) умовами трудового договору є умови про такі його необхідні компоненти: а) прийняття на роботу; б) місце роботи; в) час початку дії трудового договору та його строк; г) трудова функція; г) умови оплати праці.

Угода про прийняття на роботу є взаємним волевиявленням сторін трудового договору з приводу влаштування працівника на певну роботу на підприємство, в установу чи організацію.

Місцем роботи є певне підприємство (установа, організація), розташоване в певній місцевості, на якому буде працювати працівник. У законодавстві або трудовому договорі місце роботи може бути кон-

кретизоване певним структурним підрозділом підприємства (філіалом, цехом, відділенням тощо). Це особливо важливо в тих випадках, коли окремі підрозділи підприємства розташовані на значній відстані один від одного або різняться за виробничими умовами (наприклад, цех із шкідливими умовами праці тощо). Згідно з п. 1.1 Тимчасового положення про вахтовий метод організації робіт на підприємствах МНС України, затвердженого наказом МНС України від 20 травня 1999 р. № 147, місцем роботи при вахтовому методі вважаються об'єкти (дільниці), на яких здійснюється безпосередня трудова діяльність.

Безпосереднє робоче місце працівника визначається роботодавцем, адже на нього покладений обов'язок щодо організації виробничого процесу. Робоче місце – це конкретна ділянка виробничої площі, оснащена знаряддями, обладнанням та інструментами, конкретний механізм або агрегат, на яких працівник виконує свої трудові обов'язки. За ст. 2 Конвенції МОП № 167 «Про безпеку та гігієну праці у будівництві» 1988 р. термін «робоче місце» означає будь-яке місце, де працівники повинні перебувати або куди вони повинні направлятися для виконання своєї роботи і яке перебуває під контролем роботодавця. У чинному законодавстві робоче місце може конкретизуватися.

Основою визначення робочого місця є функціональний розподіл праці у взаємозв'язку із засобами праці, що дозволяє розглядати робоче місце як місце прикладання робочої сили працівників.

Робочі місця класифікуються за такими основними ознаками:

а) за належністю: власні робочі місця підприємства – ті, у яких відповідні їм основні фонди знаходяться на балансі цього ж підприємства; орендовані підприємством робочі місця – ті, у яких відповідні їм основні фонди знаходяться на балансі інших підприємств і які мають укомплектовуватися працівниками цього підприємства (передбачається оплата їх праці); орендовані у підприємства робочі місця – ті, у яких відповідні їм основні фонди знаходяться на балансі цього підприємства і які укомплектовані працівниками інших підприємств (працівники їдалень, позавідомчої охорони та ін.); робочі місця на-домників;

б) за укомплектованістю: діючі робочі місця – забезпечені сировиною та матеріалами, на яких працівники виконують передбачені виробничим завданням роботи, послуги або встановлені функції; вакантні робочі місця – забезпечені сировиною і матеріалами, на яких передбачено виконання встановлених робіт, але які не використовуються

через неукомплектованість їх працівниками; резервні робочі місця – наявність яких передбачена нормативами і обумовлена особливостями окремих галузей та виробництв (сезонною потребою виконання окремих видів робіт, нерівномірністю надходження сировини, наявністю пікових навантажень, зміною номенклатури, асортименту продукції та ін.); зайві робочі місця – на яких не передбачені обсяги робіт, які не є необхідними підприємству чи організації для нормального функціонування і можуть бути без збитку для підприємства ліквідовані;

в) за ступенем механізації: автоматизовані; механізовані; ручної праці (ті, на яких виконуються роботи ручної праці як за допомогою машин і механізмів, так і без них, за винятком ремонту та налагодження устаткування);

г) за строком дії: постійні; сезонні; тимчасові.

Облік робочих місць дозволяє визначити фактичну наявність робочих місць на окремій ділянці, у цеху, у цілому на підприємстві, зайві, діючі робочі місця тощо.

Облік робочих місць здійснюється різними методами: за кількістю верстатів, машин, агрегатів, механізмів, комплектів технологічної та організаційної оснащення при обслуговуванні кожної одиниці одним робітником; за фактичною зоною обслуговування; за нормативною трудомісткістю за видами робіт; за нормативами кількості.

Організація робочого місця працівника є важливою складовою організації праці. Раціональна організація робочих місць має за мету створення умов для високопродуктивної праці, якісного виконання посадових обов'язків і забезпечення найкращих умов праці.

Важливою умовою трудового договору є умова про час початку дії трудового договору та його строк. Договір діє з дня, про який домовились працівник і роботодавець та який знайшов відображення в наказі (розпорядженні) про прийняття на роботу. В тому ж разі, коли день початку роботи в наказі відсутній, вважається, що таким є день видання наказу, а за його відсутності – день фактичного допуску до роботи. Фактичний допуск до роботи вважається укладенням трудового договору незалежно від того, чи було прийняття на роботу належним чином оформлене, якщо робота провадилась за розпорядженням чи з відома роботодавця. При укладенні трудового договору сторони можуть домовитися про його строк. При цьому строковий договір укладається тільки у випадках, коли трудові відносини не можуть бути встановлені на невизначений строк з урахуванням характеру наступної

роботи, або умов її виконання, або інтересів працівника та в інших випадках, передбачених законодавчими актами. Умова про строк обов'язково зазначається в наказі (розпорядженні) про прийняття на роботу.

Трудова функція є угодою сторін трудового договору щодо роду роботи, яку зобов'язується виконувати працівник. Вона визначається шляхом установлення в трудовому договорі професії, спеціальності, кваліфікації та посади. Професія (від лат. *professio*) – це рід трудової діяльності людини, що володіє комплексом спеціальних знань, практичних навичок, одержаних шляхом спеціальної освіти, навчання чи досвіду, які дають можливість здійснювати роботу в певній сфері суспільного виробництва з урахуванням різних форм власності чи господарювання (наприклад, металург, будівельник тощо). Спеціальність – сукупність набутих шляхом спеціальної підготовки та досвіду роботи знань, умінь і навичок, необхідних для виконання певного виду трудової діяльності в межах цієї професії (наприклад, столяр, муляр тощо). Кваліфікація – рівень підготовленості, майстерності, ступінь готовності до виконання праці за визначеною спеціальністю чи посадою, що визначається розрядом, класом чи іншими атестаційними категоріями (наприклад, столяр II, III розряду тощо). Кваліфікація є ступенем професійної навченості, тобто рівнем підготовки, досвіду і знань з певної спеціальності. У дипломі спеціаліста (молодшого спеціаліста) чи іншому документі про професійну підготовку кваліфікація визначається через назву професії (інженер-механік, економіст, токар, секретар-стенографістка тощо). Кваліфікація визначається рівнем освіти та спеціалізацією. Необхідний рівень освіти досягається завдяки реалізації освітніх, освітньо-професійних та освітньо-наукових програм підготовки і має в цілому відповідати колу та складності професійних завдань і обов'язків. Спеціалізація пов'язана як з необхідною галуззю знань, використовуваними інструментами чи устаткуванням, так і з продукцією, яка виробляється, або послугами, що надаються, і відповідає певною мірою деталізованому колу професійних завдань та обов'язків. Посада – службове становище працівника, зумовлене колом його прав та обов'язків і характером відповідальності.

Відповідно до ст. 64 Господарського кодексу України (далі – ГК України) підприємство самостійно визначає свою організаційну структуру, встановлює чисельність працівників і штатний розпис. Штатний розпис – це документ, що встановлює для цього підприємства, установи, організації структуру, штати й посадові оклади працівників. Штат-

ний розпис містить найменування посад, чисельність персоналу й оклади по кожній посаді. Прийняття, затвердження керівником штатного розпису на підприємстві, в установі, організації відіграє значну роль при управлінні підприємством, установою, організацією і служить певним «гарантом» прав працівників, оскільки прийняття працівників відбувається згідно зі штатним розписом підприємства, з окладом, визначеним згідно зі штатним розписом.

У межах умови про оплату праці сторони трудового договору домовляються про розмір посадового окладу, тарифної ставки та відрядних розцінок, наявність і величину доплат, надбавок, премій та заохочувальних виплат, порядок виплати заробітної плати тощо.

До факультативних умов належать усі інші умови трудового договору, зокрема ті, що стосуються умов праці, випробування та його строку, застережень щодо нерозголошення державної, комерційної та іншої захищеної законом таємниці, підвищення кваліфікації працівника тощо. Додатковими умовами можуть встановлюватися обов'язки роботодавця щодо покращення умов праці, обслуговування працівника, надання йому соціально-культурних і соціально-побутових благ.

Відповідно до ст. 9 КЗпП України умови договорів про працю, які погіршують становище працівників порівняно із законодавством про працю, є недійсними. Так, згідно зі ст. 5 Закону України «Про охорону праці» від 14 жовтня 1992 р. № 2694-ХІІ умови трудового договору не можуть містити положень, що суперечать законам та іншим нормативно-правовим актам з охорони праці. Відповідно до чинного законодавства сторони трудових відносин мають право вносити зміни та доповнення до вже укладеного трудового договору, але за умови, що зміни та доповнення не повинні погіршувати становище працівників порівняно з чинним законодавством про працю, інакше згідно зі ст. 9 КЗпП України такі умови вважаються недійсними.

Будь-яке пряме або непряме обмеження прав чи встановлення прямих або непрямих переваг при укладенні трудового договору залежно від походження, соціального і майнового стану, расової та національної приналежності, статі, мови, політичних поглядів, релігійних переконань, членства у професійній спілці чи іншому об'єднанні громадян, роду і характеру занять, місця проживання не допускається. Забороняється відмовляти жінкам у прийнятті на роботу з мотивів, пов'язаних з вагітністю або наявністю дітей віком до трьох років, а одиноким матерям – з наявністю дитини віком до чотирнадцяти років або дитини-інваліда. У разі відмови у прийнятті на роботу зазначеним категоріям

жінок власник або уповноважений ним орган зобов'язані повідомляти їм причини відмови у письмовій формі. Відповідно до ст. 22 КЗпП України забороняється необґрунтована відмова у прийнятті на роботу. При прийнятті на роботу чинним законодавством можуть встановлюватись вимоги щодо віку, рівня освіти, стану здоров'я працівника. Згідно зі ст. 39 Закону України «Про вищу освіту» від 17 січня 2002 р. № 2984-III кандидат на посаду керівника вищого навчального закладу I або II рівня акредитації повинен бути громадянином України, вільно володіти українською мовою, мати вищу освіту, відповідну підготовку та стаж педагогічної роботи у вищих навчальних закладах відповідного профілю не менше ніж п'ять років. Кандидат на посаду керівника вищого навчального закладу III або IV рівня акредитації повинен бути громадянином України, вільно володіти українською мовою, мати вчене звання професора, науковий ступінь доктора або кандидата наук і стаж науково-педагогічної діяльності не менше ніж десять років.

Згідно з правовою позицією Конституційного Суду України критерієм у законодавчому встановленні кваліфікаційних вимог до віку є доцільність (рішення від 18 квітня 2000 р. № 5-рп/2000 (справа про віковий ценз)). У рішенні від 7 липня 2004 р. № 14-рп/2004 (справа про граничний вік кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу) Суд зазначив, що при будь-яких можливих цілях, які можуть впливати із Закону України «Про вищу освіту», «встановлене обмеження не може бути визнане виправданим, обґрунтованим та справедливим», якщо існують менш обтяжливі шляхи досягнення таких цілей, ніж автоматичне та безпідставне позбавлення громадян можливості реалізовувати певні свої права через досягнення ними певного віку. Так, у справі про граничний вік кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу оспорюване положення Закону України «Про вищу освіту» позбавляло можливості осіб, які досягли шістдесятип'ятирічного віку, балотуватися на посаду керівника вищого навчального закладу третього або четвертого рівня акредитації без урахування їх здібностей, досвіду, рівня наукової кваліфікації, зокрема наявності наукового ступеня доктора або кандидата наук, вченого звання професора, науково-творчого потенціалу, авторитету в середовищі науково-педагогічної громадськості, ділових та інших якостей, стану здоров'я тощо. Тому Конституційний Суд України визнав неконституційним положення зазначеного Закону, відповідно до якого граничний вік кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу третього або четверто-

го рівня акредитації не може перевищувати шістьдесят п'ять років. В іншому випадку, визнаючи доцільність законодавчого встановлення граничного віку перебування на державній службі, Конституційний Суд, розглядаючи справу про граничний вік перебування на державній службі та на службі в органах місцевого самоврядування, виходив з того, що це обмеження обумовлене завданнями й функціями зазначених органів, особливим характером їх діяльності. Крім того, Суд зауважив, що окремі положення законів передбачають можливість продовження терміну перебування на державній службі, на службі в органах місцевого самоврядування, що дозволяє враховувати індивідуальні професійні якості, творчий потенціал осіб, які досягли граничного віку перебування на відповідній службі. Таким чином, Конституційний Суд України у своїй практиці виходив з принципу розмірності встановлення вікових обмежень з метою, що їх обумовлює, а також урахування, крім віку, суттєвих індивідуальних якостей особи, зокрема в трудових відносинах¹.

Відповідно до ст. 5 Закону України «Про охорону праці» працівнику не може пропонуватися робота, яка за медичним висновком проти показана йому за станом здоров'я. До виконання робіт підвищеної небезпеки та тих, що потребують професійного добору, допускаються особи за наявності висновку психофізіологічної експертизи. Перелік робіт, де є потреба у професійному доборі, затверджено наказом Міністерства охорони здоров'я України та Держнагляддохоронпраці від 23 вересня 1994 р. № 263/121. Він включає види робіт та психофізіологічні показники для професійного добору за цими видами. Так, психофізіологічними показниками для професійного добору з усіх видів підземних робіт є: сенсомоторні реакції; увага; пам'ять зорова та слухова; емоційна стійкість та почуття тривоги; стійкість до впливу стресів; орієнтація у замкнутому просторі; недбалість. Не допускається залучення неповнолітніх до праці на важких роботах і на роботах із шкідливими або небезпечними умовами праці, на підземних роботах, до нічних, надурочних робіт та робіт у вихідні дні, відповідно до Переліку важких робіт і робіт із шкідливими і небезпечними умовами праці, затвердженого наказом Міністерства охорони здоров'я України від 31 березня 1994 р. № 46. Забороняється застосування праці жінок на важких роботах і на роботах із шкідливими або небезпечними умовами праці, на підземних роботах, крім деяких підземних робіт (не-

¹ Справа про різницю у віці між усиновлювачем та дитиною (Рішення Конституційного Суду України від 03.02.2009 р. № 3-рп/2009).

фізичних або робіт, пов'язаних із санітарним та побутовим обслуговуванням), відповідно до Переліку важких робіт і робіт із шкідливими і небезпечними умовами праці, затвердженого наказом Міністерства охорони здоров'я України від 29 грудня 1993 р. № 256.

До порядку укладення трудового договору належить і його оформлення. Під оформленням трудового договору розуміється процедура внесення власником або уповноваженим ним органом у відповідні документи, що мають юридичне значення для працівника, у строки, встановлені законодавством, точних відомостей про працівника і його посаду, спеціальність, кваліфікацію, строки роботи та ін. Виділяють такі етапи оформлення трудового договору:

1. Подання працівником усіх необхідних для укладення трудового договору документів.

2. Підписання сторонами трудового договору або візування посадовою особою, що має право прийому на роботу, заяви працівника про працевлаштування.

3. Видання власником або уповноваженим ним органом наказу чи розпорядження про зарахування працівника на роботу на основі досягнутої угоди.

4. Ознайомлення працівника зі змістом наказу під розписку.

5. Внесення до трудової книжки запису про прийом на роботу, оформлення трудової книжки працівникам, що поступають на роботу вперше.

6. Ознайомлення працівника із записом у трудовій книжці під розписку в особовій картці (типова форма № П-2).

При влаштуванні на роботу громадянин зобов'язаний подати паспорт або інший документ, що посвідчує особу, трудову книжку. Відповідно до вимог ст. 200 Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП) прийняття посадовими особами підприємств, установ, організацій на роботу громадян без паспортів або з недійсними паспортами тягне за собою накладення штрафу в розмірі від одного до трьох неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Те саме порушення, допущене посадовою особою після застосування до неї протягом року заходу адміністративного стягнення за такі дії, тягне за собою накладення штрафу від десяти до чотирнадцяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Згідно з постановою Кабінету Міністрів України «Про трудові книжки працівників» від 27 квітня 1993 р. № 301 при влаштуванні на роботу працівники зобов'язані подавати трудову книжку, оформлену в установленому порядку. Без неї

приймаються на роботу тільки ті особи, які працевлаштовуються вперше. Книжки раніше встановленого зразка обміну не підлягають.

У випадках, передбачених законодавством, при влаштуванні на роботу громадянин зобов'язаний подати також документ про освіту (спеціальність, кваліфікацію), про стан здоров'я та інші документи.

При укладенні трудового договору забороняється вимагати від осіб, які поступають на роботу, відомості про їх партійну і національну належність, походження, реєстрацію та документи, подання яких не передбачене законодавством.

Укладення трудового договору оформляється наказом роботодавця про прийняття працівника на роботу. Трудовий договір вважається укладеним і тоді, коли наказ не було видано, але працівника фактично було допущено до роботи. Згідно з п. 7 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду судами трудових спорів» від 6 листопада 1992 р. № 9 фактичний допуск до роботи вважається укладенням трудового договору, якщо робота провадилась за розпорядженням чи з відома роботодавця.

Трудовий договір укладається в письмовій та усній формі. Дотримання письмової форми трудового договору є обов'язковим у таких випадках:

- при організованому наборі працівників;
- при укладенні трудового договору про роботу в районах з особливими природними, географічними і геологічними умовами та умовами підвищеного ризику для здоров'я;
- при укладенні контракту;
- у випадках, коли працівник наполягає на укладенні трудового договору в письмовій формі;
- при укладенні трудового договору з неповнолітніми;
- при укладенні трудового договору з фізичною особою;
- в інших випадках, передбачених законодавством України (наприклад, з працівниками, діяльність яких пов'язана з державною таємницею; при виконанні оплачуваних громадських робіт; трудові договори з релігійними організаціями; при проходженні альтернативної (невійськової) служби; з особами, залученими до роботи у фермерському господарстві, та ін.).

Письмові трудові договори укладаються у двох примірниках, кожен з яких підписується сторонами, має однакову юридичну силу і знаходиться у кожній зі сторін договору. Перевага письмової форми полягає в тому, що всі умови трудового договору фіксуються в єдиному акті,

обов'язковому для сторін. Письмова форма договору підвищує рівень гарантій сторін щодо реалізації його положень. Письмове оформлення трудових договорів осіб, які вже працюють, можливе тільки за їх згодою. Трудові договори працівників із фізичною особою-роботодавцем підлягають реєстрації в порядку, визначеному законодавством.

Особі, запрошеній на роботу в порядку переведення з іншого підприємства, установи, організації за погодженням між керівниками підприємств, установ, організацій, не може бути відмовлено в укладенні трудового договору.

У деяких галузях господарства за умовами допуску до роботи працівники зобов'язані пройти попередній медичний огляд. Так, відповідно до ст. 21 Закону України «Про захист населення від інфекційних хвороб» від 6 квітня 2000 р. № 1645-III проводяться обов'язкові попередні (до прийняття на роботу) та періодичні профілактичні медичні огляди працівників окремих професій, виробництв та організацій, діяльність яких пов'язана з обслуговуванням населення і може призвести до поширення інфекційних хвороб.

Обов'язковий попередній медичний огляд проводиться для працівників, зайнятих на важких роботах, роботах із шкідливими чи небезпечними умовами праці або таких, де є потреба у професійному доборі, та щорічно для осіб віком до 21 року. Попередній медичний огляд проводиться під час прийняття на роботу з метою: а) визначення стану здоров'я працівника і реєстрації вихідних об'єктивних показників здоров'я та можливості виконання без погіршення стану здоров'я професійних обов'язків в умовах дії конкретних шкідливих і небезпечних факторів виробничого середовища та трудового процесу; б) виявлення професійних захворювань (отруєнь), що виникли раніше при роботі на попередніх виробництвах, та попередження виробничо зумовлених і професійних захворювань (отруєнь). Медичні огляди проводяться відповідними закладами охорони здоров'я, працівники яких несуть відповідальність згідно із законодавством за відповідність медичного висновку фактичному стану здоров'я працівника. Під час прийняття на роботу роботодавець повинен видати направлення на обов'язковий попередній медичний огляд працівника. Роботодавець за власний кошт забезпечує організацію проведення медичних оглядів, витрати на поглиблене медичне обстеження працівника з підозрою на професійні та виробничо зумовлені захворювання та їх медичну реабілітацію, диспансеризацію працівників груп ризику розвитку професійних захворювань. Порядок проведення медичних оглядів визначається спеціаль-

но уповноваженим центральним органом виконавчої влади в галузі охорони здоров'я.

З метою встановлення придатності особи до виконання окремих видів діяльності (робіт, професій, служби) з особливими вимогами до стану її психічного здоров'я вона підлягає обов'язковому попередньому та періодичним психіатричним оглядам. Порядок проведення обов'язкових оглядів і перелік медичних психіатричних протипоказань щодо виконання окремих видів діяльності (робіт, професій, служби) затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 27 вересня 2000 р. № 1465.

Наявність чи відсутність в особі наркологічних протипоказань для виконання окремих видів діяльності встановлюється відповідно до Порядку про обов'язковий профілактичний наркологічний огляд громадян, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 6 листопада 1997 р. № 1238. Метою проведення наркологічного огляду громадян є виявлення хворих на алкоголізм, наркоманію та токсикоманію, а також визначення наявності чи відсутності наркологічних протипоказань до виконання функціональних обов'язків і провадження видів діяльності, зазначених у переліку професій, та видів діяльності, для яких є обов'язковим первинний і періодичний профілактичний наркологічний огляди.

Роботодавець має право запроваджувати обмеження щодо спільної роботи на одному й тому ж підприємстві, в установі, організації осіб, які є близькими родичами чи свояками (батьки, подружжя, брати, сестри, діти, а також батьки, брати, сестри і діти подружжя), якщо у зв'язку з виконанням трудових обов'язків вони безпосередньо підпорядковані або підконтрольні одне одному. На підприємствах, в установах і організаціях державної форми власності порядок запровадження таких обмежень встановлюється законодавством. Так, згідно зі ст. 12 Закону України «Про державну службу» не можуть бути обраними або призначеними на посаду в державному органі та його апараті особи, які в разі прийняття на службу будуть безпосередньо підпорядковані або підлеглі особам, які є їх близькими родичами чи свояками.

Отже, за загальним правилом трудовий договір вважається укладеним за наявності таких умов: а) досягнення згоди сторін з приводу обов'язкових та додаткових умов трудового договору; б) надання працівником необхідних документів; в) укладення письмового трудового договору (у випадку, коли така форма трудового договору є обов'язковою); г) виданий наказ (розпорядження) роботодавця про

прийняття працівника на роботу чи відбувся фактичний допуск працівника до роботи.

До початку роботи за укладеним трудовим договором роботодавець зобов'язаний:

- роз'яснити працівникові його права та обов'язки і проінформувати працівника під розписку про умови праці та про наявність на його робочому місці небезпечних і шкідливих виробничих факторів, які ще не усунуто, можливі наслідки їх впливу на здоров'я та про права працівника на пільги і компенсації за роботу в таких умовах відповідно до законодавства і колективного договору;

- ознайомити працівника з правилами внутрішнього трудового розпорядку та колективним договором;

- визначити працівникові робоче місце, забезпечити його необхідними для роботи засобами;

- провести інструктаж працівника з техніки безпеки, виробничої санітарії, гігієни праці та протипожежної охорони.

При укладенні трудового договору угодою сторін може бути обумовлене випробування. Метою випробування є перевірка відповідності працівника роботі, яка йому доручається. Випробування при прийнятті на роботу є додатковою умовою трудового договору та встановлюється тільки за згодою сторін. Воно встановлюється незалежно від кваліфікації та досвіду працівника, який приймається. Умова про випробування повинна бути застережена в наказі (розпорядженні) про прийняття на роботу. Якщо її не зазначено, то вважається, що працівник прийнятий на роботу без випробування. У період випробування на працівників поширюється законодавство про працю.

Згідно з ч. 3 ст. 26 КЗпП України випробування не встановлюється при прийнятті на роботу неповнолітніх; молодих робітників після закінчення професійних навчально-виховних закладів; молодих спеціалістів після закінчення вищих навчальних закладів; осіб, звільнених у запас з військової чи альтернативної (невійськової) служби; інвалідів, направлених на роботу відповідно до рекомендації медико-соціальної експертизи; в іншу місцевість; в порядку переведення на роботу на інше підприємство, в установу, організацію; в інших випадках, якщо це передбачено законодавством (наприклад, сезонним і тимчасовим працівникам).

Конкретний строк випробування визначається сторонами трудового договору при прийнятті на роботу. Строк випробування при прийнятті на роботу, якщо інше не встановлено законодавством України, не може перевищувати трьох місяців, а за погодженням з виборним орга-

ном первинної профспілкової організації – шести місяців. Строк випробування при прийнятті на роботу робітників не може перевищувати одного місяця. При прийнятті на державну та дипломатичну службу може встановлюватися випробування строком до шести місяців без погодження з виборним органом первинної профспілкової організації. У разі прийняття на роботу посадовій особі органів державної податкової служби може бути встановлено випробувальний термін від шести місяців до одного року.

Строк випробування обчислюється в календарних днях, починаючи з першого дня роботи. Строк випробування може бути продовжено на кількість днів, протягом яких працівник був відсутній на роботі у зв'язку з тимчасовою непрацездатністю або з інших поважних причин. Згода працівника на продовження випробування не потрібна. Продовження випробування внаслідок поважної причини є правом роботодавця, а не обов'язком. Рішення про продовження випробування оформляється наказом роботодавця, з яким працівник повинен ознайомитися в письмовій формі.

Працівник вважається таким, що витримав випробування й остаточно зарахований на роботу, якщо строк випробування закінчився і він не був звільнений на цій підставі. Додатково наказ чи розпорядження про це не видається.

Якщо протягом строку випробування встановлено невідповідність працівника роботі, на яку його прийнято, роботодавець протягом цього строку має право розірвати трудовий договір. Звільнення за результатами випробування оформляється наказом роботодавця. При цьому робиться посилання на ст. 28 КЗпП України, а підстава звільнення формулюється так: «за результатами випробування». Звільнення працівника при незадовільному результаті випробування здійснюється без попередньої згоди виборного органу первинної профспілкової організації (профспілкового представника). У разі звільнення за результатами випробування вихідна допомога на виплачується.

З моменту проголошення незалежності в Україні поступово формується новий підхід до права на працю. На відміну від принципу загальності праці в радянські часи Конституція та КЗпП України звільнені від імперативних положень про обов'язок працювати і про те, що «ухилення від праці несумісне з принципами соціалістичного суспільства». Зі змісту статей 1 та 4 Закону України «Про зайнятість населення» можна зробити висновок, що громадянину належить виключне право розпоряджатися своїми здібностями до праці. Більше

того, ст. 43 Конституції та ст. 1 Закону України «Про зайнятість населення» забороняють примусову працю. Відповідно до ст. 1 Конвенції МОП № 105 «Про скасування примусової праці» 1957 р. (ратифікована Україною 14 грудня 2000 р.) кожний член Міжнародної організації праці, який ратифікує цю Конвенцію, зобов'язується скасувати примусову або обов'язкову працю і не вдаватися до будь-якої її форми: а) як засобу політичного впливу чи виховання або як засобу покарання за наявність чи за висловлювання політичних поглядів чи ідеологічних переконань, протилежних ustalеній політичній, соціальній чи економічній системі; б) як метод мобілізації і використання робочої сили для потреб економічного розвитку; в) як засіб підтримання трудової дисципліни; г) як засіб покарання за участь у страйках; г) як захід дискримінації за ознаками расової, соціальної і національної приналежності чи віросповідання. Закон України «Про зайнятість населення» містить винятково важливе положення про те, що добровільна незайнятість громадян не є підставою для притягнення їх до адміністративної або кримінальної відповідальності.

Недоліком трудового законодавства України є відсутність визначення примусової праці. Однак воно міститься в міжнародних актах. Зокрема, у ч. 1 ст. 2 Конвенції МОП № 29 «Про примусову чи обов'язкову працю» 1930 р. (ратифікована Україною 10 серпня 1956 р.) визначено як примусову або обов'язкову працю будь-яку роботу чи службу, що її вимагають від якої-небудь особи під загрозою якогось покарання і для якої ця особа не запропонувала добровільно своїх послуг. Примусова праця характеризується з точки зору права як виконувана не добровільно, а під впливом можливості застосування покарання¹. Однак термін «примусова чи обов'язкова праця» в розумінні Конвенції МОП «Про примусову чи обов'язкову працю» не включає в себе: а) будь-яку роботу чи службу, що її вимагають на підставі законів про обов'язкову військову службу і застосовують для робіт суто воєнного характеру; б) будь-яку роботу чи службу, що є частиною звичайних громадянських обов'язків громадян повністю самоврядної країни; в) будь-яку роботу чи службу, що її вимагають від якої-небудь особи внаслідок вироку, винесеного рішенням судового органу, за умови, що ця робота чи служба виконуватиметься під наглядом і контролем державної влади і що зазначена особа не буде віддана або передана в розпорядження

¹ Див.: Жернаков, В. В. Поняття примусової праці за законодавством України [Текст] / В. В. Жернаков // Право України. – 1997. – № 10. – С. 37.

приватних осіб, компаній чи товариств; г) будь-яку роботу чи службу, що її вимагають в умовах надзвичайних обставин, тобто у випадках війни або лиха, або загрози лиха, як-от: пожежі, повені, голоду, землетрусу, сильної епідемії чи епізоотії, навали шкідливих тварин, комах чи паразитів рослин і взагалі обставин, що ставлять під загрозу або можуть поставити під загрозу життя чи нормальні життєві умови всього або частини населення; г) дрібні роботи общинного характеру, тобто роботи, що виконуються для прямої користі колективу членами даного колективу і які тому можуть вважатися звичайними громадянськими обов'язками членів колективу за умови, що саме населення або його безпосередні представники мають право висловити свою думку про доцільність цих робіт. Конвенція ООН «Про захист прав усіх трудящих-мігрантів та членів їхніх сімей» 1990 р. наводить вужчий перелік видів діяльності, що не охоплюються терміном «примусова або обов'язкова праця», до яких належать: а) будь-яка робота або служба, яку, як правило, повинна виконувати особа, що перебуває в ув'язненні на підставі законного рішення суду, або особа, умовно звільнена від такого ув'язнення; б) будь-яка служба, обов'язкова у випадках надзвичайного стану або стихійних лих, що загрожують життю або добробуту суспільства; в) будь-яка робота або служба, що входить у звичайні цивільні обов'язки, якщо до них залучаються громадяни певної держави.

Згідно з ч. 3 ст. 43 Основного Закону використання примусової праці в Україні забороняється. Не є примусовою працею: а) військова або альтернативна (невійськова) служба; б) робота чи служба, яка виконується за вироком чи іншим рішенням суду; в) робота чи служба, яка виконується відповідно до законів про воєнний і про надзвичайний стан.

Відповідно до ст. 31 КЗпП України роботодавець не має право вимагати від працівника виконання роботи, не обумовленої трудовим договором. Тобто трудовий договір гарантує працівникові виконання саме тієї роботи, що була обумовлена угодою працівника та роботодавця при його укладенні. Охороняючи свободу вибору роду роботи та професії, принцип визначеності виконуваної працівником трудової функції разом із тим спрямований на підвищення ефективності суспільного виробництва і якості роботи, а також відображає стабільність трудових відносин.

Хоча ч. 1 ст. 32 КЗпП України не містить вказівки на обов'язок працівника виконувати роботу з певної спеціальності (посади), а покладає на нього обов'язок виконувати роботу, передбачену трудовим договором,

за основу при визначенні кола обов'язків працівника береться саме спеціальність (посада). І якщо вже визначена назва спеціальності (а також кваліфікації) або посади, тоді обов'язки працівника уточнюються: вони можуть бути й значно ширшими, ніж це нормативно встановлено щодо відповідної спеціальності (посади), а можуть бути й звужені. Трудова функція працівника описана в Довіднику кваліфікаційних характеристик професій працівників, на підставі чого складається посадова інструкція конкретного працівника. Право власника розширити коло обов'язків працівника обмежується, для цього є тільки два варіанти: 1) отримати згоду працівника або 2) за наявності підстав використати порядок, установлений ч. 3 ст. 32 КЗпП України (зміна істотних умов праці у зв'язку зі змінами в організації виробництва і праці).

Стаття 32 КЗпП України передбачає три види змін умов трудового договору: переведення на іншу роботу, переміщення на іншу роботу, зміну істотних умов праці.

Переведення на іншу роботу – це будь-яка зміна: а) трудової функції (спеціальності, кваліфікації чи посади) працівника; б) місця роботи, а також в) обумовлених угодою сторін умов трудового договору, що не були викликані змінами в організації виробництва і праці. Інститут переведення втілюється в кількох видах, тому що він є: а) засобом перерозподілу робочої сили всередині підприємства, між різними підприємствами та місцевостями з метою раціонального її використання; б) підставою припинення трудового договору (п. 6 ст. 36 КЗпП України); в) гарантією права на працю (працевлаштування шляхом переведення осіб, що підлягають звільненню з ініціативи власника або уповноваженого ним органу з підстав, зазначених у пунктах 1, 2, 6 ст. 40 КЗпП України); г) засобом охорони праці (переведення за станом здоров'я); г) методом виховання шляхом заохочення (коли працівники переводяться на більш високу посаду). У цьому випадку не йдеться про виховання шляхом покарання, тому що перелік дисциплінарних стягнень, закріплений у ст. 147 КЗпП України, не містить тимчасового переведення на нижчеоплачувану роботу як засіб підтримки трудової дисципліни (що було раніше).

Переведення на іншу роботу можна класифікувати за такими підставами: а) строк; б) місце; в) ініціатор.

Залежно від строку переведення поділяються на постійні та тимчасові. Постійне переведення передбачає остаточну зміну умов трудового договору, тобто інша робота надається на невизначений строк. Тимчасове переведення зберігає за працівником його постійну роботу.

Залежно від місця переведення поділяються на переведення на тому ж підприємстві, в установі, організації; переведення на інше підприємство, в установу, організацію в тій же місцевості; переведення в іншу місцевість, хоча б разом із підприємством, установою, організацією.

Оскільки поняття «інша місцевість» у КЗпП України не пояснюється, то будемо керуватися визначенням цього поняття, яке подається в постанові Кабінету Міністрів України «Про гарантії та компенсації при переїзді на роботу в іншу місцевість» від 2 березня 1998 р. № 255: інша місцевість – це інший населений пункт. Якого-небудь ґрунтовнішого визначення не існує, тому під іншою місцевістю слід розуміти інший населений пункт за існуючим адміністративно-територіальним поділом (місто, селище міського типу, населений пункт сільської місцевості), аніж той, де розташовувалося підприємство (установа, організація), у якому працював працівник до переведення¹. На практиці переведенням в іншу місцевість вважається не тільки переведення в інший населений пункт, а й таке, при якому працівник, перебуваючи на колишньому місці проживання та користуючись транспортними засобами, не може щоденно з'являтися на нове місце роботи через його віддаленість.

Залежно від ініціатора переведення поділяються на переведення з ініціативи працівника; переведення з ініціативи роботодавця; переведення з ініціативи третіх осіб (суд, прокуратура, органи державного пожежного нагляду, органи та заклади санітарно-епідеміологічної служби та ін.).

Переведення на іншу роботу на тому ж підприємстві, в установі, організації, а також переведення на роботу на інше підприємство, в установу, організацію або в іншу місцевість, хоча б разом із підприємством, установою, організацією, допускається тільки за згодою працівника, за винятком випадків, передбачених у ч. 2 ст. 33 КЗпП України та в інших випадках, передбачених законодавством. Це правило підтверджує й ч. 1 ст. 33 КЗпП України, за якою тимчасове переведення працівника на іншу роботу, не обумовлену трудовим договором, допускається лише за його згодою. Згідно з п. 1.1 Основних положень про вахтовий метод організації робіт, затверджених постановою Державного комітету СРСР з праці та соціальних питань, Секретаріату ВЦРПС, Міністерства охорони здоров'я СРСР від 31 грудня 1987 р.

¹ Фоміна, К. Про переведення на роботу в іншу місцевість разом із підприємством [Текст] / К. Фоміна // Правовий тиждень. – 2008. – № 38. – С. 11.

№ 794/33-82, переміщення працівників, що перебувають на вахті, у зв'язку зі зміною місця дислокації об'єктів (дільниць) не вважається переведенням на іншу роботу і не потребує згоди працівника.

Роботодавець має право перевести працівника строком до одного місяця на іншу роботу, не обумовлену трудовим договором, без його згоди лише для відвернення або ліквідації наслідків обставин, які ставлять або можуть поставити під загрозу життя чи нормальні життєві умови людей. Під обставинами розуміють стихійні лиха, епідемії, епізоотії, виробничі аварії, а також інші обставини, які ставлять або можуть поставити під загрозу життя чи нормальні життєві умови людей. Інша робота в зазначеному випадку не повинна бути протипоказана працівникові за станом здоров'я. Оплата праці при переведенні проводиться за виконану роботу, але не може бути нижчою, ніж середній заробіток за попередньою роботою.

Кількість переведень протягом року не обмежена. У разі відмови без поважних причин від тимчасового переведення роботодавець має право притягнути працівника до дисциплінарної відповідальності, оскільки ним порушуються вимоги ст. 139 КЗпП України щодо обов'язку своєчасно і точно виконувати розпорядження та накази роботодавця.

Згідно з ч. 3 ст. 33 КЗпП України забороняється тимчасове переведення на іншу роботу: а) вагітних жінок, б) жінок, які мають дитину-інваліда або дитину віком до шести років, а також в) осіб віком до вісімнадцяти років без їх згоди. Статтею 11 Закону України «Про основні засади соціального захисту ветеранів праці та інших громадян похилого віку в Україні» від 16 грудня 1993 р. № 3721 переведення працівника похилого віку і працівника передпенсійного віку з одного робочого місця на інше не допускається без його згоди, якщо при цьому змінюються істотні умови праці.

Переведення на інше підприємство проводиться шляхом звільнення працівника із цього підприємства й укладення трудового договору з власником іншого підприємства. При укладенні трудового договору на певний строк цей строк установлюється за згодою сторін. Закон детально не регламентує порядку переведення на інше підприємство; головне – має бути згода працівника (заява працівника із проханням про переведення на інше підприємство) і погодження між керівниками підприємств, на якому працює працівник та на яке переводиться працівник, а також наявність:

– листа про переведення за підписом керівника підприємства, установи, організації, куди переводиться працівник, адресованого підприємству, установі, організації, де працює працівник;

– наказу роботодавця за попереднім місцем роботи про звільнення в порядку переведення;

– наказу про прийняття на роботу в порядку переведення, виданого керівником нового підприємства, установи, організації, де бажає працювати працівник.

Дата звільнення в порядку переведення встановлюється за погодженням між працівником і роботодавцем. Днем укладення нового трудового договору вважається день зарахування на те підприємство, в установу, організацію, куди працівник переводиться, або дата фактичного допущення його до виконання трудових обов'язків. Особі, запрошеній на роботу в порядку переведення з іншого підприємства за погодженням між керівниками підприємств, не може бути відмовлено в укладенні трудового договору.

Працівникам гірничого підприємства, які переводяться на роботу на інше підприємство з подальшою професійною перепідготовкою, у період перепідготовки виплачується матеріальна допомога в розмірі середньомісячної заробітної плати в установленому порядку.

Другим випадком тимчасового переведення є переведення у разі простою. Відповідно до ч. 1 ст. 34 КЗпП України простій – це зупинення роботи, викликане відсутністю організаційних або технічних умов, необхідних для виконання роботи, невідворотною силою або іншими обставинами.

У разі простою працівники можуть бути переведені за їх згодою з урахуванням спеціальності і кваліфікації на іншу роботу на тому ж підприємстві, в установі, організації на весь час простою або на інше підприємство, в установу, організацію, але в тій самій місцевості на строк до одного місяця. Кількість переведень протягом року не обмежена. Переведення в разі простою кваліфікованих працівників на некваліфіковані роботи не допускається.

Згідно зі ст. 113 КЗпП України час простою не з вини працівника оплачується з розрахунку не нижче від двох третин тарифної ставки встановленого працівникові розряду (окладу). При цьому колективним договором або угодою може бути визначено вищий розмір оплати. За працівниками, які не брали участі в страйку, але у зв'язку з його проведенням не мали можливості виконувати свої трудові обов'язки, від-

повідно до Закону України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» від 3 березня 1998 р. № 137/98-ВР зберігається заробітна плата у розмірах не нижче від установлених законодавством та колективним договором, укладеним на цьому підприємстві, як за час простою не з вини працівника. Облік таких працівників є обов'язком роботодавця. Про початок простою, крім простою структурного підрозділу чи всього підприємства, працівник повинен попередити власника або уповноважений ним орган, бригадира, майстра чи інших посадових осіб (законодавчо не врегульовано порядку такого попередження, тобто попередження можливе й усне, і письмове, головне щоб воно було своєчасним).

Відповідно до ст. 6 Закону України «Про охорону праці» працівник має право відмовитися від дорученої роботи, якщо створилася виробнича ситуація, небезпечна для його життя чи здоров'я або для людей, які його оточують, або для виробничого середовища чи довкілля. Він зобов'язаний негайно повідомити про це безпосереднього керівника або роботодавця. Факт наявності такої ситуації за необхідності підтверджується спеціалістами з охорони праці підприємства за участю представника профспілки, членом якої працівник є, або уповноваженими працівниками особи з питань охорони праці (якщо професійна спілка на підприємстві не створювалася), а також страхового експерта з охорони праці. За період простою, у разі виникнення виробничої ситуації, небезпечної для життя чи здоров'я працівника або для людей, які його оточують, або навколишнього природного середовища не з його вини, за ним зберігається середній заробіток.

На час простою не з вини працівника оформлюється акт простою (фіксуються причини, що зумовили призупинення роботи) та наказ власника або уповноваженого ним органу. Якщо простій має цілодобовий характер, власник або уповноважений ним орган повинен у наказі обумовити необхідність присутності або відсутності працівника на роботі.

Простій із вини працівника в усіх випадках оплаті не підлягає.

Накази (розпорядження) про переведення працівників на іншу роботу на тому самому підприємстві готуються й оформляються на підставі розпорядження його керівника або заяви працівника. У розпорядчій частині наказу (розпорядження), крім прізвища, імені та по батькові працівника, його попередньої роботи (посади) та структурного підрозділу, має бути зазначено: посаду (спеціальність, кваліфікацію);

структурний підрозділ (місце роботи), до якого він переводиться; дату і строк переведення (постійно чи тимчасово); причину переведення на іншу роботу (посаду) – у зв'язку з простоем, заміною тимчасово відсутнього працівника; за станом здоров'я тощо; а також умови оплати праці, пільги і компенсації, передбачені чинним законодавством. У разі, коли ініціатором переведення працівника на іншу роботу є власник або уповноважений ним орган, у наказі (розпорядженні) обов'язково зазначають мотивацію переведення (у констатуючій частині), а працівник, ознайомившись із наказом (розпорядженням), повинен зазначити: «З наказом ознайомлений, з переведенням згодний» поставити свій підпис, дату. Перед тим як видати наказ (розпорядження) про переведення роботодавець зобов'язаний докладно ознайомити працівника з умовами його праці на тій роботі (посаді), на яку передбачається його переведення. Працівник, який переводиться до іншого структурного підрозділу, звітує там, де працював, про здачу інструменту, спецодягу тощо, знімається з табельного обліку, проходить за потреби медичний огляд, повторний інструктаж із техніки безпеки. Після видання наказу (розпорядження) про переведення працівника на іншу посаду або роботу (постійно) до його особової картки, трудової книжки, а також до інших облікових документів заносять відповідні записи. Відомості про тимчасове переведення на іншу роботу (посаду) до трудової книжки та інших облікових документів не записують.

Згідно зі ст. 170 КЗпП України працівників, які потребують за станом здоров'я надання легшої роботи, власник або уповноважений ним орган повинен перевести за їх згодою на таку роботу відповідно до медичного висновку тимчасово або без обмеження строку. Ця норма уточнюється у ст. 10 Закону України «Про охорону праці»: працівника, який за станом здоров'я відповідно до медичного висновку потребує надання легшої роботи, роботодавець повинен перевести за згодою працівника на таку роботу на термін, зазначений у медичному висновку, і в разі потреби організувати проведення навчання працівника з набуття іншої професії відповідно до законодавства.

У разі переведення за станом здоров'я на легшу нижчеоплачувану роботу за працівниками зберігається попередній середній заробіток протягом двох тижнів із дня переведення, а у випадках, передбачених законодавством України, попередній середній заробіток зберігається на весь час виконання нижчеоплачуваної роботи або надається мате-

ріальне забезпечення за загальнообов'язковим державним соціальним страхуванням.

За працівником, тимчасово переведеним на легшу нижчеоплачувану роботу, зберігається його середньомісячний заробіток на строк, визначений лікарсько-консультаційною комісією (далі – ЛКК), або до встановлення стійкої втрати професійної працездатності. Якщо у встановлений ЛКК або медико-соціальною експертною комісією (далі – МСЕК) строк роботодавець не забезпечує потерпілого відповідною роботою, Фонд соціального страхування від нещасних випадків на виробництві та професійних захворювань України сплачує страхову виплату у розмірі його середньомісячного заробітку. Дія цього положення згідно з постановою Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду судами цивільних справ за позовами про відшкодування шкоди» від 27 березня 1992 р. № 6 поширюється і на випадки незабезпечення потерпілого відповідною роботою, у тому числі й через відсутність відповідних вакансій. Середній заробіток протягом двох тижнів із дня переведення виплачується за рахунок коштів підприємства, організації, установи. Починаючи з п'ятнадцятого дня переведення працівника на легшу роботу зазначені виплати (доплата до середнього заробітку, який він мав до ушкодження здоров'я) проводяться підприємством за рахунок страхових внесків до Фонду на строк, установлений ЛКК або МСЕК. Для прийняття до заліку в рахунок страхових внесків витрат із виплати у разі тимчасового переведення потерпілого на легшу роботу страхувальником до робочого органу виконавчої дирекції Фонду за місцем обліку подаються:

- копія довідки ЛКК або МСЕК про рекомендацію і тривалість переведення потерпілого на легшу роботу (завірена страхувальником або працівником робочого органу виконавчої дирекції Фонду на підставі оригіналу);
- акт про нещасний випадок, пов'язаний із виробництвом, за формою Н-1 (якщо стався нещасний випадок);
- акт (спеціального) розслідування нещасного випадку (аварії), що стався (сталася), за формою Н-5 (якщо такий складався);
- акт розслідування хронічного професійного захворювання за формою П-4 (якщо таке встановлено);
- довідка про середню заробітну плату (дохід);
- довідка про заробітну плату потерпілого на легшій роботі;
- витяг із табеля обліку робочого часу потерпілого, завірений страхувальником.

Відповідно до вимог ст. 178 КЗпП України вагітним жінкам за медичним висновком знижуються норми виробітку, норми обслуговування або вони переводяться на іншу роботу, яка є легшою й виключає вплив несприятливих виробничих факторів, зі збереженням середнього заробітку за попередньою роботою. До вирішення питання про надання вагітній жінці відповідно до медичного висновку іншої роботи, яка є легшою і виключає вплив несприятливих виробничих факторів, вона підлягає звільненню від роботи зі збереженням середнього заробітку за всі пропущені внаслідок цього робочі дні за рахунок підприємства, установи, організації. Жінки, які мають дітей віком до трьох років, в разі неможливості виконання попередньої роботи переводяться на іншу роботу зі збереженням середнього заробітку за попередньою роботою до досягнення дитиною віку трьох років. Якщо заробіток осіб на легшій роботі є вищим, ніж той, який вони одержували до переведення, їм виплачується фактичний заробіток.

Відповідно до Закону України «Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів» від 23 грудня 1993 р. № 3781-ХІІ для забезпечення безпеки працівників суду і правоохоронних органів та їх близьких родичів, недоторканності житла, а також збереження їх майна з урахуванням конкретних обставин можуть застосовуватися відповідно до законодавства спеціальні заходи, у тому числі й переведення на іншу роботу. Близькі родичі, які відповідно до цього Закону підлягають захисту, – це батьки, дружина (чоловік), діти, рідні брати і сестри, дід, баба, онуки, посягання на життя, здоров'я, житло і майно яких перешкоджає виконанню працівниками суду і правоохоронних органів покладених на них законом обов'язків і здійсненню наданих прав. За клопотанням або за згодою осіб, узятих під захист, якщо їх безпека не може бути забезпечена іншими заходами, вони тимчасово або постійно переводяться на іншу роботу, переселяються в інше місце проживання з видачею відповідних особистих документів. Зазначені заходи повинні здійснюватися без будь-якого ущемлення трудових прав осіб, узятих під захист. Подібні положення містяться і в Законі України «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві» від 23 грудня 1993 р. № 3782-ХІІ.

Згідно з постановою Кабінету Міністрів України «Про порядок вирішення питань переселення в інше місце проживання, надання житла, матеріальної допомоги та працевлаштування осіб, узятих під державний захист» від 26 червня 1995 р. № 457 (позначку «не для друку» знято розпорядженням Уряду від 19 березня 2008 р. № 490-р)

у зв'язку з переведенням працівники, до яких застосовуються заходи безпеки, мають право на відшкодування витрат і одержання інших компенсацій відповідно до ст. 120 КЗпП України (працівникам у разі переведення їх на іншу роботу, якщо це пов'язано з переїздом в іншу місцевість, виплачуються: вартість проїзду працівника і членів його сім'ї; витрати по перевезенню майна; добові за час перебування в дорозі; одноразова допомога на самого працівника і на кожного члена сім'ї, який переїжджає; заробітна плата за дні збору в дорогу і влаштування на новому місці проживання, але не більше шести днів, а також за час перебування в дорозі). Подання органу, що прийняв рішення про застосування заходів безпеки, є підставою для розірвання з особою, взятою під державний захист згідно з чинним законодавством, трудового договору. Такі особи, переселені в інше місце проживання у зв'язку із забезпеченням їх безпеки, працевлаштовуються органом, що прийняв рішення про застосування заходів безпеки, або, за його дорученням, органом, що здійснює заходи безпеки. При цьому вони забезпечуються роботою за фахом та відповідно до кваліфікації (у разі можливості). Заходи безпеки щодо особи, взятої під державний захист згідно з чинним законодавством, здійснюються спеціальними підрозділами відповідно органів внутрішніх справ, служби безпеки або охорони державного кордону. За наявності письмової згоди особи, яка бере участь у кримінальному судочинстві та взята під державний захист згідно з чинним законодавством, заходи безпеки можуть здійснюватися також за її рахунок.

Не вважається переведенням на іншу роботу і не потребує згоди працівника переміщення його на тому ж підприємстві на інше робоче місце, в інший структурний підрозділ у тій же місцевості, доручення роботи на іншому механізмі або агрегаті в межах трудової функції, обумовленої трудовим договором.

У разі переміщення трудова функція та місце роботи, на відміну від переведення, не змінюються. Змінюється лише конкретне робоче місце, конкретний структурний підрозділ (цех, відділ тощо), доручається робота на іншому механізмі чи агрегаті. Проте якщо в заяві або в наказі передбачені, зокрема, конкретно тип і вантажопідйомність автомобіля, для роботи на якому наймається водій, то переміщення його адміністрацією для роботи на автомобілі іншого типу і вантажопідйомності вважається переведенням на іншу роботу (п. 5 Умов оплати праці працівників загальних (наскрізних) професій і посад та працівників, професії і посади яких віднесені до окремих галузей

соціально-культурної сфери Служби зовнішньої розвідки України, затверджених наказом Служби зовнішньої розвідки України від 23 жовтня 2007 р. № 210).

Переміщення не потребує згоди працівника. Роботодавець не має права переміщати працівника на роботу, протипоказану йому за станом здоров'я.

Відповідно до вимог постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду судами трудових спорів» від 6 листопада 1992 р. № 9 переміщення повинне бути мотивованим та зумовленим інтересами виробництва. Переміщення доцільно оформляти шляхом видання наказу чи відповідного розпорядження роботодавця, з яким у письмовій формі повинен ознайомитися працівник.

Якщо в результаті переміщення, здійсненого з незалежних від працівника причин, зменшується заробіток, йому провадиться доплата протягом двох місяців із дня переміщення з таким розрахунком, аби разом із заробітком на новій роботі працівник одержував оплату праці в розмірі, рівному середньому заробітку на попередній роботі. Частина 2 ст. 114 КЗпП України закріплює обов'язок роботодавця забезпечити працівнику збереження середнього заробітку протягом зазначеного періоду, якщо зменшення заробітку відбулося з незалежних від працівника причин. Пункт 18 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику застосування судами законодавства про оплату праці» від 24 грудня 1999 р. № 13 уточнює це формулювання, закріплюючи положення, згідно з яким доплата провадиться в тому випадку, якщо на новому робочому місці працівник належно виконує свої трудові обов'язки.

У зв'язку зі змінами в організації виробництва і праці допускається зміна істотних умов праці при продовженні роботи за тією ж трудовою функцією (спеціальністю, кваліфікацією чи посадою). Правова категорія «зміна істотних умов праці» з'явилась у трудовому законодавстві України в 1988 р.

Під змінами в організації виробництва і праці слід розуміти об'єктивно необхідні дії власника або уповноваженого ним органу, обумовлені за загальним правилом упровадженням нової техніки, нових технологій, удосконаленням структури підприємства, установи, організації, режиму робочого часу, управлінської діяльності, спрямовані на підвищення продуктивності праці, поліпшення економічних та соціальних показників, запобігання банкрутству і масовому вивільненню працівників та збереження кадрового потенціалу в період тимча-

сових зупинок у роботі та приватизації, створення безпечних умов праці, поліпшення санітарно-гігієнічних умов¹. Прикладами змін в організації виробництва й праці є раціоналізація робочих місць, введення нових форм організації праці, у тому числі перехід на бригадну форму організації праці, а також запровадженням нової техніки та технології виробництва тощо (п. 10 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду судами трудових спорів»). Змінами слід також вважати вдосконалення систем заробітної плати, нормування праці, ліквідацію шкідливих робіт, раціоналізацію робочих місць після їх атестації тощо.

Якщо зміни в організації виробництва і праці відсутні, роботодавець не має права змінювати істотні умови праці. Якщо при розгляді трудового спору буде встановлено факт проведення зміни істотних умов трудового договору не у зв'язку зі зміною в організації виробництва і праці на підприємстві, в установі, організації, то така зміна з урахуванням конкретних обставин може бути визнана судом неправомірною з покладенням на власника або уповноважений ним орган обов'язку поновити працівникові попередні умови праці.

До істотних умов праці відносяться: система та розмір оплати праці, пільги, режим роботи, встановлення або скасування неповного робочого часу, суміщення професій, зміна розрядів та найменувань посад працівників тощо. Перелік істотних умов праці, який міститься в ч. 3 ст. 32 КЗпП України, не є вичерпним. Пункт 10 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду судами трудових спорів» до них, зокрема, відніс форму трудового договору, коли відповідно до законодавства для цього працівника контракт є обов'язковим. Згідно з п. 28 Правових позицій, висловлених судовою колегією в цивільних справах Верховного Суду України у зв'язку з аналізом причин перегляду судових рішень у цивільних справах у 1996 році, ухвалених 1 грудня 1997 р., покладення на посадову особу районної лікарні обов'язків головного профільного лікаря району або звільнення її від цих додаткових обов'язків є зміною істотних умов трудового договору, а тому має проводитися з додержанням правил ч. 3 ст. 32 КЗпП України незалежно від того, чи призначалась доплата за виконання цих додаткових обов'язків.

Слід мати на увазі, що при зміні істотних умов праці змінюються лише умови праці, а не робота, тобто посада. У працівника зберігаєть-

¹ Див.: Балюк М. І. Зміни в організації виробництва і праці та соціальне партнерство [Текст] / М. І. Балюк, Г. С. Гончарова // Право України. – 1996. – № 11. – С. 33.

ся можливість працювати за тією ж професією, спеціальністю, кваліфікацією, посадою¹. На ці обставини звернула увагу Судова колегія у цивільних справах Верховного Суду України в ухвалі від 27 січня 1999 р. по справі П. до АТ «Інтурист-Полтава» за позовом про поновлення на роботі і стягнення заробітної плати за час вимушеного прогулу². Позивачка зазначала, що вона з 1986 р. працювала у відповідача на посаді порт'є 2-ї категорії з додаткових послуг. Згодом адміністрація, мотивуючи тим, що в АТ відбулися реорганізація й скорочення штату, повідомила П. про те, що вона тепер повинна виконувати обов'язки чергової по поверху (прибиральниці), які вона раніше не виконувала. За відмову від виконання нових обов'язків її було звільнено з роботи за п. 6 ст. 36 КЗпП України. Судова колегія звернула увагу на те, що правомірність змін посадових обов'язків П. не ґрунтується на законі. Доказів, які б підтверджували реорганізацію підприємства та зміни в організації виробництва, у рішенні місцевого суду не наведено. Головним же є те, що ч. 3 ст. 32 КЗпП України передбачає можливі зміни умов виконання роботи, а не іншу роботу. Позивачці ж запропонували виконувати іншу роботу, що є переведенням та допускається тільки за згодою працівника.

Істотні умови праці – це оціночне поняття. До оціночних понять, які використовуються в законодавстві про працю, також належать: «поважні причини», «грубе порушення трудових обов'язків», «аморальний проступок» та ін. Застосування норм із оціночними поняттями – своєрідний прийом, відмінний як від усунення прогалин у праві, так і від тлумачення чинних правових норм³. Сутність оціночного поняття полягає в тому, що нормотворчі органи свідомо надають правозастосувачу можливість вільної оцінки ситуації з огляду на конкретні обставини справи. Передаючи вирішення певного питання на розсуд органу, що застосовує нормативно-правовий акт про працю, нормотворець у такий спосіб виражає також свою волю. Присутність у текстах правових нормативних актів з трудового права оціночних понять є неминучою, однак це не свідчить про наявність прогалин у трудовому праві, оскільки не завжди можна дати належне юридичне визначення того чи іншого явища, що вимагає правового регулювання.

¹ Див.: Гончарова, Г. С. Переведення, переміщення та зміна істотних умов праці [Текст] / Г. С. Гончарова // Праця і закон. – 2008. – № 7 (103). – С. 8.

² Див.: Жигалкін, П. І. Судова практика та її значення для регулювання відносин у сфері праці [Текст] : монографія / П. І. Жигалкін, С. М. Прилишко, О. М. Ярошенко. – Х. : ФІНН, 2008. – С. 278–280.

³ Див.: Бару, М. И. Оценочные понятия в трудовом законодательстве [Текст] / М. И. Бару // Сов. гос. и право. – 1970. – № 7. – С. 104.

Юридичними особливостями оціночних понять трудового права України є: 1) використане в текстах норм трудового права оціночне поняття характеризує будь-який елемент трудових та пов'язаних із ними відносин; 2) оціночні поняття трудового права в силу своїх логічних особливостей повно й остаточно не конкретизовані в жодному нормативно-правовому акті як самим нормотворцем, так і уповноваженими ним суб'єктами; 3) остаточна конкретизація оціночного поняття здійснюється в результаті застосування норми, що його містить, уповноваженим суб'єктом у кожному окремому випадку; 4) визначення змісту оціночного поняття здійснюється в кожному конкретному випадку. При здійсненні конкретизації оціночного поняття суб'єкт, що застосовує правову норму, має можливість вільної оцінки фактів, яка обумовлена об'єктивними чинниками: а) конкретною нормою; б) контекстом, у якому поняття використано в цій нормі; в) конкретним правовідношенням, щодо якого застосовується ця норма; г) критеріями, стандартами і т. ін., визначеними в нормативних актах щодо цього поняття; г) іншими соціальними факторами, якими характеризується ситуація правозастосування, та чинником суб'єктивного характеру – правосвідомістю суб'єкта, що застосовує норму; 5) у процесі конкретизації оціночних понять здійснюється піднормативне регулювання суспільних відносин, яке може бути як результатом реалізації норми, так і результатом локальної нормотворчості¹.

З урахуванням викладених міркувань можемо говорити про оціночне поняття в трудовому праві як про специфічний спосіб оформлення волі нормотворця, що становить закріплене в тексті нормативно-правового акта положення, яке потребує конкретизації й уточнення в тій чи іншій ситуації суб'єктом трудового права у процесі застосування норм останнього.

Існує потреба визнати таке: якщо в одних випадках оціночні поняття необхідні, то в інших вони вкрай небажані. При їх використанні важливо пам'ятати і про негативний їх бік. Оскільки оціночні поняття конкретизуються й уточнюються правозастосувачем, то неминучим є суб'єктивний підхід до оцінки конкретних обставин справи. Ці поняття відкривають простір для вільного розсуду суб'єктів, які застосовують приписи законодавства про працю. Наявність вичерпного чи хоча б приблизного переліку може нейтралізувати небажані наслідки суб'єктивного підходу до

¹ Див.: Черноус, С. М. Оціночні поняття у трудовому праві України [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.05 / С. М. Черноус [Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого]. – Х., 2008. – С. 4–5.

оцінки фактів. Якщо є можливість викласти правові норми в тексті нормативного акта в узагальненому вигляді, тобто у формі так званого абстрактного визначення, або привести вичерпний перелік фактів та обставин, нормотворчі органи, без сумніву, зобов'язані це зробити. Норма права з оціночними поняттями має використовуватися, якщо немає можливості викласти її в інший спосіб, оскільки це норма, не конкретизована нормотворчими органами з об'єктивної причини (унаслідок неможливості вжиття іншої юридичної конструкції).

Про зміну істотних умов праці працівник повинен бути повідомлений не пізніше ніж за два місяці. Чинне трудове законодавство не передбачає форми такого повідомлення, а тому працівників про такі зміни можна попередити як в усній, так і в письмовій формі. Термін обов'язкового попередження встановлено законодавством для того, щоб працівник, якщо він не згоден працювати в нових умовах, мав змогу знайти собі іншу роботу. У тих випадках, коли підстави для зміни істотних умов були, але працівник, який відмовився від продовження роботи, не був попереджений за два місяці про їх зміну або звільнений до закінчення цього строку після попередження, суд, відповідно, змінює дату звільнення.

Якщо колишні істотні умови праці не можуть бути збережені, а працівник не згоден на продовження роботи в нових умовах, то трудовий договір припиняється, і працівників може бути звільнено за п. 6 ст. 36 КЗпП України – відмова від продовження роботи у зв'язку зі зміною істотних умов праці. Отже, звільнення працівника з роботи здійснюється за умови, що працівника було попереджено про зміну істотних умов праці не пізніше ніж за два місяці, а також за наявності його письмової заяви про відмову від роботи у разі зміни істотних умов праці (якщо працівник відмовився написати таку заяву, складається відповідний акт). Згідно з п. 10 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду судами трудових спорів» відмова працівника укласти контракт може бути підставою для припинення трудового договору за п. 6 ст. 36 КЗпП України у тому разі, якщо відповідно до законодавства така форма трудового договору для цього працівника була обов'язковою. Установивши при розгляді справи про поновлення на роботі особи, звільненої за пп. 3 чи 4 ст. 40 КЗпП України, що підставою розірвання трудового договору стала відмова працівника від продовження роботи у зв'язку зі зміною істотних умов праці, викликану змінами в організації виробництва і праці, і працівник не згоден працювати в нових умовах, суд має право за своєю ініціативою змінити формулювання причин звільнення на п. 6 ст. 36 КЗпП України.

У разі припинення трудового договору з підстави, зазначеної в п. 6 ст. 36 КЗпП України, працівникові виплачується вихідна допомога в розмірі не менше середнього місячного заробітку.

У науці трудового права та законодавстві про працю вживаються три категорії, пов'язані з припиненням трудових правовідносин: припинення трудового договору, розірвання трудового договору та звільнення. Припинення трудового договору – це закінчення дії трудових правовідносин працівника з роботодавцем у всіх випадках, передбачених законодавством про працю. Розірвання трудового договору означає припинення трудових правовідносин одностороннім волевиявленням (чи роботодавця, чи працівника, чи осіб, які не є стороною трудового договору). Отже, поняття «припинення трудового договору» за своїм змістом є ширшим, ніж поняття «розірвання трудового договору». Термін «звільнення» вживається щодо працівника і за змістом є синонімом терміна «припинення трудового договору».

Трудовий договір припиняється тільки за наявності підстав для його припинення. Підставою припинення договору є юридичний факт або сукупність юридичних фактів, закріплених у законі та необхідних для припинення трудового договору. Вони поділяються на два види: 1) дії (життєві ситуації, що відбуваються з волі людей; вольові акти їх поведінки) сторін трудового договору або осіб, які не є його сторонами; 2) події (життєві обставини, настання яких не залежить від волі та свідомості людей) (закінчення строку трудового договору; смерть працівника або роботодавця – фізичної особи тощо).

Підстави припинення трудового договору знайшли своє закріплення у статтях 7, 36 (та інших) КЗпП України. Залежно від того, хто є ініціатором припинення трудового договору, підстави поділяються на такі групи:

- припинення трудового договору за спільною (взаємною) ініціативою сторін трудового договору (угода сторін, закінчення строку);
- розірвання трудового договору з ініціативи працівника (статті 38, 39 КЗпП України);
- розірвання трудового договору з ініціативи роботодавця (статті 40, 41 КЗпП України);
- розірвання трудового договору з ініціативи осіб, які не є його стороною (третіх осіб) (пп. 3, 7 ст. 36, ст. 45 КЗпП України та ін.).

Відповідно до п. 8 ст. 36 КЗпП України підставами припинення трудового договору також можуть бути підстави, передбачені контрактом.

Припинення трудового договору правомірне за одночасної наявності таких умов: 1) передбаченої законодавством підстави припинення трудового договору; 2) дотримання порядку звільнення; 3) юридич-

ного факту припинення трудового договору (наказу чи розпорядження роботодавця, заяви працівника, відповідного документа особи, уповноваженої вимагати розірвання договору).

У трудовому праві актуальною є проблема розмежування термінів «припинення трудового договору» та «відсторонення працівника». Можливість відсторонення працівника від роботи роботодавцем передбачена ст. 46 КЗпП України. Якщо буде встановлено, що на порушення вимог цієї статті та законодавства роботодавець із власної ініціативи без законних підстав відсторонив працівника від роботи із зупиненням виплати заробітної плати, суд має задовольнити позов останнього про стягнення у зв'язку з цим середньої заробітної плати за час вимушеного прогулу.

Відстороненням є тимчасове недопущення працівника до виконуваної роботи у випадках, передбачених законодавством, із збереженням місця роботи і, як правило, без збереження заробітної плати. У разі відсторонення трудові правовідносини працівника не припиняються, а лише призупиняється виконання ним його трудових обов'язків.

Відсторонення працівників від роботи роботодавцем допускається:

1. У разі появи на роботі в нетверезому стані, у стані наркотичного або токсичного сп'яніння.

При цьому згідно з ч. 2 ст. 179 КУпАП невжиття майстрами, начальниками дільниць, змін, цехів та іншими керівниками заходів до відсторонення від роботи осіб, які перебувають у нетверезому стані, тягне за собою накладення штрафу від чотирьох до шести неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

2. У разі відмови або ухилення від обов'язкових медичних оглядів.

Обов'язкові медичні огляди провадяться для працівників підприємств харчової промисловості, громадського харчування і торгівлі, водопровідних споруд, лікувально-профілактичних, дошкільних і навчально-виховних закладів, об'єктів комунально-побутового обслуговування, інших підприємств, професійна чи інша діяльність яких пов'язана з обслуговуванням населення і може спричинити поширення інфекційних захворювань, виникнення харчових отруєнь, а також працівників, зайнятих на важких роботах і на роботах із шкідливими або небезпечними умовами праці або таких, де є потреба у професійному доборі, та щорічно – для осіб віком до 21 року. Медичні огляди здійснюються відповідними закладами охорони здоров'я, працівники яких несуть відповідальність згідно із законодавством за відповідність медичного висновку фактичному стану здоров'я працівника. Роботодавець має право в установленому законом порядку притягнути працівника, який відмовляється або ухиляється від проходження обов'язкового медичного огляду, до

дисциплінарної відповідальності, а також зобов'язаний відсторонити його від роботи без збереження заробітної плати.

3. У разі відмови або ухилення від навчання, інструктажу і перевірки знань з охорони праці та протипожежної охорони.

Працівники при прийнятті на роботу і в процесі роботи повинні проходити за рахунок роботодавця інструктаж, навчання з питань охорони праці, з надання першої медичної допомоги потерпілим від нещасних випадків і правил поведінки у разі виникнення аварії. Працівники, зайняті на роботах із підвищеною небезпекою або там, де є потреба у професійному доборі, повинні щороку проходити за рахунок роботодавця спеціальне навчання і перевірку знань нормативних актів з охорони праці. Посадові особи, діяльність яких пов'язана з організацією безпечного ведення робіт, під час прийняття на роботу і періодично, один раз на три роки, проходять навчання, а також перевірку знань із питань охорони праці за участю профспілок. Порядок проведення навчання та перевірки знань посадових осіб із питань охорони праці визначається типовим положенням, що затверджується спеціально уповноваженим центральним органом виконавчої влади з нагляду за охороною праці. Не допускаються до роботи працівники, у тому числі посадові особи, які не пройшли навчання, інструктажу і перевірки знань з охорони праці. У разі виявлення у працівників, у тому числі посадових осіб, незадовільних знань із питань охорони праці, вони повинні у місячний строк пройти повторне навчання й перевірку знань. Спеціалісти служби охорони праці у разі виявлення порушень охорони праці мають право вимагати відсторонення від роботи осіб, які не пройшли передбачених законодавством навчання, інструктажу, перевірки знань і не мають допуску до відповідних робіт або не виконують вимог нормативних актів із охорони праці.

4. В інших випадках, передбачених законодавством.

Наприклад, відповідно до Порядку проведення службового розслідування стосовно осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 13 червня 2000 р. № 950, службове розслідування щодо державного службовця проводиться з відстороненням від виконання повноважень за посадою або без такого відсторонення. Подібне розслідування може відбуватися у разі:

– невиконання або неналежного виконання ним службових обов'язків, перевищення своїх повноважень, що призвело до людських жертв або заподіяло значну матеріальну чи моральну шкоду громадянину, державі, підприємству, установі, організації чи об'єднанню громадян;

- недодержання ним законодавства про державну службу, про боротьбу з корупцією, порушення етики поведінки;
- вимоги державного службовця з метою зняття безпідставних, на його думку, звинувачень або підозри;
- з метою виявлення причин та умов, що призвели до вчинення корупційного правопорушення.

Рішенням щодо проведення розслідування визначається голова комісії з проведення службового розслідування, інші члени комісії, мета і дата початку та закінчення службового розслідування. Термін службового розслідування не може перевищувати двох місяців. Період проведення розслідування не включає часу тимчасової втрати працездатності державним службовцем, стосовно якого воно проводиться, часу його перебування у відпустці або службовому відрядженні чи відсутності з інших причин, а також часу ознайомлення таким державним службовцем та керівником органу, у якому він працює, з актом службового розслідування.

Рішення про відсторонення приймається за поданням голови комісії з проведення службового розслідування керівником державного органу, у якому працює службовець. На час відсторонення від виконання повноважень за посадою за державним службовцем зберігається заробітна плата.

Згідно з п. 5.17 Інструкції про порядок організації та проведення службового розслідування і службової перевірки в митній службі України, затвердженого наказом Державної митної служби України № 918 від 13 серпня 2010 р., службове розслідування стосовно посадових осіб митної служби України може проводитися з відстороненням їх від здійснення повноважень за посадою або без такого відсторонення. За посадовою особою на час її відсторонення від виконання повноважень за посадою зберігається заробітна плата, якщо інше не передбачено законодавством України.

За Законом України «Про правовий режим надзвичайного стану» від 16 березня 2000 р. № 1550-III у разі введення надзвичайного стану може здійснюватися відсторонення від роботи на період надзвичайного стану, в разі неналежного виконання своїх обов'язків, керівників державних підприємств, від діяльності яких залежить нормалізація обстановки в районі надзвичайного стану.

Відповідно до ст. 17 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» від 14 травня 1992 р. № 2343-XII з дня винесення господарським судом ухвали про санацію керівник боржника відсторонюється від посади в порядку, визначеному законодавством про працю.

Порядок та умови розірвання трудового договору з ініціативи працівника визначають статті 38 та 39 КЗпП України.

Працівник має право розірвати трудовий договір, укладений на невизначений строк, попередивши про це власника або уповноважений ним орган письмово за два тижні. Мета попередження полягає як у наданні можливості роботодавцю знайти нового працівника на місце того, який звільняється за власним бажанням, так і працівникові в останній раз визначитися з місцем своєї подальшої роботи. Сторони трудового договору мають право домовитися про будь-який строк звільнення після подання працівником заяви про це в межах двотижневого строку. Якщо роботодавець звільнить працівника до закінчення строку попередження за відсутності його згоди, суд повинен відновити його на роботі. Після закінчення двотижневого строку працівник має право припинити роботу, а роботодавець зобов'язаний видати йому трудову книжку і провести повний розрахунок. У такому разі останнім днем роботи є той день, про який працівник письмово попередив роботодавця про розірвання трудового договору. Якщо працівник залишить роботу до закінчення строку попередження і без наказу роботодавця про звільнення його достроково, то роботодавець може кваліфікувати це як прогул без поважних причин і звільнити працівника за відповідною підставою.

За наявності поважних причин трудовий договір може бути розірваний у строк, про який просить працівник. До поважних причин відносяться: переїзд на нове місце проживання; переведення чоловіка або дружини на роботу в іншу місцевість; вступ до навчального закладу; неможливість проживання у цій місцевості, підтверджена медичним висновком; вагітність; догляд за дитиною до досягнення нею чотирнадцятирічного віку або дитиною-інвалідом; догляд за хворим членом сім'ї відповідно до медичного висновку або інвалідом I групи; вихід на пенсію; прийняття на роботу за конкурсом тощо. Цей перелік не є вичерпним. Залежно від фактичних обставин у кожному конкретному випадку правозастосувачем поважними можуть бути визнані й інші причини.

Якщо після закінчення строку попередження працівник не покинув роботу і не вимагає розірвання трудового договору, роботодавець не має права звільнити його за поданою раніше заявою. Звільнення в цьому разі є законним лише у випадку, коли на місце, що вивільняється, запрошено іншого працівника, якому відповідно до законодавства роботодавець не може відмовити в укладенні трудового договору (наприклад особі, запрошеній на роботу в порядку переведення з іншого підприємства за погодженням між керівниками підприємств).

Працівник має право у визначений ним строк розірвати трудовий договір за власним бажанням, якщо роботодавець не виконує: а) законодавство про працю; б) умови колективного чи трудового договору.

Строковий трудовий договір підлягає розірванню достроково на вимогу працівника в разі: а) його хвороби або інвалідності, які перешкоджають виконанню роботи за договором; б) порушення роботодавцем законодавства про працю, колективного або трудового договору; в) наявності поважних причин (переїзд на нове місце проживання; переведення чоловіка або дружини на роботу в іншу місцевість; вступ до навчального закладу; неможливість проживання у цій місцевості, підтверджена медичним висновком; вагітність; догляд за дитиною до досягнення нею чотирнадцятирічного віку або дитиною-інвалідом; догляд за хворим членом сім'ї відповідно до медичного висновку або інвалідом I групи; вихід на пенсію; прийняття на роботу за конкурсом тощо). Під строковим трудовим договором у цьому випадку розуміють як трудовий договір на визначений строк, установлений за погодженням сторін, так і трудовий договір, що укладається на час виконання певної роботи. У разі відсутності будь-якої з вищеназваних причин строковий трудовий договір не підлягає розірванню з ініціативи працівника. Сезонні та тимчасові працівники мають право розірвати трудовий договір, попередивши про це роботодавця письмово за три дні. Спори про дострокове розірвання трудового договору вирішуються в загальному порядку, встановленому для розгляду індивідуальних трудових спорів.

Трудовий договір може бути розірваний з ініціативи роботодавця лише з підстав та в порядку, визначених законом. Підстави розірвання трудового договору з ініціативи роботодавця за сферою дії поділяються на загальні (ст. 40 КЗпП України) та додаткові (ст. 41 КЗпП України та спеціальне законодавство). Загальні підстави поширюються на всіх працівників підприємства, установи, організації незалежно від його форми власності та організаційно-правової форми створення. Додаткові підстави – це підстави, які поширюються тільки на певні категорії працівників, прямо передбачені законодавчими актами. Перелік підстав розірвання трудового договору з ініціативи роботодавця носить вичерпний характер. Роботодавець не має права розірвати трудовий договір із підстави, не передбаченої чинним законодавством. Згідно зі ст. 4 Конвенції МОП № 158 «Про припинення трудових відносин з ініціативи підприємця» 1982 р. (ратифікована Україною 16 травня 1994 р.) трудові відносини з працівниками з ініціативи роботодавця не при-

пиняються, якщо тільки немає законних підстав для такого припинення, пов'язаного із здібностями чи поведінкою працівника або викликаного виробничою потребою підприємства, установи чи служби. Не є, зокрема, законними підставами для припинення трудових відносин такі: а) членство у профспілці або участь у профспілковій діяльності в неробочий час чи, за згодою роботодавця, в робочий час; б) намір стати представником працівників, виконання тепер або в минулому функцій представника працівників; в) подання скарги або участь у справі, порушеній проти роботодавця за звинуваченням у порушенні законодавства чи правил, або звернення до компетентних адміністративних органів; г) раса, колір шкіри, стать, сімейне становище, сімейні обов'язки, вагітність, віросповідання, політичні погляди, національність або соціальне походження; г) відсутність на роботі в період перебування у відпустці по материнству.

Загальними підставами розірвання трудового договору є:

1. Звільнення у зв'язку із змінами в організації виробництва і праці (п. 1 ст. 40 КЗпП України).

Зміни в організації виробництва і праці включають ліквідацію¹, реорганізацію², банкрутство³ чи перепрофілювання⁴ підприємства,

¹ Юридична особа ліквідується: 1) за рішенням її учасників або органу юридичної особи, уповноваженого на це установчими документами, в тому числі у зв'язку із закінченням строку, на який було створено юридичну особу, досягненням мети, для якої її створено, а також в інших випадках, передбачених установчими документами; 2) за рішенням суду про визнання судом недійсною державної реєстрації юридичної особи через допущені при її створенні порушення, які не можна усунути, а також в інших випадках, встановлених законом (ст. 110 ЦК України).

Суб'єкт господарювання ліквідується: а) за ініціативою власника (власників) чи уповноважених ним органів, за рішенням інших осіб – засновників суб'єкта господарювання чи їх правонаступників, а у випадках, передбачених ГК України, – за рішенням суду; б) у зв'язку із закінченням строку, на який він створювався, чи у разі досягнення мети, заради якої його було створено; в) у разі визнання його в установленому порядку банкрутом, крім випадків, передбачених законом; г) у разі скасування його державної реєстрації у випадках, передбачених законом (ст. 59 ГК України).

² Формами реорганізації є злиття, приєднання, поділ, перетворення (ст. 104 ЦК України, ст. 59 ГК України).

³ Нездатність боржника відновити свою платоспроможність та задовольнити визнані судом вимоги кредиторів інакше як через застосування визначеної судом ліквідаційної процедури вважається банкрутством (ст. 209 ГК України).

⁴ Перепрофілювання підприємства – зміна технології виробничого процесу для випуску нової продукції (виконання робіт, надання послуг) або модернізація виробництва продукції, яка раніше вироблялася на цьому підприємстві (ст. 1 Закону України «Про спеціальні економічні зони та спеціальний режим інвестиційної діяльності в Донецькій області» від 24 грудня 1998 р. № 356-XIV).

установи, організації, скорочення чисельності або штату працівників. Однак зазначені обставини не вичерпують переліку змін в організації виробництва і праці. Реорганізація або перепрофілювання підприємства повинні супроводжуватися реальним скороченням чисельності чи штату працівників, змінами у їх складі за посадами, спеціальністю, кваліфікацією, професіями. Мета скорочення штату полягає в тому, щоб поліпшити роботу підприємства, установи, організації та укомплектувати його найбільш кваліфікованими кадрами. Скорочення штатів тягне усунення якоїсь штатної посади. Якщо скорочення чисельності може відбуватися і без усунення відповідних посад, то скорочення штату завжди тягне за собою зменшення чисельності працівників. Пунктом 19 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду судами трудових спорів» від 6 листопада 1992 р. № 9 визначено, що, розглядаючи трудові спори, пов'язані із звільненням за п. 1 ст. 40 КЗпП України, суди зобов'язані з'ясувати, чи дійсно у відповідача мали місце зміни в організації виробництва і праці, зокрема ліквідація, реорганізація або перепрофілювання підприємства, установи, організації, скорочення чисельності або штату працівників, які є докази щодо змін в організації виробництва і праці.

Відповідно до ч. 2 ст. 23 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» від 14 травня 1992 р. № 2343-ХІІ з дня прийняття господарським судом постанови про визнання боржника банкрутом і відкриття ліквідаційної процедури припиняються повноваження органів управління банкрута щодо управління банкрутом та розпорядження його майном: усі права керівника (органів управління) юридичної особи – банкрута переходять до ліквідатора. Якщо процедура ліквідації введена після розпорядження майном, то припиняються повноваження органів управління банкрута стосовно управління майном і реорганізації юридичної особи, а також повноваження власника (власників) майна банкрута. Керівник боржника звільняється з роботи у зв'язку з банкрутством підприємства (п. 1 ст. 40 КЗпП України).

При звільненні у зв'язку зі змінами в організації виробництва і праці працівник персонально про це попереджається за два місяці. Працівники гірничого підприємства попереджаються у письмовій формі про його ліквідацію або консервацію не пізніше ніж за рік до її проведення, а кожен працівник не пізніше ніж за два місяці до вивільнення ознайомлюється з відповідним наказом під особистий підпис (ст. 47 Гірничого закону України від 6 жовтня 1999 р. № 1127-ХІV).

Термін «вивільнені працівники» застосовується тільки у випадку звільнення працівника за п. 1 ст. 40 КЗпП. Зазначена категорія з'явилась 27 травня 1988 р., коли Указом Президії Верховної Ради УРСР КЗпП України був доповнений главою III-A «Забезпечення зайнятості вивільнюваних працівників». Одночасно з попередженням про звільнення роботодавець пропонує працівникові іншу роботу на тому ж підприємстві. Відповідно до п. 33 Правових позицій, висловлених судовою колегією в цивільних справах Верховного Суду України у зв'язку з аналізом причин перегляду судових рішень у цивільних справах у 1996 р., при вирішенні питання про те, чи мав змогу роботодавець виконати вимоги про надання роботи працівникові, який вивільняється у зв'язку зі змінами в організації виробництва і праці, суд виходить із того, що за змістом цієї норми працівнику має бути запропонована наявна робота за відповідною професією чи спеціальністю і лише за відсутності такої роботи – інша наявна робота. Що ж стосується вимог працівника про надання йому наявної роботи вищого рівня, ніж він виконував, то це питання має вирішуватися роботодавцем відповідно до загальних положень про комплектування кадрів і просування по службі. У разі відсутності роботи, а також при відмові працівника від переведення на іншу роботу на тому ж підприємстві працівник звертається за допомогою до державної служби зайнятості або працевлаштовується самостійно. Водночас роботодавець доводить до відома державної служби зайнятості інформацію про наступне вивільнення працівника із зазначенням його професії, спеціальності, кваліфікації та розміру оплати праці. Державна служба зайнятості пропонує працівникові роботу в тій же чи іншій місцевості за його професією, спеціальністю, кваліфікацією, а за її відсутності здійснює підбір іншої роботи з урахуванням індивідуальних побажань і суспільних потреб. У разі необхідності працівника може бути направлено, за його згодою, на навчання новій професії (спеціальності) з наступним наданням йому роботи. Особам, які мають особливі трудові заслуги перед Батьківщиною (Герої Соціалістичної Праці, Герої України та повні кавалери ордена Трудової Слави), надається першочергове працевлаштування при ліквідації підприємства, установи або організації. Особам, віднесеним до категорії 1, 2, що постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи, учасникам ліквідації наслідків аварії на Чорнобильській АЕС, які належать до категорії 3, гарантується працевлаштування з урахуванням їх побажань або можливість навчання нових професій (спеціальностей) із збереженням у встановленому порядку середньої

заробітної плати за останнім місцем роботи за весь період перепідготовки, але не більше одного року.

У разі, якщо роботодавець планує звільнення працівників із причин економічного, технологічного, структурного чи аналогічного характеру або у зв'язку з ліквідацією, реорганізацією, зміною форми власності підприємства він повинен завчасно, не пізніше як за три місяці до намічуваних звільнень, надати первинним профспілковим організаціям інформацію щодо цих заходів, включаючи інформацію про причини наступних звільнень, кількість і категорії працівників, яких це може стосуватися, про терміни проведення звільнень, а також провести консультації з профспілками про заходи щодо запобігання звільненням чи зведенню їх кількості до мінімуму або пом'якшення несприятливих наслідків будь-яких звільнень. Профспілки мають право вносити пропозиції органам державної влади, органам місцевого самоврядування, роботодавцям, їх об'єднанням про перенесення термінів, тимчасове припинення або скасування заходів, пов'язаних із вивільненням працівників, які є обов'язковими для розгляду. Зазначене відповідає ст. 13 Конвенції МОП № 158 «Про припинення трудових відносин з ініціативи підприємця», відповідно до якої якщо роботодавець планує припинення трудових відносин із причин економічного, технологічного, структурного або аналогічного плану, він: а) своєчасно надає відповідним представникам працівників інформацію щодо цього питання, зокрема інформацію про причини передбачуваних звільнень, кількість і категорії працівників, яких це може торкнутися, та строк, протягом якого їх буде проведено; б) якомога раніше надає можливість, згідно з національними законодавством і практикою, відповідним представникам працівників провести консультації про заходи запобігання звільненням або зведенню кількості їх до мінімуму та про заходи щодо пом'якшення несприятливих наслідків будь-якого звільнення для відповідних працівників, зокрема такі, як надання іншої роботи.

Розірвання трудового договору за цією підставою, крім випадку ліквідації підприємства, може бути проведено лише за попередньою згодою профспілкового органу.

При скороченні чисельності чи штату працівників у зв'язку зі змінами в організації виробництва і праці переважне право на залишення на роботі надається працівникам із більш високою кваліфікацією та продуктивністю праці. Кваліфікація – це здатність виконувати завдання та обов'язки відповідної роботи. Вона визначається рівнем освіти та спеціалізацією. Необхідний рівень освіти досягається завдяки ре-

лізації освітніх, освітньо-професійних та освітньо-наукових програм підготовки і має в цілому відповідати колу та складності професійних завдань і обов'язків. Спеціалізація пов'язана як із необхідною галуззю знань, використовуваними інструментами чи устаткуванням, так і з продукцією, яка виробляється, або надаваними послугами і відповідає певною мірою деталізованому колу професійних завдань та обов'язків. Тобто підвищення кваліфікації – це підвищення рівня загальної і спеціальної підготовки працівника. Більш висока кваліфікація підтверджується атестатом, дипломом, свідоцтвом та іншими документами про освіту, присвоєння, у тому числі й позачергове, спеціальних звань, підготовку, перепідготовку та підвищення кваліфікації, професійне навчання без відриву від роботи. Доказами цього також можуть бути використані дані щодо стажу роботи; проходження атестації та її результатів; щорічної оцінки виконання посадовими особами покладених на них обов'язків і завдань; виконання обов'язків тимчасово відсутніх більш кваліфікованих працівників; зарахування до кадрового резерву; причин переведення з вищих посад на нижчі. Аналіз чинного законодавства дає підстави для висновку, що більш висока продуктивність праці може бути підтверджена, поряд з іншими доказами, даними щодо: а) преміювання за результатами роботи у звітному періоді (кварталі, місяці) відповідно до встановлених показників та особистого вкладу в загальні результати роботи з урахуванням фактично відпрацьованого часу; б) виплати премій та грошових винагород, які мають одноразовий характер (винагороди за підсумками роботи за рік; премії за виконання важливих та особливо важливих завдань); в) нагородження посадових осіб державними нагородами; г) нагородження посадових осіб відомчими заохочувальними відзнаками тощо. Однією з істотних ознак працівника з високою продуктивністю праці є його дисциплінованість. Визначення рівня продуктивності праці має проводитися з урахуванням наявності у працівника дисциплінарних стягнень (п. 33 Правових позицій, висловлених судовою колегією в цивільних справах Верховного Суду України у зв'язку з аналізом причин перегляду судових рішень у цивільних справах у 1996 р.).

Продуктивність праці – це показник її ефективності, результативності, що характеризується співвідношенням між випуском продукції, наданням послуг та іншими результатами діяльності працівника і кількістю роботи, використаної на їх виробництво. Можливості проведення експертизи з визначення працівників із більш високою кваліфікацією і продуктивністю праці чинне законодавство України не передбачає.

Її також не допускає і судова практика. Тому, керуючись гл. 5 розд. I «Докази» Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України), сторони трудового спору мають право надавати суду будь-які фактичні дані, на підставі яких останній встановлює наявність або відсутність обставин, що обґрунтовують вимоги і заперечення сторін, та інших обставин, які мають значення для вирішення справи. Ці дані встановлюються на підставі пояснень сторін, третіх осіб, їх представників, допитаних як свідків, показань свідків, письмових доказів, речових доказів тощо. Належними є докази, які містять інформацію щодо предмета доказування. Слід зауважити, що згідно зі ст. 59 ЦПК України суд не бере до уваги докази, одержані з порушенням порядку, встановленого законом.

За рівних умов продуктивності праці й кваліфікації перевага в залишенні на роботі надається: а) сімейним – за наявності двох і більше утриманців; б) особам, у сім'ї яких немає інших працівників із самостійним заробітком; в) працівникам із тривалим безперервним стажем роботи на цьому підприємстві, в установі, організації; г) працівникам, які навчаються у вищих і середніх спеціальних навчальних закладах без відриву від виробництва; ґ) учасникам бойових дій, інвалідам війни та особам, на яких поширюється чинність Закону України «Про статус ветеранів війни, гарантії їх соціального захисту»; д) авторам винаходів, корисних моделей, промислових зразків і раціоналізаторських пропозицій; е) працівникам, які отримали на цьому підприємстві, в установі, організації трудове каліцтво або професійне захворювання; є) особам з числа депортованих з України протягом п'яти років з часу повернення на постійне місце проживання до України; ж) працівникам із числа колишніх військовослужбовців строкової служби та осіб, які проходили альтернативну (невійськову) службу, – протягом двох років з дня звільнення їх зі служби. Перевага в залишенні на роботі може надаватися й іншим категоріям працівників, якщо це передбачено законодавством України. Так, відповідно до ст. 9 Закону України «Про основні засади соціального захисту ветеранів праці та інших громадян похилого віку в Україні» від 16 грудня 1993 р. № 3721-XII особам, які мають особливі трудові заслуги перед Батьківщиною, надається переважне право на залишення на роботі при скороченні чисельності чи штату працівників незалежно від часу роботи на зазначеному підприємстві, в установі або організації. Ветеранам військової служби, ветеранам органів внутрішніх справ, ветеранам державної пожежної охорони, ветеранам служби цивільного захисту, ветеранам Державної служби

спеціального зв'язку та захисту інформації України надається право переважного залишення на роботі, на яку вони були зараховані вперше після звільнення з військової служби, при скороченні чисельності або штату працівників.

Переважне право також надається: а) особам, постраждалим унаслідок Чорнобильської катастрофи, віднесеним до категорій 1, 2; дружині (чоловіку) померлого громадянина, смерть якого пов'язана з Чорнобильською катастрофою, або опікуну (на час опікунства) дітей померлого; б) учасникам ліквідації наслідків аварії на Чорнобильській АЕС, які належать до категорії 3; дружині (чоловіку) померлих громадян з числа учасників ліквідації наслідків аварії на Чорнобильській АЕС, віднесених до категорії 3, смерть яких пов'язана з Чорнобильською катастрофою, або опікуну (на час опікунства) дітей померлих громадян.

Також право на переважне залишення на роботі при скороченні чисельності або штату працівників надається дітям війни (особа, яка є громадянином України та якій на час закінчення (2 вересня 1945 року) Другої світової війни було менше 18 років).

Роботодавець, якому згідно із Законом України «Про забезпечення молоді, яка отримала вищу або професійно-технічну освіту, першим робочим місцем з наданням дотації роботодавцю» надано дотацію для забезпечення молоді першим робочим місцем, зобов'язаний забезпечити гарантії зайнятості прийнятих з дотацією осіб та не розривати трудовий договір з ними за скороченням чисельності або штату працівників протягом двох років. У разі розірвання трудового договору за цією підставою дотація має бути повернута роботодавцем у повному обсязі з урахуванням індексації на рівень інфляції.

Працівники, звільнені у зв'язку зі змінами в організації виробництва і праці (крім ліквідації підприємства), протягом одного року мають право на укладення трудового договору у разі поворотного прийняття на роботу, якщо роботодавець провадить прийняття на роботу працівників аналогічної кваліфікації. При цьому переважне право на укладення такого договору надається тим же категоріям осіб, що мають переважне право на залишення на роботі при вивільненні працівників у зв'язку зі змінами в організації виробництва і праці. Умови відновлення соціально-побутових пільг, які працівники мали до вивільнення, визначаються колективним договором. Працівники гірничих підприємств, що ліквідуються або консервуються, мають першочергове право на працевлаштування на новостворюваних і діючих підприємствах незалежно від форми власності (ст. 46 Гірничого закону України).

За правилами п. 1 ст. 40 КЗпП України може бути розірвано трудовий договір у разі відмови працівника укласти договір про повну індивідуальну матеріальну відповідальність, а також з особою, що приймалась для заміщення відсутнього працівника, за яким зберігалась робота, на невизначений строк або тимчасово, але пропрацювала більше чотирьох місяців, при поверненні цього працівника на роботу, якщо відсутня можливість переведення з її згоди на іншу роботу.

2. Звільнення внаслідок виявленої невідповідності працівника займаній посаді або виконуваній роботі, а так само в разі відмови у наданні допуску до державної таємниці або скасування допуску до державної таємниці, якщо виконання покладених на нього обов'язків вимагає доступу до державної таємниці (п. 2 ст. 40 КЗпП України).

а) Звільнення внаслідок виявленої невідповідності працівника займаній посаді або виконуваній роботі.

Невідповідність – це об'єктивна нездатність працівника внаслідок недостатньої кваліфікації чи стану здоров'я належним чином виконувати доручену роботу. Отже, звільнення з цієї причини можливе внаслідок: 1) недостатньої кваліфікації; 2) стану здоров'я. Невідповідність працівника виконуваній роботі доводить роботодавець. Якщо працівник незадовільно виконує свою роботу внаслідок нестворення роботодавцем нормальних умов праці, це не вважається невідповідністю. Звільнення за п. 2 ст. 40 КЗпП можливе, якщо працівника неможливо перевести за його згодою на іншу роботу на тому ж підприємстві.

Недостатня кваліфікація працівника може виражатися у виконанні роботи, що не відповідає вимогам до її якості, систематичному браку, невиконанні норм праці тощо. Невідповідність працівника виконуваній роботі повинна підтверджуватися об'єктивними фактичними даними (актами про випуск браку, довідками про невиконання норм виробітку тощо). За цієї підстави може бути розірваний трудовий договір з керівником підприємства або підрозділу у зв'язку з нездатністю забезпечити належну дисципліну праці у відповідній структурі.

Невідповідність внаслідок недостатньої кваліфікації може бути встановлено на підставі атестації працівника. Атестація (від лат. *attestatio* – свідоцтво) – це визначення кваліфікації, рівня знань працівника. Основним завданням атестації є оцінка професійної кваліфікації і ділових якостей працівника на основі об'єктивних, обґрунтованих критеріїв, виходячи з результатів його роботи, з метою визначення можливостей професійного і посадового зростання. Атестація сприяє підвищенню відповідальності за ефективність і якість роботи, більш

раціональній розстановці кадрів з урахуванням їх професійної майстерності, досвіду та складності виконуваних робіт.

Проведення атестації повинне ґрунтуватись на законних підставах. Основними нормативними актами, якими встановлено порядок проведення атестації, є постанова Ради Міністрів СРСР від 26 липня 1973 р. № 531 «Про проведення атестації керівних, інженерно-технічних працівників та інших спеціалістів підприємств і організацій промисловості, будівництва, сільського господарства, транспорту і зв'язку» та Положення про проведення атестації керівних, інженерно-технічних працівників та інших спеціалістів підприємств і організацій промисловості, будівництва, сільського господарства, транспорту і зв'язку, затверджене постановою Державного комітету Ради Міністрів СРСР з науки і техніки та Державного комітету Ради Міністрів СРСР з питань праці та заробітної плати від 5 жовтня 1973 р. № 420/267. Типовий перелік посад керівних, інженерно-технічних працівників та інших спеціалістів промисловості, будівництва, сільського господарства, транспорту і зв'язку та інших галузей народного господарства, що підлягають атестації відповідно до постанови Ради Міністрів СРСР від 26 липня 1973 р., затверджений постановою Держкомітету СРСР з науки і техніки та Держкомпраці СРСР № 528/445 від 22 жовтня 1979 р., за погодженням із ВЦРПС. Ці акти залишаються чинними згідно з постановою Верховної Ради України «Про порядок тимчасової дії на території України окремих актів законодавства СРСР» від 12 вересня 1991 р. у частині, що не суперечить вітчизняному законодавству. Порядок проведення атестації деяких категорій працівників визначений також іншими нормативними актами: Порядком проведення атестації посадових осіб митної служби, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 25 грудня 2002 р. № 1984; Типовим положенням про проведення атестації посадових осіб місцевого самоврядування, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 26 жовтня 2001 р. № 1440; Положенням про проведення атестації державних службовців, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 28 грудня 2000 р. № 1922; Положенням про порядок проведення атестації працівників керівного складу державних підприємств, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 27 серпня 1999 р. № 1571; Положенням про порядок проведення атестації керівних, інженерно-технічних працівників та інших спеціалістів підприємств і організацій залізничного транспорту України, затвердженим наказом Міністерства транспорту України від 16 квітня 1996 р. № 127; Положен-

ням про порядок проведення атестації лікарів, затвердженим наказом Міністерства охорони здоров'я України від 19 грудня 1997 р. № 359; Положенням про порядок проведення атестації провізорів, затвердженим наказом Міністерства охорони здоров'я України від 12 грудня 2006 р. № 818, та ін.

Для проведення атестації роботодавцем затверджується атестаційна комісія. На основі всебічного, об'єктивного розгляду ділових та моральних якостей працівника, його ставлення до виконання службових обов'язків комісія дає одну із таких оцінок його діяльності: а) відповідає посаді, що займає; б) відповідає посаді, що займає, за умови покращення роботи і виконання рекомендацій атестаційної комісії, з повторною атестацією через рік; в) не відповідає посаді, що займає. Висновки комісії не є обов'язковими для роботодавця, вони носять рекомендаційний характер і оцінюються в сукупності з іншими доказами. Якщо працівник визнаний таким, що не відповідає займаній посаді, роботодавець має право його звільнити на підставі п. 2 ст. 40 КЗпП України не пізніше двох місяців із дня атестації. Після закінчення цього строку звільнення працівника з посади за результатами зазначеної атестації не допускається. У зазначений двомісячний строк не включається час відсутності працівника на роботі з поважних причин (хвороба, відпустка, виконання державних або громадських обов'язків та ін.).

Не можна звільняти з причини недостатньої кваліфікації осіб, які не мають достатнього досвіду роботи внаслідок нетривалого строку роботи (молодих робітників та молодих спеціалістів), а також неповнолітніх. Згідно з п. 21 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду судами трудових спорів» від 6 листопада 1992 р. № 9 не можна звільняти лише з мотивів відсутності спеціальної освіти (диплома), якщо відповідно до чинного законодавства наявність її не є обов'язковою умовою виконання роботи, обумовленої трудовим договором. У випадках, коли згідно із законодавством виконання певної роботи допускається після надання в установленому порядку спеціального права (водії автомобільного, електротранспорту тощо), позбавлення цього права може бути підставою для звільнення працівника з мотивів невідповідності займаній посаді або виконуваній роботі.

Звільнення за станом здоров'я можливе: 1) в інтересах охорони здоров'я працівника, якщо продовження роботи загрожує його здоров'ю і життю, навіть якщо працівник і виконує покладені на нього трудові обов'язки; якщо за станом здоров'я працівник не може належним чином виконувати свої трудові обов'язки і потребує надання більш легкої

роботи згідно з медичним висновком; 2) в інтересах охорони здоров'я населення (наприклад, якщо працівник сфери обслуговування після чергового медичного огляду визнаний бацилоносієм). У цьому випадку повинне мати місце стійке зниження працездатності. Невідповідність працівника за станом здоров'я повинна підтверджуватися медичним висновком. Наявність у працівника хронічного захворювання чи інвалідності сама по собі не може бути підставою для звільнення його внаслідок невідповідності, якщо це не впливає на якість його роботи і не є небезпечним для нього та оточуючих.

Працівника, який відмовився від переведення на більш легку роботу, якої він відповідно до медичного висновку потребував за станом здоров'я, не можна звільнити за систематичне невиконання працівником без поважних причин обов'язків, покладених на нього трудовим договором або правилами внутрішнього трудового розпорядку чи прогул без поважних причин. Роботодавець може у зв'язку з цим розірвати трудовий договір із працівником за виявленою невідповідністю працівника займаній посаді або виконуваній роботі внаслідок стану здоров'я, який перешкоджає продовженню роботи, якщо наявні передбачені законодавством умови.

б) Звільнення в разі відмови у наданні допуску до державної таємниці або скасування допуску до державної таємниці, якщо виконання покладених на працівника обов'язків вимагає доступу до державної таємниці.

Суспільні відносини, пов'язані з віднесенням інформації до державної таємниці, засекречуванням, розсекречуванням її матеріальних носіїв та охороною державної таємниці з метою захисту національної безпеки України регулює Закон України «Про державну таємницю» від 21 січня 1994 р. № 3855-ХІІ. Державна таємниця є видом таємної інформації, що охоплює відомості у сфері оборони, економіки, науки і техніки, зовнішніх відносин, державної безпеки та охорони правопорядку, розголошення яких може завдати шкоди національній безпеці України та які визнані у встановленому порядку державною таємницею і підлягають охороні державою. Забороняється віднесення до державної таємниці будь-яких відомостей, якщо цим будуть звужуватися зміст і обсяг конституційних прав та свобод людини і громадянина, завдаватиметься шкода здоров'ю та безпеці населення. Не належить до державної таємниці:

1) інформація про:

а) стан доквілля, про якість харчових продуктів і предметів побуту;

б) аварії, катастрофи, небезпечні природні явища та інші надзвичайні події, які сталися або можуть статися і загрожують безпеці громадян;

в) стан здоров'я населення, його життєвий рівень, включаючи харчування, одяг, житло, медичне обслуговування та соціальне забезпечення, а також про соціально-демографічні показники, стан правопорядку, освіти й культури населення;

г) факти порушень прав і свобод людини і громадянина;

д) незаконні дії органів державної влади, органів місцевого самоврядування та їх посадових осіб;

2) інша інформація, яка відповідно до законів та міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, не може бути засекреченою.

Залежно від ступеня секретності інформації встановлюються такі форми допуску до державної таємниці: форма 1 – для роботи із секретною інформацією, що має ступені секретності «особливої важливості», «цілком таємно» і «таємно»; форма 2 – для роботи із секретною інформацією, що має ступені секретності «цілком таємно» і «таємно»; форма 3 – для роботи із секретною інформацією, що має ступінь секретності «таємно», а також такі терміни дії допусків: для форми 1 – 5 років; для форми 2 – 10 років; для форми 3 – 15 років. Скасування раніше наданого допуску до державної таємниці можливе в таких випадках: а) виникнення або виявлення обставин, передбачених ст. 23 Закону України «Про державну таємницю» (наявність у громадянина судимості за тяжкі злочини, не погашена чи не знята у встановленому порядку; наявності у громадянина психічних захворювань, які можуть завдати шкоди охороні державної таємниці; повідомлення громадянином під час оформлення допуску недостовірних відомостей про себе; постійне проживання громадянина за кордоном або оформлення ним документів на виїзд для постійного проживання за кордоном; невиконання громадянином обов'язків щодо збереження державної таємниці, яка йому довірена або довірялася раніше та ін.); б) після припинення громадянином діяльності, у зв'язку з якою йому було надано допуск; в) втрата громадянства України; г) визнання його недієздатним. Рішення про переоформлення чи скасування допуску приймається посадовими особами, уповноваженими приймати рішення про його надання. Громадянина, якому скасовано допуск до державної таємниці, якщо виконання трудових чи службових обов'язків вимагає доступу до державної таємниці, а переміщення на інше робоче місце чи іншу посаду неможливе, може бути в передбаченому законодавством по-

рядку переведено на іншу роботу або службу, не пов'язану з державною таємницею, чи звільнено.

в) Звільнення внаслідок систематичного невиконання працівником без поважних причин трудових обов'язків (п. 3 ст. 40 КЗпП України).

Звільнення внаслідок систематичного невиконання працівником без поважних причин трудових обов'язків відбувається за одночасної наявності таких умов: а) невиконання чи неналежне виконання працівником своїх трудових обов'язків. Йдеться про порушення трудової дисципліни. Не можна звільняти за порушення громадських обов'язків (неявка на збори, конференцію тощо); б) наявність у діях працівника вини (у формі умислу чи необережності). Трудові обов'язки працівник не виконує без поважних причин; в) систематичний характер винного невиконання трудових обов'язків. Такими, що систематично порушують трудову дисципліну, є працівники, які мали дисциплінарне чи громадське стягнення за порушення трудової дисципліни і порушили її знову. Беруться до уваги тільки стягнення, застосовані до працівника на цьому підприємстві. Строк чинності попереднього стягнення – один рік із дня його накладення. Громадські стягнення застосовує трудовий колектив або його органи; г) має місце конкретний проступок, за який щодо працівника не застосовувалося дисциплінарне чи громадське стягнення. Ця умова впливає з положень п. 30 Типових правил внутрішнього трудового розпорядку, затверджених постановою Держкомпраці СРСР за погодженням із ВЦРПС від 20 липня 1984 р. № 213, які забороняють одночасне застосування декількох дисциплінарних стягнень за одне і те ж правопорушення. Однак можливе застосування нового дисциплінарного стягнення, якщо, незважаючи на попереднє стягнення, правопорушення триває. Через те що підставою звільнення є дисциплінарний проступок, його слід провадити з дотриманням правил та строків, передбачених для накладення дисциплінарних стягнень. Звільнення за систематичне невиконання працівником без поважних причин обов'язків, покладених на нього трудовим договором або правилами внутрішнього трудового розпорядку, може бути застосоване протягом одного місяця з дня виявлення проступку, але не пізніше шести місяців з дня його скоєння.

Не вважаються дисциплінарними стягненнями і не враховуються при звільненні за п. 3 ст. 40 КЗпП України:

– повне або часткове позбавлення порушників трудової дисципліни премій, передбачених системою оплати праці, або винагороди за підсумками роботи за рік;

– заходи громадського впливу, стягнення, застосовані до працівника за порушення громадського порядку, неправильну поведінку в побуті тощо;

– заходи дисциплінарного або громадського стягнення, які в установленому порядку погашені давністю, зняті, скасовані;

– дисциплінарні стягнення, які не були своєчасно доведені до відома працівника, а оголошені йому тільки разом із наказом (розпорядженням) про звільнення;

– інші заходи впливу, не передбачені законодавством України.

г) Звільнення за прогул без поважних причин (п. 4 ст. 40 КЗпП України).

Прогул – це відсутність працівника на роботі як протягом робочого дня, так і більше трьох годин безперервно чи сумарно протягом дня без поважних причин. Якщо працівник знаходиться на території підприємства, але відсутній на робочому місці, то це не прогул, а порушення трудової дисципліни. Прогулом також визнається: а) відсутність на роботі у зв'язку з помещенням до медвितверезника; б) залишення роботи без попередження роботодавця про розірвання трудового договору за два тижні, якщо трудовий договір був укладений на невизначений строк; в) залишення роботи до закінчення встановленого строку попередження без згоди роботодавця; г) самовільне відбуття у щорічну відпустку; г) самовільне використання днів відгулів; д) залишення роботи до закінчення строкового трудового договору; е) залишення роботи до закінчення строку, який працівник зобов'язаний пропрацювати за призначенням після закінчення вищого чи середнього спеціального навчального закладу тощо.

Поважність причини відсутності працівника на роботі, як правило, повинна бути підтверджена документально (відповідними довідками) чи показаннями свідків. Однак наявність поважних причин може бути визнана й у разі доведеної непрацездатності працівника, хоча б вона і не була підтверджена лікарняним листком, відмови працівника від переміщення, якщо робота протипоказана працівникові за станом здоров'я. Поважними можуть бути визнані й причини сімейно-побутового характеру, якщо вихід працівника на роботу за наявності таких причин міг би заподіяти працівникові або іншим особам шкоду, що значно перевищує шкоду, заподіяну роботодавцю невиходом на роботу. Визначення причин порушення трудової дисципліни (у тому числі вчинення прогулу) як поважних може здійснюватися як безпосередньо роботодавцем, так і органом, до якого здійснюється оскарження накладення дисциплінарного стягнення (комісією по трудових

спорах, судом), або органом, який розглядатиме спір про звільнення за прогул (судом). Питання про поважність причини відсутності на роботі вирішується в кожному окремому випадку, виходячи з конкретної ситуації.

Не є прогулом ухилення від діяльності, яка безпосередньо не пов'язана з трудовими обов'язками працівника, наприклад неявка на громадські заходи: суботники, недільники, заходи громадських організацій. Не є підставою для звільнення за прогул невихід працівника на роботу у зв'язку з незаконним переведенням на цю роботу.

Звільнення за прогул є дисциплінарним стягненням. Через те що прогул є грубим порушенням трудової дисципліни, роботодавець може звільнити працівника, який вчинив прогул, і за однократне порушення незалежно від того, що в нього не було до цього порушення дисциплінарних чи громадських стягнень.

д) Звільнення у випадку нез'явлення на роботу протягом більш як чотирьох місяців підряд внаслідок тимчасової непрацездатності (п. 5 ст. 40 КЗпП України).

Підставою для звільнення може бути тільки безперервна непрацездатність більше чотирьох місяців. Сумарний облік часу відсутності працівника не допускається. Вихід на роботу хоча б на один день перериває перебіг чотиримісячного строку. Звільняти за п. 5 ст. 40 КЗпП України можна за умови, що в роботодавця була виробнича необхідність у такому звільненні. Роботодавець має право звільняти працівника тільки в період його хвороби, а не тоді, коли він одужав і вийшов на роботу. Не можна звільнити працівника, якщо він уже одужав і став до виконання своїх трудових обов'язків, незважаючи на те, що тимчасова непрацездатність до цього продовжувалася понад чотири місяці.

Законодавством може бути встановлений триваліший строк збереження місця роботи (посади) при певних захворюваннях. Відповідно до ст. 25 Закону України «Про захист населення від інфекційних хвороб» від 6 квітня 2000 р. № 1645-III особам працездатного віку, у яких уперше виявлено захворювання на туберкульоз або стався його рецидив, листок непрацездатності для проведення безперервного курсу лікування та оздоровлення може видаватися на строк до 10 місяців. За такими особами протягом цього строку зберігається місце роботи. За працівниками, які втратили працездатність у зв'язку з трудовим каліцтвом або професійним захворюванням, місце роботи (посада) зберігається до відновлення працездатності або встановлення інвалідності.

Якщо військовозобов'язаний або резервіст захворів під час зборів і продовжує хворіти після їх закінчення, за ним зберігаються місце роботи і займана посада, а з дня закінчення зборів, у разі тимчасової непрацездатності, замість заробітної плати виплачується допомога відповідно до законодавства (ст. 29 Закону України «Про військовий обов'язок і військову службу» від 25 березня 1992 р. № 2232-ХІІ).

Тимчасова непрацездатність працівників засвідчується листком непрацездатності. Право видачі листків непрацездатності надається: а) лікуючим лікарям державних і комунальних закладів охорони здоров'я; б) лікуючим лікарям стаціонарів протезно-ортопедичних установ системи Міністерства праці та соціальної політики України; в) лікуючим лікарям туберкульозних санаторіїв; г) фельдшерам у місцевостях, де відсутній лікар, а також на плаваючих суднах. Видача документів, що засвідчують тимчасову непрацездатність, здійснюється лікуючим лікарем при пред'явленні паспорта чи іншого документа, який засвідчує особу непрацездатного. Видача та подовження документів, що засвідчують тимчасову непрацездатність, здійснюються тільки після особистого огляду хворого лікуючим лікарем, про що робиться відповідний запис у медичній карті амбулаторного чи стаціонарного хворого з обґрунтуванням тимчасової непрацездатності. Листок непрацездатності (довідка) в амбулаторно-поліклінічних закладах видається лікуючим лікарем переважно за місцем проживання чи роботи. У разі вибору громадянином лікуючого лікаря і лікувально-профілактичного закладу не за місцем проживання чи роботи документи, що засвідчують тимчасову непрацездатність, видаються за наявності заяви-клопотання громадянина, погодженої з головним лікарем обраного лікувально-профілактичного закладу, засвідченої його підписом та печаткою лікувально-профілактичного закладу. У разі втрати листка непрацездатності за рішенням ЛКК лікувально-профілактичного закладу, у якому його видано, видається новий листок непрацездатності з позначкою «дублікат» на підставі довідки з місця роботи про те, що за період тимчасової непрацездатності виплата допомоги у зв'язку з тимчасовою непрацездатністю не здійснювалась.

Направлення хворого для огляду до МСЕК здійснюють ЛКК лікувально-профілактичних закладів за місцем проживання або лікування за наявності стійкого чи необоротного характеру захворювання, а також у тому разі, коли хворий був звільнений від роботи протягом чотирьох місяців з дня настання тимчасової непрацездатності чи протягом п'яти місяців у зв'язку з одним і тим самим захворюванням за

останні дванадцять місяців, а при захворюванні на туберкульоз – після 10 місяців безперервного лікування або 12 місяців лікування з перервами протягом останніх двох років.

У разі визнання хворого інвалідом листок непрацездатності закривається днем надходження документів хворого до МСЕК, дата встановлення інвалідності обов'язково вказується в листку непрацездатності.

Особам, не визнаним інвалідами: а) у разі визнання їх працездатними термін тимчасової непрацездатності закінчується датою огляду у МСЕК; б) у разі визнання їх непрацездатними листок непрацездатності продовжується до відновлення працездатності або повторного направлення до МСЕК. При відмові хворого від направлення до МСЕК або несвоєчасному прибутті його на експертизу без поважної причини факт відмови або неявки засвідчується відповідною позначкою про це в листку непрацездатності та в медичній карті амбулаторного чи стаціонарного хворого. Відмова від направлення до МСЕК і неявка без поважної причини на огляд у МСЕК не є підставою для виписки хворого на роботу.

У строк неявки на роботі не входить час перебування у відпустці у зв'язку з вагітністю та пологами.

е) Звільнення у зв'язку з поновленням на роботі працівника, який раніше виконував цю роботу (п. 6 ст. 40 КЗпП України).

Поновлення на роботі працівника допускається: а) за рішенням суду, якщо працівник був звільнений без законних підстав; б) за ініціативою роботодавця в разі встановлення ним факту звільнення працівника без законної підстави або на вимогу органу нагляду за дотриманням законодавства з приводу поновлення працівника на роботі.

Окрім КЗпП України, право повернення на попередню роботу (посаду) передбачено й іншими законодавчими актами. Так, ст. 6 Закону України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду» від 1 грудня 1994 р. № 266/94-ВР передбачає, що громадянину, звільненому з роботи (посади) у зв'язку з незаконним засудженням, надається колишня робота (посада), а у разі неможливості цього (ліквідація підприємства, установи, організації, скорочення посади, втрата довіри до працівника, який безпосередньо обслуговував грошові або товарні цінності, внаслідок вчинення ним винних дій, скоєння працівником, який виконував виховні функції, аморального проступку, несумісного з продовженням цієї роботи, а також наявність інших,

передбачених законом підстав, що перешкоджають поновленню на роботі (посаді)), – йому має бути надано державною службою зайнятості іншу підходящу роботу. Робота надається громадянину не пізніше місячного терміну з дня звернення, якщо воно надійшло протягом трьох місяців з моменту набрання законної сили виправдувальним вироком або винесення постанови (ухвали) про закриття кримінальної справи за відсутності події злочину, відсутності у діянні складу злочину або недоведеності участі обвинуваченого у вчиненні злочину. У разі відмови в поновленні на роботі або невирішенні цього питання у місячний термін із дня звернення громадянина, він після цього має право у місячний термін звернутися до суду з позовом про поновлення на роботі. За Законом України «Про статус народного депутата України» від 17 листопада 1992 р. № 2790-XII народному депутату після закінчення строку його повноважень, а також у разі дострокового їх припинення за особистою заявою про складення ним депутатських повноважень надається попередня робота (посада). Із працівником, якого в порядку заміщення взято на посаду, що її займав народний депутат, укладається строковий трудовий договір. Цей договір розривається при поверненні народного депутата на роботу, але не пізніше як через три місяці після припинення повноважень народного депутата. Відповідно до Закону України «Про статус депутатів місцевих рад» від 11 липня 2002 р. № 93-IV у разі обрання депутата місцевої ради на виборну посаду у раді, на якій він працює на постійній основі, трудовий договір із ним за попереднім місцем роботи припиняється відповідно до законодавства. Депутату місцевої ради, який працював у раді на постійній основі, після закінчення таких повноважень надається попередня робота (посада), а за її відсутності – інша рівноцінна робота (посада) на тому самому або, за згодою депутата, на іншому підприємстві, в установі, організації. Із працівником, якого прийнято на роботу, що її виконував (займав) депутат місцевої ради, укладається строковий трудовий договір. Цей договір розривається у разі повернення депутата місцевої ради на роботу, але не пізніше як через три місяці після припинення повноважень депутата місцевої ради. За Законом України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» від 15 вересня 1999 р. № 1045-XIV працівникам, звільненим із роботи у зв'язку з обранням їх до складу виборних профспілкових органів, після закінчення терміну їх повноважень надається попередня робота (посада) або за згодою працівника інша рівноцінна робота.

є) Звільнення у зв'язку з появою на роботі в нетверезому стані, у стані наркотичного або токсичного сп'яніння (п. 7 ст. 40 КЗпП України).

Наркоманія та алкоголізм – це не тільки тяжкі захворювання, а й надзвичайно небезпечні соціальні явища, які швидкими темпами поширюються у світі й Україні зокрема. До вживання спиртних напоїв, хімічних речовин і наркотиків залучається дедалі більше людей, переважно молодих. Загальновідомо, що зловживання зазначеними речовинами підриває здоров'я людини, робить її непрацездатною, призводить до порушення сімейних і суспільних відносин, деградації особистості, втрати соціальної цінності людини, її передчасної смерті.

Пункт 7 ст. 40 КЗпП України передбачає, що можуть бути звільнені працівники, які у робочий час знаходяться на робочому місці у стані алкогольного, наркотичного або токсичного сп'яніння, незалежно від того, коли це мало місце – на початку, в середині чи в кінці робочого дня, а також незалежно від того, чи були вони попередньо відсторонені від роботи чи продовжували виконувати трудові обов'язки. Працівники з ненормованим робочим днем можуть бути звільнені і в тому разі, якщо вони перебували на роботі у нетверезому стані після закінчення робочого часу, бо для них час знаходження на роботі понад установлений загальний термін є робочим. Стан алкогольного, наркотичного або токсичного сп'яніння підтверджується як медичним висновком, так і іншими видами доказів (зокрема показаннями свідків, актом роботодавця та ін.).

Ознаками знаходження особи у стані алкогольного сп'яніння є запах алкоголю з рота, нестійкість пози, порушення мови, виражене тремтіння пальців рук, різка зміна забарвлення шкіряного покриву обличчя, поведінка, що не відповідає обстановці.

Ознаками знаходження особи у стані наркотичного або токсичного сп'яніння є наведені вище ознаки алкогольного сп'яніння (крім запаху алкоголю з рота), а також звужені чи дуже широкі зіниці, які майже не реагують на світло, сповільненість рухів чи відповідей на запитання. Специфічною ознакою можуть бути численні сліди від ін'єкцій на руках чи тілі.

Розпиття спиртних напоїв на виробництві вже є дисциплінарним проступком.

Особа, стосовно якої до органів Міністерства охорони здоров'я України або Міністерства внутрішніх справ України надійшла інформація від установ, підприємств, організацій, засобів масової інформації або окремих громадян про те, що вона незаконно вживає наркотичні засоби або психотропні речовини чи перебуває у стані наркотичного сп'яніння, підлягає медичному огляду. Факт незаконного вживання наркотичних засобів або психотропних речовин встановлюється на підставі показань свідків, наявності ознак наркотичного сп'яніння,

результатів медичного огляду, а також тестів на вміст наркотичного засобу або психотропної речовини в організмі особи. Встановлення стану наркотичного сп'яніння внаслідок незаконного вживання наркотичних засобів або психотропних речовин є компетенцією лише лікаря, на якого покладено обов'язки щодо проведення медичного огляду (обстеження), а діагноз «наркоманія» встановлюється лікарсько-консультаційною комісією (ст. 12 Закону України «Про заходи протидії незаконному обігу наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів та зловживанню ними» від 15 лютого 1995 р. № 62/95-ВР).

Звільняти у зв'язку з появою на роботі в нетверезому стані, у стані наркотичного або токсичного сп'яніння можна незалежно від того, чи застосовувались до працівника раніше заходи дисциплінарного чи громадського стягнення. Звільнення за цією підставою є дисциплінарним стягненням.

Відповідно до ст. 21 Закону України «Про заходи протидії незаконному обігу наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів та зловживанню ними» постановою суду про направлення особи, хворої на наркоманію, на примусове лікування є підставою для звільнення її з роботи.

ж) Звільнення у зв'язку з вчиненням за місцем роботи розкрадання майна роботодавця (п. 8 ст. 40 КЗпП України).

Розкрадання, у тому числі дрібне, має бути встановлене вироком суду, що набрав законної сили, чи постановою органу, до компетенції якого входить накладення адміністративного стягнення або застосування заходів громадського впливу (загальні збори, конференція трудового колективу та ін.).

Підставою для притягнення до адміністративної відповідальності є вчинення особою дрібного викрадення чужого майна шляхом крадіжки, шахрайства, привласнення чи розтрати. Викрадення чужого майна вважається дрібним, якщо вартість такого майна на момент вчинення правопорушення не перевищує трьох неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Згідно зі ст. 221 КУпАП органами, компетентними накладати адміністративне стягнення за дрібне викрадення чужого майна, є районні, районні у місті, міські чи міськрайонні суди. Особа, яка вчинила адміністративне правопорушення, звільняється від адміністративної відповідальності з передачею матеріалів на розгляд громадської організації або трудового колективу, якщо з урахуванням характеру вчиненого правопорушення і особи правопорушника до нього доцільно застосувати захід громадського впливу. Про заходи громадського впливу, застосовані до осіб, які вчинили дрібне

викрадення чужого майна, власник підприємства, установи, організації або уповноважений ним орган, або громадська організація повинні не пізніше як у десятиденний строк з дня одержання матеріалів повідомити орган (посадову особу), який надіслав матеріали.

Власник або уповноважений ним орган має право розірвати трудовий договір незалежно від того, чи застосовувались до працівника раніше заходи дисциплінарного або громадського стягнення, у робочий чи неробочий час вчинене розкрадання. До випадків вчинення розкрадання майна належить розкрадання його як на підприємстві, з яким працівник перебуває у трудових відносинах, так і на підприємстві, на якому він виконує роботу за трудовим договором. Трудовий договір може бути розірвано не пізніше одного місяця з дня набрання законної сили вироком суду, прийняття постанови про адміністративне стягнення або заходів громадського впливу, не враховуючи періоду тимчасової непрацездатності працівника, а також перебування його у відпустці.

Додаткові підстави розірвання трудового договору:

1. Звільнення внаслідок одноразового грубого порушення трудових обов'язків керівником підприємства, установи, організації (філії, представництва, відділення та іншого відокремленого підрозділу), його заступниками, головним бухгалтером підприємства, установи, організації, його заступниками, а також посадовими особами (п. 1 ст. 41 КЗпП України).

За зазначеною підставою звільняють лише спеціальних суб'єктів. Ними можуть бути керівник підприємства (філіалу, представництва, відділення та іншого відокремленого підрозділу), його заступники, головний бухгалтер підприємства, його заступники, а також посадові особи митних органів, державних податкових інспекцій, яким присвоєно персональні звання, і службові особи державної фінансової інспекції. Однократне грубе порушення трудових обов'язків є оціночним поняттям. Згідно з п. 27 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду судами трудових спорів» при вирішенні питання, чи є порушення трудових обов'язків грубим, необхідно виходити із таких факторів: а) характер проступку; б) обставини, за яких він скоєний; в) яка шкода ним завдана чи могла бути завдана. Звільнення за цією підставою є дисциплінарним стягненням і допускається з додержанням правил для їх застосування.

2. Звільнення в разі винних дій керівника підприємства, установи, організації, внаслідок чого заробітна плата виплачувалася несвоєчасно або в розмірах, нижчих від установленого законом розміру мінімальної заробітної плати (п. 1-1 ст. 41 КЗпП України).

Заробітна плата виплачується працівникам регулярно в робочі дні у строки, встановлені колективним договором або нормативним актом роботодавця, погодженим з виборним органом первинної профспілкової організації чи іншим уповноваженим на представництво трудовим колективом органом (а в разі відсутності таких органів – представниками, обраними і уповноваженими трудовим колективом), але не рідше двох разів на місяць через проміжок часу, що не перевищує шістнадцяти календарних днів, та не пізніше семи днів після закінчення періоду, за який здійснюється виплата. Розмір заробітної плати за першу половину місяця визначається колективним договором або нормативним актом роботодавця, погодженим з виборним органом первинної профспілкової організації чи іншим уповноваженим на представництво трудовим колективом органом (а в разі відсутності таких органів – представниками, обраними і уповноваженими трудовим колективом), але не менше оплати за фактично відпрацьований час з розрахунку тарифної ставки (посадового окладу) працівника. У разі, коли день виплати заробітної плати збігається з вихідним, святковим або неробочим днем, заробітна плата виплачується напередодні. Своєчасність та розмір виплати заробітної плати працівникам не можуть бути поставлені в залежність від здійснення інших платежів та їх черговості.

Звільнення керівника підприємства за розглядуваною підставою можливе тільки за наявності у його діях вини (при цьому форма вини значення не має). За відсутності останньої звільнення за п. 1-1 ст. 41 КЗпП України слід визнати незаконним. Так, не може бути звільнений керівник, якщо перед підприємством мають заборгованість державний або місцевий бюджети.

3. Звільнення працівника у зв'язку з втратою до нього довіри з боку роботодавця (п. 2 ст. 41 КЗпП України).

Суб'єктом звільнення за цією підставою є тільки працівники, які безпосередньо обслуговують грошові, товарні або культурні цінності, тобто зайняті їх прийманням, зберіганням, транспортуванням, розподілом тощо (касири, комірники, завідувачі баз, інкасатори та ін.). Факт укладення договору про повну індивідуальну матеріальну відповідальність значення не має. Винними діями, що дають підстави для втрати довіри до працівника, вважається отримання оплати за послуги без відповідних документів; продаж товарів безпосередньо зі складу, підсобних приміщень; обмірювання, обважування, обрахування; приховування товарів від покупця; наявність надлишків на складі; неправильне ведення звітної документації; порушення правил торгівлі спирт-

ними напоями або видачі наркотичних лікарських засобів. Форма вини при цьому значення не має. Як правило, такі дії мають корисливий характер. Це крадіжки цінностей, використання їх у своїх особистих інтересах, порушення правил торгівлі, відпуск товарів у борг, порушення правил зберігання матеріальних цінностей, допущення нестач або надлишків товарів, халатне ставлення до роботи тощо.

У разі встановлення в передбаченому законом порядку факту вчинення працівниками розкрадання, хабарництва й інших корисливих правопорушень вони можуть бути звільнені у зв'язку з втратою довіри до них і в тому випадку, коли ці дії не пов'язані з їх роботою. Висновок роботодавця про те, що цей працівник не заслуговує довіри внаслідок вчинення винних дій, повинен ґрунтуватися на об'єктивних доказах вини працівника у заподіянні матеріального збитку або вчиненні незаконних дій (наприклад, має бути підтверджений інвентаризаційним актом, актами ревізії, списання залишків, обрахування, обважування й т. п.). Не допускається групове звільнення членів бригади з підстав втрати довіри, у тому числі й бригадира, у випадках, коли конкретні винуватці не встановлені.

Звільнення за зазначеною підставою не є дисциплінарним стягненням. Факт добровільного відшкодування заподіяного збитку не перешкоджає звільненню з мотивів втрати довіри.

4. Звільнення у зв'язку з вчиненням працівником аморального проступку (п. 3 ст. 41 КЗпП України).

Суб'єктами звільнення за цією підставою є тільки працівники, які виконують виховні функції (вихователі, вчителі, викладачі, практичні психологи, соціальні педагоги, майстри виробничого навчання, методисти, педагогічні працівники позашкільних закладів та ін.). Підставою звільнення є аморальний проступок, під яким розуміють порушення норм суспільної моралі, яке негативно впливає на виконання працівником його виховних функцій. Звільнення допускається як за вчинення винних дій під час виконання трудових обов'язків, так і не пов'язаних із ними (вчинення такого проступку у громадських місцях або в побуті). Проступок працівника повинен бути доведений конкретними фактами. Звільнення не може визнаватися правильним, якщо воно проведене лише внаслідок загальної оцінки поведінки працівника, не підтвердженої конкретними фактами. При звільненні необхідно зважати на чинники: а) час, що пройшов із моменту виникнення винних дій (аморального проступку); б) наступна поведінка працівника; в) інші конкретні обставини. Звільнення за цією підставою не є дисциплінарним стягненням.

Згідно зі ст. 7 КЗпП України додаткові (крім передбачених у ст. 41 Кодексу) підстави для припинення трудового договору деяких категорій працівників за певних умов (порушення встановлених правил прийняття на роботу та ін.) можуть установлюватися законодавством. Так, трудовий договір може бути припинений через порушення норм чинного законодавства при його укладанні. Наприклад, ч. 6 ст. 24 КЗпП України забороняє приймати на роботу громадянина, якому ця робота протипоказана за станом здоров'я. Також можуть бути додатковими підставами для припинення трудового договору: прийняття на роботу осіб, яким вироком суду заборонено займати певні посади або займатися певною діяльністю протягом визначеного судом строку; прийняття на роботу, пов'язану з матеріальною відповідальністю, осіб, раніше засуджених за розкрадання, хабарництво та інші злочини, якщо судимість не знято і не погашено; прийняття на роботу осіб, яким законом заборонено обіймати певні посади або провадити певну діяльність; прийняття на роботу на державні підприємства, в установи, організації осіб, які є близькими родичами чи свояками (батьки, подружжя, брати, сестри, діти, а також батьки, брати, сестри і діти подружжя), якщо у зв'язку з виконанням трудових обов'язків вони безпосередньо підпорядковані або підконтрольні один одному; прийняття на роботу за сумісництвом із порушенням чинних правил; інші випадки, передбачені законодавством.

Відповідно до ст. 30 Закону України «Про державну службу» від 16 грудня 1993 р. № 3723-ХІІ, крім загальних підстав, передбачених КЗпП України, державна служба припиняється у разі: 1) порушення умов реалізації права на державну службу; 2) недотримання пов'язаних із проходженням державної служби вимог; 3) досягнення державним службовцем граничного віку проходження державної служби; 4) відставки державних службовців, які займають посади першої або другої категорій; 5) виявлення або виникнення обставин, що перешкоджають перебуванню державного службовця на державній службі; 6) відмови державного службовця від прийняття або порушення Присяги; 7) неподання або подання державним службовцем неправдивих відомостей щодо його доходів.

Стаття 79 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» від 21 травня 1997 р. № 280/97-ВР передбачає, що повноваження сільського, селищного, міського голови, голови районної у місті, районної, обласної ради вважаються достроково припиненими у разі: 1) його звернення з особистою заявою до відповідної ради про складення ним повноважень голови; 2) припинення його громадянства; 3) набрання законної сили обвинувальним вироком щодо нього; 4) порушення ним вимог щодо обмеження сумісності його діяльності з іншою роботою

(діяльністю); 5) визнання його судом недієздатним, безвісно відсутнім або оголошення таким, що помер; 6) його смерті. Повноваження сільського, селищного, міського голови можуть бути також достроково припинені, якщо він порушує Конституцію або закони України, права і свободи громадян, не забезпечує здійснення наданих йому повноважень. Повноваження сільського, селищного, міського голови можуть бути припинені достроково за рішенням місцевого референдуму або за рішенням відповідної ради, прийнятим шляхом таємного голосування не менш як двома третинами голосів депутатів від загального складу ради. Порядок проведення місцевого референдуму щодо дострокового припинення повноважень голови визначається законом про місцеві референдуми. Повноваження голови припиняються з дня прийняття місцевим референдумом або відповідною радою рішення про це, а в разі призначення Верховною Радою України позачергових виборів голови – у день обрання головою іншої особи. Крім загальних підстав, передбачених КЗпП України, служба в органах місцевого самоврядування припиняється на підставі і в порядку, визначеному Законом України «Про місцеве самоврядування в Україні», а також у разі відмови посадової особи місцевого самоврядування від складання Присяги; порушення умов реалізації права на службу в органах місцевого самоврядування; неподання відомостей або подання посадовою особою місцевого самоврядування неправдивих відомостей щодо її доходів у встановлений термін; виявлення або виникнення обставин, що перешкоджають перебуванню на службі, чи недотримання вимог, пов'язаних із проходженням служби в органах місцевого самоврядування; досягнення посадовою особою місцевого самоврядування граничного віку перебування на службі в органах місцевого самоврядування.

Посадові особи органів акціонерного товариства та інші особи, які перебувають із товариством у трудових відносинах, не мають права вимагати від акціонера – працівника товариства – надання відомостей про те, як він голосував чи як має намір голосувати на загальних зборах, або про відчуження акціонером – працівником товариства – своїх акцій чи намір їх відчуження, або вимагати передачі довіреності на участь у загальних зборах. У разі порушення цих вимог посадова особа товариства звільняється із займаної посади, трудовий договір з нею розривається відповідно до закону (ст. 28 Закону України «Про акціонерні товариства» від 17 вересня 2008 р. № 514-VI).

Розірвання трудового договору з підстав, передбачених пунктами 1 (крім випадку ліквідації підприємства, установи, організації), 2–5, 7

ст. 40 і пунктами 2 і 3 ст. 41 КЗпП України, може бути проведено лише за попередньою згодою виборного органу (профспілкового представника), первинної профспілкової організації, членом якої є працівник. Пункт 15 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду судами трудових спорів» роз'яснює, що оскільки в цьому випадку йдеться про профспілковий орган підприємства, профспілкові органи структурних підрозділів (цехів, управлінь, відділів тощо) можуть вирішувати питання про згоду на звільнення працівника з ініціативи роботодавця, якщо їм таке право делеговане профспілковим органом підприємства.

Без згоди виборного органу первинної профспілкової організації (профспілкового представника) розірвання трудового договору з ініціативи роботодавця допускається у випадках:

- ліквідації підприємства, установи, організації;
- незадовільного результату випробування, обумовленого при прийнятті на роботу;
- звільнення із суміщуваної роботи у зв'язку з прийняттям на роботу іншого працівника, який не є сумісником, а також у зв'язку з обмеженнями на роботу за сумісництвом, передбаченими законодавством;
- поновлення на роботі працівника, який раніше виконував цю роботу;
- звільнення працівника, який не є членом первинної профспілкової організації, що діє на підприємстві, в установі, організації;
- звільнення з підприємства, установи, організації, де немає первинної профспілкової організації;
- звільнення керівника підприємства, установи, організації (філіалу, представництва, відділення та іншого відокремленого підрозділу), його заступників, головного бухгалтера підприємства, установи, організації, його заступників, а також службових осіб митних органів, державних податкових інспекцій, яким присвоєно персональні звання, і службових осіб державної контрольно-ревізійної служби та органів державного контролю за цінами; керівних працівників, які обираються, затверджуються або призначаються на посади державними органами, органами місцевого та регіонального самоврядування, а також громадськими організаціями та іншими об'єднаннями громадян;
- звільнення працівника, який вчинив за місцем роботи розкрадання (у тому числі дрібне) майна власника, встановлене вироком суду, що набрав законної сили, чи постановою органу, до компетенції якого входить накладення адміністративного стягнення або застосування заходів громадського впливу.

До осіб, які є організаторами страйку, визнаного судом незаконним, або які не виконують рішення про визнання страйку незаконним, а так само осіб, які перешкоджають припиненню незаконного страйку, не застосовуються порядок і гарантії, передбачені статтями 43 і 252 КЗпП України. Законодавством можуть бути передбачені й інші випадки розірвання трудового договору з ініціативи власника або уповноваженого ним органу без згоди відповідного виборного органу первинної профспілкової організації (профспілкового представника).

Рішення Конституційного Суду України № 14-рп/98 від 29 жовтня 1998 р. у справі про профспілку, що діє на підприємстві, говорить про охоплення поняттям «професійна спілка, що діє на підприємстві, в установі, організації», будь-якої професійної спілки (профспілкової організації), яка відповідно до Конституції та законів України утворена на підприємстві, в установі, організації на основі вільного вибору її членів з метою захисту їх трудових і соціально-економічних прав та інтересів, незалежно від того, чи є така професійна спілка стороною колективного договору, угоди. Професійні спілки, які діють на одному й тому ж підприємстві, мають рівні права і є рівними перед законом. Питання про надання згоди на розірвання трудового договору із працівником у передбачених законом випадках і порядку вирішує професійна спілка, яка діє на підприємстві, членом якої є працівник.

У тих випадках, коли крім додержання загальних вимог щодо порядку звільнення з ініціативи роботодавця за чинним законодавством про звільнення певних категорій працівників (наприклад, неповнолітніх, працівників профспілкових органів, ради (правління) підприємства, ради трудового колективу), необхідна також згода відповідного органу, вона має бути і в тому випадку, коли за ст. 43¹ КЗпП України допускається звільнення без згоди профспілкового органу підприємства. Якщо за положеннями чинного законодавства у цих випадках згода відповідного органу має бути попередньою, суд бере до уваги лише таку згоду, оскільки інше законом не передбачено.

Обґрунтоване письмове подання роботодавця про розірвання трудового договору з працівником виборний орган первинної профспілкової організації, членом якої є працівник, розглядає у п'ятнадцятиденний строк. Подання має розглядатися у присутності працівника, щодо якого його внесено. Розгляд подання у разі відсутності працівника допускається лише за його письмовою заявою. За бажанням працівника від його імені може виступати інша особа, у тому числі адвокат. Якщо працівник або його представник не з'явився на засідання, розгляд заяви відкладається до наступного засідання в межах п'ятнадцятиденного строку. У разі повторної

неявки працівника без поважних причин подання може розглядатися за його відсутності. Якщо виборний орган первинної профспілкової організації не утворюється, згоду на розірвання трудового договору надає профспілковий представник, уповноважений на представництво інтересів членів професійної спілки згідно зі статутом. Орган первинної профспілкової організації повідомляє роботодавця про прийняте рішення у письмовій формі у триденний строк після його прийняття. У разі пропуску цього строку вважається, що профорган дав згоду на розірвання трудового договору. Якщо працівник одночасно є членом декількох первинних профспілкових організацій, які діють на підприємстві, згоду на його звільнення дає виборний орган тієї первинної профорганізації, до якої звернувся роботодавець. Рішення профспілки про ненадання згоди на розірвання трудового договору має бути обґрунтованим. У разі, якщо в рішенні немає обґрунтування відмови у згоді на звільнення, роботодавець має право звільнити працівника без згоди виборного органу профспілки. Згода профспілкового органу на звільнення не може бути визнана такою, що має юридичне значення, у таких випадках: а) не додержані вимоги про участь у засіданні цього органу більше половини його членів; б) згода давалась на прохання службової особи, що не наділена правом прийняття і звільнення і не мала відповідного доручення правомочної особи, чи з ініціативи самого профспілкового органу; в) з інших підстав, ніж зазначалось у поданні роботодавця, а потім і в наказі про звільнення. Роботодавець має право розірвати трудовий договір не пізніше як через місяць із дня одержання згоди виборного органу первинної профспілкової організації (профспілкового представника). Установивши, що звільнення працівника проведено роботодавцем без звернення до виборного органу первинної профспілкової організації, суд зупиняє провадження по справі, запитує згоду профспілкового органу і після її одержання або відмови профспілкового органу щодо давання згоди на звільнення працівника розглядає спір по суті. Не буде суперечити закону, якщо до профспілкового органу в такому випадку звернеться роботодавець або суддя під час підготовки справи до судового розгляду. Аналогічним чином вирішується спір про поновлення на роботі, якщо згоду профспілкового органу на звільнення визнано такою, що не має юридичного значення. Відмова профспілкового органу в згоді на звільнення є підставою для поновлення працівника на роботі.

Допускається звільнення працівника з ініціативи роботодавця, якщо неможливо перевести працівника за його згодою на іншу роботу у зв'язку з такими чинниками: а) зміни в організації виробництва і праці, у тому числі ліквідація, реорганізація, банкрутство або перепрофілювання підприємства, установи, організації, скорочення чисель-

ності або штату працівників; б) виявлена невідповідність працівника займаній посаді або виконуваній роботі внаслідок недостатньої кваліфікації або стану здоров'я, які перешкоджають продовженню цієї роботи, а так само в разі скасування допуску до державної таємниці, якщо виконання покладених на нього обов'язків вимагає доступу до державної таємниці; в) поновлення на роботі працівника, який раніше виконував цю роботу.

Не допускається звільнення працівника з ініціативи роботодавця в період його тимчасової непрацездатності (крім звільнення з підстави неявки на роботу протягом більше ніж чотирьох місяців поспіль унаслідок тимчасової непрацездатності, якщо законодавством не встановлений триваліший строк збереження місця роботи (посади) при певному захворюванні), а також у період перебування працівника у відпустці. Однак це правило не поширюється на випадок повної ліквідації підприємства. Слід зауважити, що правила про недопустимість звільнення працівника в період тимчасової непрацездатності, а також у період перебування у відпустці стосуються як передбачених статтями 40 та 41 КЗпП України, так і інших випадків, коли розірвання трудового договору відповідно до чинного законодавства провадиться з ініціативи власника або уповноваженого ним органу. При цьому маються на увазі щорічні, а також інші відпустки, що надаються працівникам як із збереженням, так і без збереження заробітної плати. Розірвання трудового договору з ініціативи роботодавця не може бути визнано обґрунтованим, якщо в день звільнення працівнику видано лікарняний листок (в установлених законом випадках – довідку) про його тимчасову непрацездатність.

Згідно зі ст. 26 Закону України «Про приватизацію державного майна» від 4 березня 1992 р. № 2163-ХІІ з дня прийняття рішення про приватизацію розірвання трудового договору з працівником підприємства, що приватизується, з ініціативи власника або уповноваженого ним органу не допускається, за винятком звільнення на підставі п. 6 ст. 40 КЗпП України або вчинення працівником дій, за які законодавством передбачена можливість звільнення на підставі пп. 3, 4, 7, 8 ст. 40 та ст. 41 КЗпП України. Не допускається звільнення працівників приватизованого підприємства з ініціативи нового власника чи уповноваженого ним органу протягом 6 місяців від дня переходу до нього права власності.

Оскільки проходження строкової військової служби за призовом було і є обов'язком громадянина, ухилення від якого тягне за собою відповідальність у встановленому чинним законодавством порядку, то

будь-які обмеження трудових прав особи, пов'язані із проходженням такої служби, недопустимі. Військовозобов'язані, призвані на збори, не підлягають звільненню з роботи з ініціативи власника або уповноваженого ним органу незалежно від підпорядкування і форм власності з дня отримання повістки про призов і до повернення, крім випадків ліквідації установи, підприємства, організації тощо, де вони працювали (п. 7 Інструкції про умови виплати грошового забезпечення та захоплення військовозобов'язаних, затвердженої наказом Міністра оборони України від 12 березня 2007 р. № 80).

При звільненні деяких категорій працівників чинним законодавством установлені додаткові вимоги. Так, за ст. 198 КЗпП України звільнення працівників молодше вісімнадцяти років з ініціативи роботодавця допускається, крім додержання загального порядку звільнення, тільки за згодою районної (міської) служби у справах дітей. Закон України «Про органи і служби у справах дітей та спеціальні установи для дітей» від 24 січня 1995 р. № 20/95-ВР уточнює у ст. 4 це положення та визначає, що давати згоду на звільнення працівників молодше 18 років за ініціативою власника підприємства, установи та організації незалежно від форми власності або уповноваженого ним органу мають право спеціально уповноважений центральний орган виконавчої влади у справах сім'ї, дітей та молоді, уповноважений орган влади Автономної Республіки Крим у справах сім'ї, дітей та молоді, служби у справах дітей. Слід зауважити, що звільнення неповнолітніх осіб із підстав, зазначених у пп. 1, 2 і 6 ст. 40 КЗпП України, провадиться лише у виняткових випадках і не допускається без працевлаштування.

Звільнення вагітних жінок і жінок, які мають дітей віком до трьох років (до шести років – у разі, якщо дитина потребує домашнього догляду, жінці в обов'язковому порядку надається відпустка без збереження заробітної плати тривалістю, визначеною в медичному висновку), одиноких матерів, що мають дитину віком до чотирнадцяти років або дитину-інваліда, з ініціативи роботодавця не допускається. Звільнення допускається тільки у випадку повної ліквідації підприємства з обов'язковим працевлаштуванням таких жінок. Обов'язкове працевлаштування здійснюється також у випадках звільнення після закінчення строкового трудового договору. Питання звільнення жінок, які перебувають у відпустці по догляду за дитиною, може розглядатися тільки після цієї відпустки у загальному порядку згідно із законодавством. Названі категорії жінок не можуть бути звільнені не лише з підстав, передбачених статтями 40 і 41 КЗпП України, але й за іншими підставами, які

кваліфікуються як звільнення (розірвання) трудового договору з ініціативи роботодавця. Отже, якщо трудовий договір припиняється з інших підстав, то звільнення жінок є правомірним. На період працевлаштування за ними зберігається середня заробітна плата, але не більше трьох місяців із дня закінчення строкового трудового договору.

Відповідно до ст. 33 Закону України «Про статус депутатів місцевих рад» депутат місцевої ради може бути звільнений із роботи з ініціативи роботодавця від займаної посади, виключений із навчального закладу за умови його попередження в порядку, встановленому законом. Про таке попередження відповідний роботодавець письмово повідомляє не менш ніж за 15 днів відповідну місцеву раду.

Згідно зі ст. 23 Закону України «Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні» від 16 листопада 1992 р. № 2782-XII редактор (головний редактор), обраний на посаду трудовим колективом редакції, не може бути звільнений з посади без згоди трудового колективу редакції.

Звільнення членів виборного профспілкового органу підприємства (у тому числі структурних підрозділів), його керівників, профспілкового представника (там, де не обирається виборний орган профспілки), крім додержання загального порядку, допускається за наявності попередньої згоди виборного органу, членами якого вони є, а також вищого виборного органу цієї профспілки (об'єднання профспілок). Звільнення з ініціативи роботодавця працівників, які обиралися до складу профспілкових органів підприємства, не допускається протягом року після закінчення терміну, на який він обирався, крім випадків повної ліквідації підприємства, виявленої невідповідності працівника займаній посаді або виконуваній роботі внаслідок стану здоров'я, який перешкоджає продовженню цієї роботи, або вчинення працівником дій, за які законодавством передбачена можливість звільнення з роботи чи зі служби. Така гарантія не надається працівникам у разі дострокового припинення повноважень у цих органах у зв'язку з неналежним виконанням своїх обов'язків або за власним бажанням, за винятком випадків, коли це зумовлено станом здоров'я. Відповідно до ч. 5 ст. 41 Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» звільненим працівникам у зв'язку із закінченням терміну виборних повноважень надається попередня робота (посада) або, за згодою працівника, інша рівноцінна робота (посада). Якщо роботодавець, у якого звільнений керівник проффор-

гану працював до переходу на виборну роботу, відмовляється працювати працівника, це питання вирішується в судовому порядку. Для забезпечення гарантій повернення колишнього виборного працівника на попередню роботу бажано, щоб із роботодавцем було досягнуто домовленість про прийняття на посаду (місце роботи) працівника, обраного на штатну посаду в профспілковому органі, нового працівника за строковим трудовим договором (на час виконання повноважень виборним працівником). Крім того, профспілковий орган може надати колишньому керівникові штатну роботу у виконавчому апараті на вакантній посаді керівника структурного підрозділу, консультанта, спеціаліста, радника тощо.

Законодавство про працю України передбачає можливість розірвання трудового договору з ініціативи осіб, які не є його стороною (третіх осіб). Це можуть бути суди, військкомати, комісії у справах альтернативної (невійськової) служби, батьки неповнолітнього, профспілкові органи тощо. Роботодавець зобов'язаний виконати вимоги названих органів або осіб, оскільки вони ґрунтуються на законі.

Підстави звільнення працівника з ініціативи осіб, які не є його стороною, такі:

1. Призов або вступ працівника на військову службу, направлення на альтернативну (невійскову) службу (п. 3 ст. 36 КЗпП України).

Захист Вітчизни є обов'язком громадян України. Військова служба є державною службою особливого характеру, яка полягає у професійній діяльності придатних до неї за станом здоров'я і віком громадян України, пов'язаній із захистом Вітчизни. Комплектування військових частин, військових навчальних закладів, установ і організацій Збройних Сил та інших утворених відповідно до законів України військових формувань військовослужбовцями із числа громадян призовного віку провадиться шляхом їх призову на строкову військову службу або прийняття на військову службу за контрактом осіб, які не проходили строкову військову службу і мають вищу або професійно-технічну освіту. Згідно з п. 64 Положення про підготовку і проведення призову громадян України на строкову військову службу, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 21 березня 2002 р. № 352, оповіщення громадян про призов на строкову військову службу та їх прибуття на призовні дільниці відбувається за наказами районних військових комісарів і повістками, врученими призовникам через житлово-експлуатаційні організації, домовласників, відповідні виконавчі орга-

ни сільських, селищних і міських рад, де немає військових комісаріатів, керівників підприємств, установ, організацій, навчальних закладів незалежно від підпорядкування і форми власності. Ці документи є підставою для припинення трудового договору з власником підприємства, установи, організації або уповноваженим ним органом, де громадянин працює. Призовники, які відібрані кандидатами для прийняття на військову службу за контрактом, направляються військкоматом до військової частини для проведення у разі потреби додаткового медичного обстеження, професійно-психологічного вивчення та прийняття у встановленому порядку остаточного рішення про прийняття на військову службу. Припис про направлення призownika у військову частину є підставою для припинення трудового договору з підприємством, на якому він працює.

Право на альтернативну службу мають громадяни України, якщо виконання військового обов'язку суперечить їх релігійним переконанням і ці громадяни належать до діючих згідно із законодавством України релігійних організацій, віровчення яких не допускає користування зброєю. Альтернативна служба є службою, яка запроваджується замість проходження строкової військової служби і має на меті виконання обов'язку перед суспільством. Цю службу громадяни проходять на підприємствах, в установах, організаціях, що перебувають у державній, комунальній власності або переважна частка у статутному фонді яких є в державній або комунальній власності, діяльність яких у першу чергу пов'язана із соціальним захистом населення, охороною здоров'я, захистом довкілля, будівництвом, житлово-комунальним та сільським господарством, а також у патронажній службі в організаціях Товариства Червоного Хреста України. На невійськову службу направляються громадяни, які підлягають призову на строкову військову службу й особисто заявили про неможливість її проходження як такої, що суперечить їх релігійним переконанням, документально або іншим чином підтвердили істинність переконань та стосовно яких прийнято відповідне рішення комісією у справах альтернативної служби. Відповідно до п. 21 Положення про порядок проходження альтернативної (невійськової) служби, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 10 листопада 1999 р. № 2066, направлення для проходження альтернативної (невійськової) служби, видане комісією у справах альтернативної служби, є підставою для припинення трудового договору з власником підприємства, установи, організації або уповноваженим ним органом, де громадянин працює.

2. Набрання законної сили вироком суду, яким працівника засуджено до позбавлення волі або до іншого покарання, яке виключає можливість продовження даної роботи (п. 7 ст. 36 КЗпП України).

Із цієї підстави трудовий договір припиняється при набранні законної сили вироком, яким працівника засуджено (крім випадків умовного засудження і відстрочки виконання вироку) до позбавлення волі, виправних робіт не за місцем роботи, позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю або до іншого покарання, яке виключає можливість продовження цієї роботи. Днем звільнення вважається останній день фактичного виконання ним трудових обов'язків. Працівник не може бути звільнений, якщо він визнаний таким, що відбув покарання у зв'язку зі знаходженням під вартою до набрання вироком законної сили.

Власник підприємства за місцем роботи особи, позбавленої права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, зобов'язаний:

а) не пізніше трьох днів після одержання копії вироку суду або повідомлення інспекції звільнити засуджену особу з посади, яку вона обіймала, або від того виду професійної діяльності, права на яку вона позбавлена;

б) внести до трудової книжки засудженої особи запис про те, на який строк і які посади вона позбавлена права обіймати або яким видом професійної діяльності позбавлена займатися;

в) негайно повідомити кримінально-виконавчу інспекцію про виконання вимог вироку та направити до інспекції копію відповідного наказу або витяг із нього;

г) на вимогу інспекції надавати їй документи, пов'язані з виконанням покарання.

Згідно з Інструкцією про порядок виконання покарань, не пов'язаних із позбавленням волі, та здійснення контролю щодо осіб, засуджених до таких покарань, затвердженою наказом Державного департаменту України з питань виконання покарань від 19 грудня 2003 р. № 270/1560, у разі невиконання власником підприємства, на якому працює засуджена особа, вироку суду щодо особи, позбавленої права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, кримінально-виконавча інспекція надсилає матеріали прокуророві для вирішення питання про притягнення винних осіб до відповідальності згідно зі ст. 382 Кримінального кодексу (далі – КК) України (невиконання судового рішення).

3. Вимога виборного органу первинної профспілкової організації (профспілкового представника) (ст. 45 КЗпП України).

Згідно з п. 9 ч. 1 ст. 38 Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» до повноважень виборного органу первинної профспілкової організації на підприємстві, в установі, організації належить право приймати рішення про вимогу до роботодавця розірвати трудовий договір (контракт) з керівником підприємства, установи, організації, якщо він порушує цей Закон, законодавство про працю, ухиляється від участі у переговорах щодо укладення або зміни колективного договору, не виконує зобов'язань за колективним договором, допускає інші порушення законодавства про колективні договори. За змістом ст. 43¹ КЗпП України керівником належить вважати особу, яка очолює підприємство, установу, організацію або відокремлений підрозділ (філію, представництво тощо). При цьому йдеться не про будь-який структурний підрозділ (цех, управління, відділення, службу, ферму тощо), а саме про відокремлений підрозділ, який утворюється у спеціально передбаченому порядку. Вимога профспілкових органів про розірвання трудового договору (контракту) є обов'язковою для розгляду і виконання. Якщо власник або уповноважений ним орган, або керівник, стосовно якого пред'явлено вимогу про розірвання трудового договору, не згоден із цією вимогою, він може оскаржити рішення виборного органу первинної профспілкової організації (профспілкового представника) до суду у двотижневий строк із дня отримання рішення. У цьому разі виконання вимоги про розірвання трудового договору зупиняється до винесення судом рішення. У разі, якщо рішення виборного органу первинної профспілкової організації не виконано і не оскаржено у зазначений строк, виборний орган первинної профспілкової організації у цей же строк може оскаржити у суді діяльність або бездіяльність посадових осіб, органів, до компетенції яких належить розірвання трудового договору з керівником підприємства, установи, організації. Пункт 21 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду судами трудових спорів» роз'яснює, що відхилення судом скарги на вимогу профспілкового органу не є перешкодою для оспорування працівником у суді законності звільнення його на підставі ст. 45 КЗпП України.

Питання щодо розірвання контракту та звільнення керівника виконавчого органу відкритого акціонерного товариства, створеного у процесі приватизації та корпоратизації, у випадку, якщо отримано

вимогу профспілкового комітету ВАТ про звільнення керівника на підставі ст. 45 КЗпП України за невиконання умов колективного договору розглядає орган приватизації (Фонд державного майна України)¹. У вимозі повинні міститися конкретні докази та приклади порушення законодавства України про працю та невиконання особисто керівником виконавчого органу ВАТ зобов'язань за колективним договором, на підставі яких потрібно розірвати контракт та звільнити його з посади. До вимоги в обов'язковому порядку необхідно додати протоколи засідання профспілкового комітету ВАТ і зборів колективу, на яких розглядалися питання виконання колективного договору та винесено рішення щодо подання до органів приватизації вимоги про звільнення та розірвання контракту з керівником виконавчого органу ВАТ на підставі ст. 45 КЗпП України. Із протоколами в обов'язковому порядку повинен бути ознайомлений керівник виконавчого органу ВАТ особисто, засвідчивши це власним підписом.

4. Вимога батьків неповнолітнього або інших осіб та органів (ст. 199 КЗпП України).

Батьки, усиновителі і піклувальники неповнолітнього, а також державні органи та службові особи, на яких покладено нагляд і контроль за додержанням законодавства про працю, мають право вимагати розірвання трудового договору з неповнолітнім, у тому числі й строкового, якщо продовження його чинності загрожує здоров'ю неповнолітнього або порушує його законні інтереси.

5. Подання службових осіб органів державного нагляду за охороною праці.

Відповідно до п. 26 Типової форми контракту з керівником підприємства, що є у державній власності, затвердженої постановою Кабінету Міністрів України від 2 серпня 1995 р. № 597, керівник може бути звільнений з посади, а контракт розірваний з ініціативи органу управління майном, у тому числі за пропозицією місцевого органу державної виконавчої влади, до закінчення терміну його дії за поданням службових осіб органів державного нагляду за охороною праці у разі систематичних порушень вимог чинного законодавства з питань охорони праці.

¹ Див.: Положення про порядок укладання або переукладання контракту з керівником виконавчого органу відкритого акціонерного товариства, холдингової компанії та державної акціонерної компанії [Текст] : затв. наказом Фонду держ. майна України від 5 квіт. 2004 р. № 662.

Глава 3

Колективні договори і угоди

Питання, пов'язані з колективними договорами та угодами, регулюють друга (статті 10–20) та деякі інші глави КЗпП України, Закон України «Про колективні договори і угоди» від 1 липня 1993 р. № 3356-ХІІ, Положення про порядок повідомної реєстрації галузевих і регіональних угод, колективних договорів, затверджене постановою Кабінету Міністрів України від 5 квітня 1994 р. № 225, а також інші нормативно-правові акти. З прийняттям Закону України «Про колективні договори і угоди» створено правові засади для подальшого розвитку системи колективно-договірного регулювання соціально-трудових відносин та узгодження інтересів найманих працівників і власників. За даними державної статистики, у сфері дії колективних договорів перебуває близько 9,5 млн працівників, що становить 81 % від їх загальної кількості. Рівень охоплення працівників колективними договорами у 1996–2004 рр. зростав у середньому на 3 % щорічно. Однак в останні роки спостерігається деяке зниження цього показника.

Колективний договір – це локальний нормативно-правовий акт з регулювання трудових, соціально-економічних та виробничих відносин між роботодавцем і працівниками підприємства, установи, організації. Принципово схоже визначення дає і Рекомендація МОП № 91 «Щодо колективних договорів» 1951 р., яка вказує, що відповідно до мети цієї Рекомендації під «колективним договором» розуміють усяку письмову угоду щодо умов праці та найму, яка укладається, з одного боку, між роботодавцем, групою роботодавців або однією чи кількома організаціями роботодавців та, з другого – однією чи кількома представницькими організаціями працівників або, за відсутності таких організацій, – представниками самих працівників, належним чином обраними і уповноваженими згідно із законодавством країни. Ніщо в цьому визначенні не може тлумачитися як таке, що припускає визнання організації працівників, створеної або фінансованої роботодавцями чи їх представниками або такої, де вони мають зверхність.

Колективний договір укладається на підприємствах незалежно від форм власності й господарювання, які використовують найману працю і мають права юридичної особи. Враховуючи зазначене, колективний договір між фізичною особою – роботодавцем і найманими працівни-

ками не укладається. Колективний договір може укладатися у структурних підрозділах підприємства в межах компетенції цих підрозділів. У структурних підрозділах, зокрема філіях підприємства, колективні договори можуть укладатися тільки у випадку, якщо власник уповноважив керівника структурного підрозділу вести переговори й укласти колективний договір від імені юридичної особи.

Сторонами колективного договору є роботодавець та профспілкові організації, які діють відповідно до своїх статутів, а у разі їх відсутності – представники, вільно обрані на загальних зборах найманих працівників або уповноважених ними органів. Працівники підприємства та його пенсіонери персоніфіковано сторонами за колективним договором не є¹.

Якщо на підприємстві, в установі або організації діє кілька первинних профспілкових організацій, представництво колективних інтересів працівників підприємства, установи або організації щодо укладання колективного договору здійснюється об'єднаним представницьким органом, який утворюється цими первинними профспілковими організаціями, за ініціативою будь-якої з них. У цьому разі кожна профспілкова організація має визначатися щодо своїх конкретних зобов'язань за колективним договором та відповідальності за їх невиконання. Представницький орган утворюється на засадах пропорційного представництва. Первинна профспілкова організація, що відмовилася від участі в об'єднаному представницькому органі, позбавляється права представляти інтереси найманих працівників при підписанні колективного договору.

Цікавим є питання щодо можливості укладання колективного договору з керуючим санацією. Відповідно до ч. 4 ст. 17 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» від 14 травня 1992 р. № 2343-ХІІ з дня винесення господарським судом ухвали про санацію керівник боржника відсторонюється від посади у порядку, визначеному законодавством про працю; управління боржником переходить до керуючого санацією; припиняються повноваження органів управління боржника – юридичної особи, а повноваження органів управління передаються керуючому санацією. За ст. 65 ГК України на всіх підприємствах, які використовують найману працю, між власником або уповноваженим ним органом і трудовим колективом або уповноваженим ним органом повинен укладатися

¹ Постанова Вишого Господарського суду України від 5 грудня 2002 р. по справі № 3/130н.

колективний договір, яким регулюються виробничі, трудові та соціальні відносини трудового колективу з адміністрацією підприємства. Окрім того, згідно з ч. 5 ст. 17 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» керуючий санацією має право укладати від імені боржника мирову угоду, цивільно-правові, трудові та інші угоди. Стаття 20 Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» встановлює право профспілок і їх об'єднань вести колективні переговори та здійснювати укладення колективних договорів, а також не обмежує це право щодо суб'єкта підприємницької діяльності, який проходить санацію.

Таким чином, і в процесі санації боржника на ньому продовжують функціонувати соціально-трудова відносини між керуючим санацією, якому відповідно до чинного законодавства України передані повноваження органів управління, та найманими працівниками або уповноваженими ними органами.

Закон України «Про колективні договори і угоди» передбачає укладення колективних договорів, угод на добровільній основі, що відповідає нормам Конвенцій Міжнародної організації праці (далі – МОП), ратифікованих Україною (№ 98 «Про застосування принципів права на організацію і ведення колективних переговорів» (1949 р.), № 154 «Про сприяння колективним переговорам» (1981 р.)). Відповідно до ст. 4 Конвенції МОП № 98, де це необхідно, уживаються заходи, що відповідають умовам країн, з метою сприяння повному розвитку і використанню процедури ведення переговорів на добровільній основі між підприємцями та організаціями підприємців, з одного боку, і організаціями трудящих – з другого, з метою регулювання умов праці шляхом укладення колективних договорів. Пунктом 1 Рекомендації МОП «Щодо колективних договорів» передбачено, що шляхом погодження або через законодавство, залежно від умов країни, повинні встановлюватися системи, що відповідають місцевим умовам, для опрацювання, укладення, перегляду та поновлення колективних договорів чи для надання сприяння сторонам в опрацюванні, укладенні, перегляді та поновленні колективних договорів.

У той же час згідно з ч. 7 ст. 65 ГК України на всіх підприємствах, які використовують найману працю, між власником або уповноваженим ним органом і трудовим колективом або уповноваженим ним органом повинен укладатися колективний договір, яким регулюються виробничі, трудові та соціальні відносини трудового колективу з адміністрацією підприємства. Проте відповідно до ст. 4 ГК України він не регулює

трудові відносини. Цей кодекс, згідно зі ст. 1, визначає основні засади господарювання в Україні і регулює господарські відносини, що виникають у процесі організації та здійснення господарської діяльності між суб'єктами господарювання, а також між цими суб'єктами та іншими учасниками відносин у сфері господарювання.

Отже, ні чинним трудовим законодавством, ні міжнародними нормами не передбачено положення щодо обов'язковості укладення колективного договору.

Слід, однак, зазначити, що хоча законодавство не містить норм, які передбачають відповідальність за відсутність колективного договору, ст. 17 Закону України «Про колективні договори і угоди» передбачено відповідальність за ухилення від участі в переговорах. Так, на осіб, які представляють власників або уповноважені ними органи чи профспілки або інші уповноважені трудовим колективом органи і ухиляються від участі в переговорах щодо укладення, зміни або доповнення колективного договору чи навмисно порушили строк або не забезпечили роботу відповідної комісії у визначені сторонами строки, накладається штраф до десяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, і вони несуть також дисциплінарну відповідальність аж до звільнення з посади. Ця ж відповідальність у вигляді штрафу визначена також у ст. 41¹ КУпАП. Отже, законодавством забезпечуються права сторін, зокрема профспілок і власників, на ведення переговорів та укладення колективних договорів і угод.

При вирішенні питання стосовно доцільності укладення колективного договору потрібно враховувати, що лише достатньо повний і змістовний колективний договір може забезпечити стабільні відносини між працівниками і роботодавцями, чітко визначаючи права та обов'язки сторін, стати надійною правовою основою для створення належних умов праці, у тому числі оплати праці. У колективному договорі можна врахувати особливості діяльності певного підприємства, використати його можливості й ресурси в інтересах працівників і розвитку виробництва.

Необхідність укладення колективного договору зумовлена також тим, що до колективного договору мають бути включені нормативні положення, якщо в актах законодавства міститься пряме визначення про обов'язковість закріплення цих положень у колективному договорі. Так, наприклад, відповідно до ст. 15 Закону України «Про оплату праці» шляхом переговорів і на умовах, визначених колективним договором, повинні встановлюватись: форми і системи оплати праці,

норми праці, розцінки, тарифні сітки, схеми посадових окладів, умови запровадження та розміри надбавок, доплат, премій, винагород та інших заохочувальних, компенсаційних і гарантійних виплат з дотриманням норм і гарантій, передбачених законодавством, генеральною та галузевими (регіональними) угодами. Якщо колективний договір на підприємстві не укладено, власник або уповноважений ним орган зобов'язаний погодити ці питання з виборним органом первинної профспілкової організації (профспілковим представником), що представляє інтереси більшості працівників, а у разі його відсутності – з іншим уповноваженим на представництво органом. Подібні вимоги містяться і в законах України «Про охорону праці», «Про відпустки» та інших актах законодавства. В укладенні колективного договору інколи заінтересоване саме підприємство, зокрема у випадку, якщо необхідно буде довести правомірність включення у валові видатки сум матеріальної допомоги, оформити відпустку працівника за свій рахунок, надати додаткову відпустку за ненормований робочий день тощо.

Забороняється будь-яке втручання, яке може обмежити законні права працівників та їх представників або заборонити їх здійснення, з боку органів представницької і виконавчої влади та господарського управління, політичних партій, власників або уповноважених ними органів при укладенні та виконанні колективних договорів, угод. Не допускається ведення переговорів та укладення колективних договорів і угод від імені працівників організаціями або органами, створеними чи фінансованими власниками або уповноваженими ними органами, політичними партіями. У разі коли інтереси трудового колективу представляє профспілковий орган, інтереси власника або уповноваженого ним органу не можуть представляти особи, які є членами виборного органу цієї профспілки.

Укладенню колективних договорів передують колективні переговори. Їх важливість підкреслює і ст. 6 Європейської соціальної хартії (переглянутої) 1996 р., згідно з якою з метою забезпечення ефективного здійснення права на укладення колективних договорів. Сторони зобов'язуються сприяти: а) проведенню спільних консультацій між працівниками та роботодавцями; б) створенню механізму переговорів на добровільній основі між роботодавцями або організаціями роботодавців та організаціями працівників з метою регулювання умов праці за допомогою колективних договорів, коли це необхідно і доцільно; в) створенню та використанню належного механізму примирення та добровільного арбітражу для вирішення трудових спорів.

Оскільки в КЗпП України і в Законі України «Про колективні договори і угоди» не з'ясовано поняття «колективні переговори», слід скористатися тим, яке подане у ст. 2 Конвенції МОП «Про сприяння колективним переговорам» № 154: колективні переговори – це всі переговори, що відбуваються між підприємцем, групою підприємців або однією чи кількома організаціями підприємців, з одного боку, і однією чи декількома організаціями трудящих – з другого, з метою: а) визначення умов праці й зайнятості; б) регулювання відносин між підприємцями і трудящими; в) упорядкування відносин між підприємцями (чи їх організаціями) й організацією (чи організаціями) трудящих.

Право на ведення переговорів і укладення колективних договорів від імені найманих працівників, відповідно до ст. 12 КЗпП України та статей 3, 4 Закону України «Про колективні договори і угоди», надається професійним спілкам, об'єднанням профспілок в особі їх виборних органів або іншим представницьким організаціям трудящих, наділеним трудовими колективами відповідними повноваженнями. Якщо на підприємстві, в установі, організації є кілька професійних спілок, то вони повинні сформувати спільний представницький орган для ведення переговорів і укладання колективного договору. Таким чином, усі професійні спілки, що діють на підприємстві, мають право брати участь в укладанні колективного договору. У разі недосягнення згоди щодо колективного договору у спільному представницькому органі загальні збори (конференція) трудового колективу приймають найбільш прийнятний проект колективного договору і доручають профспілці або іншому уповноваженому трудовим колективом органу, який розробив проект, на його основі провести переговори й укласти затверджений загальними зборами (конференцією) колективний договір від імені трудового колективу з власником або уповноваженим ним органом. Зазначений вище Закон та КЗпП України допускають можливість укладання колективного договору як усіма професійними спілками підприємства, установи, організації, так і окремими з них, а також іншими органами, уповноваженими трудовим колективом. Однак участь професійної спілки в укладанні колективного договору не впливає на здійснення нею своїх повноважень і не є ознакою для визначення професійної спілки такою, що діє на підприємстві, в установі, організації¹.

Будь-яка із сторін не раніше як за три місяці до закінчення строку дії колективного договору або у строки, визначені ним, письмово по-

¹ Справа про профспілку, що діє на підприємстві [Текст] : Рішення Конституц. Суду України від 29 жовт. 1998 р. № 14-рп/98 // Офіц. вісн. України. – 1998. – № 45. – С. 56.

відомляє другу сторону про початок переговорів, яка, у свою чергу, протягом семи днів повинна їх розпочати.

Для ведення переговорів і підготовки проекту колективного договору утворюється робоча комісія з представників сторін. Її склад визначається сторонами. Сторони переговорів зобов'язані надавати учасникам переговорів усю необхідну інформацію щодо змісту колективного договору. Учасники переговорів не мають права розголошувати державної та комерційної таємниці і підписують відповідні зобов'язання. Чинне трудове законодавство не встановлює переліку інформації, яка може бути необхідною сторонам при веденні колективних переговорів. Документи ж МОП дають уявлення про інформацію, потрібну для таких переговорів. Так, Рекомендація МОП № 163 «Про сприяння колективним переговорам» (1981 р.) передбачає, що за необхідності належить вживати відповідних до національних умов заходів, щоб сторони мали доступ до інформації, потрібної для компетентного ведення переговорів. З цією метою роботодавці приватного й державного секторів повинні на прохання організацій працівників подавати інформацію про соціально-економічне становище виробничого підрозділу, у рамках якого ведуться переговори, та підприємства у цілому, потрібну для компетентного ведення переговорів. Якщо розголошення частини цієї інформації може завдати шкоди підприємству, її надання повинне бути обумовлено зобов'язанням вважати її до необхідної міри конфіденційною. Державні органи мають надавати потрібну інформацію про загальне соціально-економічне становище країни і відповідної галузі тією мірою, наскільки розголошення такої інформації не завдає шкоди національним інтересам. У Рекомендації МОП № 129 «Про зв'язок між адміністрацією і трудящими на підприємстві» (1967 р.) міститься перелік інформації, яку адміністрації належить надавати представникам трудящих або їм самим.

Робоча комісія готує проект колективного договору з урахуванням пропозицій, що надійшли від працівників і приймає рішення, яке оформляється відповідним протоколом.

Для врегулювання розбіжностей під час ведення колективних переговорів використовують примирні процедури. Порядок проведення примирних процедур регулює Закон України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» від 3 березня 1998 р., згідно зі ст. 2 якого колективний трудовий спір – це, в тому числі і розбіжності, що виникли між сторонами соціально-трудова відносин щодо укладення колективного договору.

Якщо в ході переговорів сторони не дійшли згоди з незалежних від них причин, то складається протокол розбіжностей, до якого вносяться остаточно сформульовані пропозиції сторін про заходи, необхідні для усунення цих причин, а також про строки відновлення переговорів. Протягом трьох днів після його складання сторони консультуються, формують зі свого складу примирну комісію, а в разі недосягнення згоди звертаються до посередника, обраного ними ж. Примирна комісія або посередник у термін до семи днів розглядає протокол розбіжностей і виносить рекомендації щодо суті спору. У разі недосягнення згоди між сторонами стосовно внесення рекомендацій допускається організація та проведення страйків у порядку, що не суперечить законодавству України. Для підтримки своїх вимог під час проведення переговорів щодо розробки, укладення чи зміни колективного договору, угоди профспілки, інші уповноважені працівниками органи можуть проводити у встановленому порядку збори, мітинги, пікетування, демонстрації.

Особи, які беруть участь у переговорах як представники сторін, а також спеціалісти, запрошені для участі в роботі комісій, на період переговорів та підготовки проекту звільняються від основної роботи із збереженням середнього заробітку та включенням цього часу до трудового стажу. Всі витрати, пов'язані з участю в переговорах і підготовці проекту, компенсуються в порядку, передбаченому законодавством про працю, колективним договором, угодою.

Проект колективного договору обговорюється у трудовому колективі й виноситься на розгляд його загальних зборів (конференції). Якщо останні відхилять проект договору або окремі його положення, сторони відновлюють переговори для пошуку необхідного рішення. Строк переговорів у цьому випадку не повинен перевищувати десяти днів. Після схвалення трудовим колективом цього проекту договір підписується уповноваженими представниками сторін не пізніше як через п'ять днів з моменту схвалення, якщо інше не встановлено колективом. Колективний договір набирає чинності з дня його підписання представниками сторін або з дня, зазначеного в ньому. У процесі укладення колективного договору можуть виникати складні питання, наприклад щодо спонукання до прийняття рішення про направлення проекту колективного договору для обговорення в трудових колективах цехів. Їх, як правило, вирішує суд. Так, незалежна профспілкова організація «ОКТАН» працівників ЗАТ «ЛИНІК» Конфедерації вільних профспілок України, міста Лисичанська Луганської області звернулася до господарського

суду Луганської області з позовом до закритого акціонерного товариства «Лисичанська нафтова інвестиційна компанія» та до третіх осіб, які не заявляють самостійних вимог на предмет спору як на стороні позивача – Міністерства палива та енергетики України, так і на стороні відповідача – Первинної профспілкової організації закритого акціонерного товариства «ЛИНІК» профспілки працівників хімічних та нафтохімічних галузей промисловості України – про вчинення певних дій, а саме: про прийняття рішення щодо направлення проекту колективного договору ЗАТ «ЛИНІК» на 2007 р. (в редакції НПО «ОКТАН») для обговорення в трудових колективах цехів та оформлення цього рішення відповідним протоколом (згідно з ч. 8 ст. 10, ч. 1 ст. 13 Закону України «Про колективні договори і угоди»). Луганський апеляційний господарський суд прийняв обґрунтоване рішення: правовідносини сторін щодо укладання колективного договору регулюються Законом України «Про колективні договори і угоди» і не є господарськими відносинами, отже, вони не можуть бути предметом розгляду в господарському суді¹.

Зміни й доповнення до колективного договору протягом строку його дії можуть вноситися тільки за взаємною згодою сторін у порядку, визначеному колективним договором.

Колективні договори підлягають повідомній реєстрації у місцевих органах державної виконавчої влади районними державними адміністраціями, районними у містах Києві та Севастополі державними адміністраціями, виконавчими комітетами сільських, селищних та міських рад. Колективний договір на реєстрацію подається у трьох екземплярах (першому, другому примірниках та копії). Разом із колективним договором на реєстрацію подаються всі додатки до нього, протоколи розбіжностей, а також інформація про склад повноважних представників сторін, які брали участь у колективних переговорах.

Реєстрація провадиться з метою одержання інформації про кількість і зміст укладених колективних договорів та угод і виявлення тих умов, які погіршують становище працюючих порівняно з чинним законодавством. Виявивши їх, компетентний орган повідомляє про це представників працівників і роботодавця, які уклали відповідний договір, щоб вони могли внести до нього необхідні зміни. Інформація про реєстрацію колективних договорів та угод дає можливість виявити тенденції й досвід договірного упорядкування трудових відносин, що

¹ Постанова Луганського апеляційного господарського суду від 4 вересня 2007 р. по справі № 6/456пд.

згодом може бути враховано при прийнятті законів та інших нормативно-правових актів. Реєстрація також забезпечує можливість урахувати зміст колективного договору при вирішенні колективних та індивідуальних трудових спорів.

Реєстрація полягає у внесенні відповідного запису до реєстру. Інформація про повідомну реєстрацію колективного договору публікується в офіційному виданні реєструючого органу (друкованому засобі масової інформації). Строк реєстрації – два тижні.

Колективний договір, що подається на реєстрацію, повинен: а) не суперечити вимогам чинного законодавства і умовам угод більш високого рівня, обов'язковим для всіх суб'єктів, що перебувають у сфері дії сторін, які їх підписали; б) містити інформацію про джерела фінансування заходів щодо надання додаткових (порівняно з чинним законодавством) соціальних пільг і гарантій; в) відповідати вимогам законодавства про мови і викладатися за загальними нормами правопису. Міністерству праці та соціальної політики України разом з іншими центральними та місцевими органами державної виконавчої влади надано права здійснювати контроль за відповідністю галузевих і регіональних угод, колективних договорів чинному законодавству та генеральній угоді, а в разі виявлення порушень уживати необхідних заходів у межах наданих повноважень.

У повідомній реєстрації може бути відмовлено лише в тому разі, якщо подані на реєстрацію примірники і копія не будуть автентичними.

Зміни та доповнення до колективного договору реєструються у тому ж порядку, що і колективний договір. У разі копіювання та опублікування тексту угоди, колективного договору, змін і доповнень до них зазначаються номер і дата їх реєстрації.

Після закінчення строку дії колективний договір продовжує діяти до того часу, поки сторони не укладуть новий або не переглянуть чинний, якщо інше не передбачено договором. Колективний договір зберігає чинність у разі зміни складу, структури, найменування уповноваженого власником органу, від імені якого укладено цей договір. У разі реорганізації підприємства колективний договір зберігає чинність протягом строку, на який його укладено, або може бути переглянутий за згодою сторін. У разі зміни власника підприємства чинність колективного договору зберігається протягом строку його дії, але не більше одного року. У цей період сторони повинні розпочати переговори про укладення нового чи зміну або доповнення чинного колективного договору. У разі ліквідації підприємства колективний договір діє протягом усього строку проведення ліквідації. На новоствореному підприємстві

колективний договір укладається за ініціативою однієї із сторін у тримісячний строк після реєстрації підприємства, якщо законодавством передбачено реєстрацію, або після рішення про заснування підприємства, якщо не передбачено його реєстрації.

Зміст колективного договору – це сукупність погоджених сторонами умов, на підставі яких здійснюється регулювання трудових, соціально-економічних та виробничих відносин на певному підприємстві, установі, організації.

Конвенція МОП № 98 «Про застосування принципів права на організацію і на ведення колективних переговорів» виходить з того, що сторони мають необмежене право вибору питань для обговорення, а отже, і повну свободу у визначенні змісту колективного договору в межах своєї компетенції. Зміст колективного договору відповідно до ст. 7 Закону України «Про колективні договори і угоди» і ст. 13 КЗпП України визначається сторонами самостійно в межах їх компетенції. У колективному договорі встановлюються взаємні зобов'язання сторін щодо регулювання виробничих, трудових, соціально-економічних відносин, зокрема: а) зміни в організації виробництва і праці; б) забезпечення продуктивної зайнятості; в) нормування і оплати праці, встановлення форм, системи, розмірів заробітної плати та інших видів трудових виплат (доплат, надбавок, премій та ін.); г) встановлення гарантій, компенсацій, пільг; ґ) участі трудового колективу у формуванні, розподілі і використанні прибутку підприємства (якщо це передбачено статутом); д) режиму роботи, тривалості робочого часу і відпочинку; е) умов і охорони праці; є) забезпечення житлово-побутового, культурного, медичного обслуговування, організації оздоровлення і відпочинку працівників; ж) гарантій діяльності профспілкової чи інших представницьких організацій трудящих; з) умов регулювання фондів оплати праці та встановлення міжкваліфікаційних (міжпосадових) співвідношень в оплаті праці; і) забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків. Колективний договір може передбачати додаткові порівняно з чинним законодавством і угодами гарантії, соціально-побутові пільги.

Умови колективного договору можна поділити на інформаційні, нормативні, зобов'язальні та організаційні.

Інформаційні умови – положення, що містяться в чинному законодавстві, актах соціального партнерства і набули закріплення в колективному договорі. Вони містять загальні норми з питань регулювання праці, у тому числі і працівників підприємства, на якому укладається колективний договір.

Нормативні умови – це локальні норми, установлені сторонами в межах їх компетенції, які поширюються на працівників певного підприємства. Нормативні умови містять: а) безпосередньо передбачений законодавством порядок дій відповідно до колективного договору¹; б) за відсутності нормативних приписів у законодавстві – спеціально розроблені положення; в) положення, що конкретизують централізовані норми щодо певного підприємства².

Зобов'язальні умови мають конкретний характер і погашаються їх виконанням. Як правило, при цьому зазначається строк виконання вказаних зобов'язань та відповідальні особи. Зобов'язальні умови зазвичай класифікують за такими підставами: а) значення зобов'язань; б) джерело, що визначає їх зміст; в) суб'єкти (зобов'язання роботодавця, працівників, спільні – роботодавців і працівників, зобов'язання органу, що представляє працівників); г) зміст і строк дії.

Організаційні умови визначають порядок укладення, зміни та припинення дії колективного договору (умови щодо строку дії колектив-

¹ 1. Відповідно до ч. 1 ст. 115 КЗпП України виплачується працівникам регулярно в робочі дні у строки, встановлені колективним договором або нормативним актом роботодавця, погодженим з виборним органом первинної профспілкової організації чи іншим уповноваженим на представництво трудовим колективом органом (а в разі відсутності таких органів – представниками, обраними і уповноваженими трудовим колективом), але не рідше двох разів на місяць через проміжок часу, що не перевищує шістнадцяти календарних днів, та не пізніше семи днів після закінчення періоду, за який здійснюється виплата.

2. Відповідно до ст. 4 Закону України «Про підвищення престижності шахтарської праці» від 2 вересня 2008 р. № 345-VI шахтарі, які відповідно до законодавства потребують поліпшення житлових умов, мають право на одержання за рахунок підприємства позики у розмірі, визначеному колективним договором, для житлового будівництва або придбання квартир чи індивідуальних житлових будинків.

² Наприклад, відповідно до ст. 43 Гірничого закону України від 6 жовтня 1999 р. № 1127-XIV підприємства з видобутку вугілля та вуглебудівні підприємства безоплатно надають вугілля на побутові потреби таким категоріям осіб: а) працівникам з видобутку (переробки) вугілля та вуглебудівних підприємств; б) пенсіонерам, які працювали на підприємствах з видобутку (переробки) вугілля, вуглебудівних підприємствах: на підземних роботах – не менше ніж 10 років для чоловіків і не менше 7 років 6 місяців – для жінок; на роботах, пов'язаних із підземними умовами, – не менше ніж 15 років для чоловіків і не менше 12 років 6 місяців – для жінок; на роботах технологічної лінії на поверхні діючих шахт чи на шахтах, що будуються, розрізах, збагачувальних та брикетних фабриках – не менше ніж 20 років для чоловіків і не менше 15 років – для жінок; в) інвалідам і ветеранам війни та праці, особам, нагородженим знаками Шахтарської Слави або Шахтарської Доблесті трьох ступенів, особам, інвалідність яких настала внаслідок загального захворювання, у разі, якщо вони користувалися цим правом до настання інвалідності; г) сім'ям працівників, які загинули (померли) на підприємствах з видобутку (переробки) вугілля, які отримують пенсії у зв'язку з втратою годувальника. При цьому розмір безоплатного надання вугілля визначається колективним договором.

ного договору, контролю за його виконанням, відповідальності за невиконання тощо).

Аналіз приписів КЗпП про зміст колективного договору і Закону України «Про колективні договори і угоди», а також колективних договорів конкретних підприємств, установ та організацій дає можливість представити структуру і зміст такого договору, який найчастіше складається з таких розділів:

Загальні положення визначають призначення, мету і спрямованість колективного договору, його сторони, сферу дії, співвідношення із законодавством, угодами та ін.

Розділ 1. Трудові відносини – містить гарантії щодо зайнятості та працевлаштування працівників (зокрема, перелік осіб, яким надається переважне право при прийомі на роботу за наявності вакансій, а також тих працівників, яким надається переважне право для залишення на роботі при скороченні чисельності, штату працівників та ін.).

Розділ 2. Робочий час і час відпочинку – окреслює режими робочого часу (п'ятиденний робочий тиждень із двома вихідними, шестиденний – з одним вихідним, робочий тиждень з наданням вихідних днів за графіком, робота з ненормованим робочим днем тощо), тривалість основної роботи, час початку й закінчення роботи, час перерви, кількість змін на добу, чергування робочих і неробочих днів, порядок надання другого вихідного дня при п'ятиденному робочому тижні, за необхідності (у зв'язку зі специфікою виробництва) – встановлення для певних категорій працівників скороченого робочого дня, тижня, указуються категорії працівників, яким надаються додаткові оплачувані відпустки, та ін. Наприклад, відповідно до ст. 9¹ КЗпП та колективного договору Апарату Верховної Ради України працівникам Апарату надається вільний від роботи день з приводу: ювілейних дат з дня народження працівника (50, 55 (для жінок) і 60 років); 1 вересня – жінкам, діти яких ідуть до першого класу; народження дитини – батькові; шлюбу працівника або його дітей; смерті подружжя, дітей або близьких родичів.

Розділ 3. Оплата та нормування праці. Гарантійні й компенсаційні виплати – указує форми оплати праці, мінімальний її розмір на підприємстві, порядок, місце і строк її виплати; тарифні ставки, співвідношення в розмірах цих ставок, окладів, премій та інших заохочувальних виплат окремим категоріям персоналу; системи преміювання, стимулюючих доплат і надбавок; розміри винагороди за результатами роботи за рік; правила оплати праці в умовах, які відрізняються від нормальних, та ін.

Розділ 4. Забезпечення зайнятості. Підготовка й перепідготовка кадрів – передбачає проведення експертизи будь-яких економічних та організаційних нововведень на підприємстві з метою виявлення їх впливу на кількість зайнятих, а також заходи соціального захисту на випадок масового скорочення чисельності або штату працівників, соціально-побутові пільги, умови і строк їх виплати, форми й порядок проведення професійної підготовки, підвищення кваліфікації працівників, конкурсів професійної майстерності тощо.

Розділ 5. Охорона праці і здоров'я – пропонує надання додаткових порівняно із законодавством пільг і компенсацій працівникам, закріплює заходи відповідальності роботодавця за незабезпечення безпечних умов праці, санітарно-побутове забезпечення й лікарняно-профілактичне обслуговування за рахунок коштів роботодавця, забезпечення охорони праці жінок і неповнолітніх та ін.

Розділ 6. Соціальні гарантії – залежно від фінансового стану організації встановлює види соціально-побутової допомоги, можливість укладення договорів про медичне обслуговування, умови й розміри матеріальної допомоги, роботу з організації культурно-просвітницької роботи та ін.

Розділ 7. Гарантії діяльності профспілкової організації – наводить перелік гарантій для працівників, які входять до складу виборних профспілкових органів і не звільнені від виконання основної роботи, умов, які забезпечуються роботодавцем для діяльності виборного профспілкового органу, документів, які роботодавець зобов'язаний надавати профспілковому комітету як представнику працівників, та ін.

Заключні положення – містять строк дії цього договору, порядок і процедуру внесення змін і доповнень до нього, здійснення контролю за його виконанням, періодичність проведення відповідних перевірок, відповідальність за невиконання прийнятих зобов'язань та ін.

Навести вичерпний перелік усіх питань, які можуть охоплюватися колективним договором, неможливо внаслідок великої кількості й різноманіття умов, у яких діють різні підприємства, установи й організації. Як зазначалося вище, сторони можуть включити до колективного договору додаткові, порівняно з трудовим законодавством, пільги для своїх працівників. Так, працівникам гірничих підприємств, які звільнюються у зв'язку з виходом на пенсію при ліквідації або консервації гірничого підприємства, виплачується компенсація, передбачена колективним договором (галузевою угодою). Розмір такої компенсації встановлюється залежно від стажу роботи працівника.

Колективний договір може включати як додатки положення про преміювання, про винагороду за підсумками роботи за рік тощо. Законом України «Про основні засади соціального захисту ветеранів праці та інших громадян похилого віку в Україні» від 16 грудня 1993 р. № 3721 у ст. 15 передбачено, що з метою забезпечення поступового переходу від трудової діяльності до її припинення на підприємствах, в установах, організаціях розробляються і реалізуються програми підготовки до виходу на пенсію за віком. Вони можуть передбачати щадні умови праці, поступове скорочення за бажанням працівника робочого часу, а також заходи, що розширюють можливості громадян похилого віку в подальшій освіті, веденні здорового способу життя, у задоволенні інтересів, опануванні ремесел, та інші заходи, що сприяють адаптації громадян похилого віку до нового способу життя. Програми підготовки до виходу на пенсію за віком можуть включатися в колективні договори і угоди. За рішенням трудових колективів для поліпшення умов життя громадян похилого віку в колективному договорі чи угоді за рахунок власних коштів підприємств можуть передбачатися пільги щодо пенсійного забезпечення, надання і оплати житла, торговельно-побутового, медичного і санаторно-курортного обслуговування, а також надання безоплатної допомоги щодо погашення заборгованості за банківським кредитом.

На підставі практики укладення колективних договорів у юридичній літературі норми, що підвищують рівень установлених державою гарантій трудових прав, за способом посилення цих гарантій поділяють на чотири групи: а) норми, спрямовані на підвищення рівня гарантій у кількісному вираженні (зокрема, підвищення розміру оплати часу простою не з вини працівника, попередження працівника про майбутнє звільнення не за два місяці, а за більший строк); б) норми, що підвищують рівень гарантій шляхом розширення кола працівників, які мають певні права або переваги (наприклад, переважне право на залишення на роботі, надане більш широкому колу осіб, ніж передбачено законодавством, та ін.); в) норми, що надають працівникам додаткові права, аналогічні закріпленим у законі (наприклад, гарантії при переведенні працівника на неповний робочий день тощо); г) норми, що обмежують права роботодавця порівняно із законодавством (обмеження можливостей із застосування надурочних робіт)¹.

¹ Див.: Нуртдинова, А. Ф. Роль колективно-договорного акта в правовому регулюванні общественных отношений [Текст] / А. Ф. Нуртдинова // Труд. право. – 1999. – № 2. – С. 16–17.

Положення колективного договору поширюються на всіх працівників підприємств незалежно від того, чи є вони членами профспілки, і є обов'язковими як для власника або уповноваженого ним органу, так і для працівників підприємства. Усі працюючі, а також щойно прийняті на підприємство працівники повинні бути ознайомлені з колективним договором власником або уповноваженим ним органом.

Стаття 5 Закону України «Про колективні договори і угоди», визначаючи співвідношення законодавства й колективних договорів, установлює недопустимість наявності в останніх умов, що погіршують (порівняно з чинним законодавством) становище працівників. Відповідно до ст. 16 КЗпП України умови колективного договору, що погіршують становище працівників порівняно з чинним законодавством та угодами, недійсні. Це пояснюється тим, що державне регулювання визначає базовий мінімум трудових прав громадян; саме існування трудового законодавства зумовлює необхідність закріплення критеріїв співвідношення колективних договорів із законодавством та обмежень у зв'язку з цим волі сторін. Деякі такі обмеження при встановленні змісту колективних договорів мають на меті забезпечення реальної рівності сторін, недопущення використання роботодавцем своїх економічних та організаційних переваг. Це поєднання досягається шляхом існування в законодавстві принципу непогіршення становища працюючого. Ось чому нормативні приписи колективного договору не повинні суперечити законодавству. Але зазначені норми часто недостатньо чітко окреслюють спрямованість договірної регулювання й цілі, до досягнення яких належить прагнути соціальним партнерам, що знижує його ефективність. У працівників на підставі колективного договору з'являється можливість підвищення і встановлення пільг, переваг, більш сприятливих порівняно з установленими законодавством умов праці; при цьому має враховуватися й фінансово-економічне становище роботодавця.

Відповідно до ст. 5 Закону України «Про колективні договори і угоди» забороняється включати до трудових договорів умови, що погіршують становище працівників порівняно з чинним законодавством, колективними договорами та угодами. Рекомендація МОП «Щодо колективних договорів» в п. 3 зазначає, що всякий колективний договір має зв'язувати сторони, що його підписали, а також осіб, від імені яких його укладено. Роботодавці і працівники, пов'язані колективним договором, не повинні вносити до трудових договорів умови, котрі суперечать положенням колективного договору. Положення трудових договорів, які суперечать колективному договору, мають визна-

ватися за недійсні і автоматично замінюватись на відповідні положення колективного договору. Положення трудових договорів, сприятливіші для працівників, ніж положення колективного договору, не повинні визнаватися за такі, що суперечать колективному договору.

Угоди, як і колективний договір, укладаються на основі чинного законодавства, прийнятих сторонами зобов'язань з метою регулювання виробничих, трудових і соціально-економічних відносин і узгодження інтересів трудящих, власників або уповноважених ними органів. Угода – це нормативний акт, що укладається між соціальними партнерами на державному, галузевому та регіональному рівнях, та містить їх зобов'язання з приводу встановлення умов праці, зайнятості, соціальних гарантій тощо.

Як критерій класифікації угод за видами ст. 3 Закону України «Про колективні договори і угоди» називає регульовані ними сфери відносин. Згідно із зазначеним критерієм ця стаття виділяє:

- 1) генеральну угоду, що встановлює загальні принципи регламентації соціально-трудова відносин на рівні держави;
- 2) регіональну угоду, що встановлює загальні принципи регулювання соціально-трудова відносин на рівні територіального утворення;
- 3) галузеву угоду, що визначає загальні умови оплати праці, трудові гарантії й пільги працівникам певної галузі економіки.

За чинним законодавством основна відмінність між колективним договором та угодою полягає у сфері їх дії. Дія договору обмежується рамками підприємства, установи, організації, угода ж охоплює ширше коло осіб, оскільки при укладенні залежно від її виду враховуються інтереси працівників як окремих галузей, територій, так і всієї держави. Інші відмінності між цими двома правовими документами зумовлені саме відмінностями за сферою дії. Цілком зрозуміло, що на рівні окремої організації можуть обговорюватися й вирішуватися питання, у розв'язанні яких заінтересований її трудовий колектив. Зовсім інший масштаб і характер мають ті з них, що порушуються на галузевому, регіональному або навіть на загальнодержавному рівні. На відміну від угод до колективних договорів слід включати нормативні приписи, пряме розпорядження про обов'язкове закріплення яких міститься в чинному законодавстві України. Угоди, на відміну від колективних договорів, можуть містити не тільки нормативні положення, а й принципи правового регулювання.

Сторонами генеральної угоди виступають:

- а) професійні спілки, які об'єдналися для ведення колективних переговорів і укладення генеральної угоди;

б) власники або уповноважені ними органи, які об'єдналися для ведення колективних переговорів і укладення генеральної угоди, на підприємствах яких зайнято більшість найманих працівників держави.

Таким чином, власники підприємств і первинні профспілкові організації не є безпосередніми учасниками колективних переговорів щодо укладення угоди на державному рівні. Інтереси власників підприємств, установ, організацій усіх форм власності представляють відповідні об'єднання організацій роботодавців із всеукраїнським статусом в особі уповноважених ними органів. Представництво і здійснення захисту прав членів первинних профспілок на державному рівні договірною регулювання трудових і соціально-економічних відносин здійснюють відповідні профспілки, які мають статус всеукраїнських профспілок, в особі уповноважених ними органів. Отже, якщо представники сторін (через уповноважених осіб), які представляють інтереси підприємства, брали участь у підписанні Генеральної угоди (або згодом приєдналися до цієї угоди), то її норми є обов'язковими під час укладення колективного договору. В іншому випадку, для підприємств, які при укладенні угоди не були представлені уповноваженими представниками зі сторони власника і сторони профспілки, умови і розміри оплати праці встановлюються з дотриманням мінімальних гарантій, установлених законодавством України, зокрема щодо розміру мінімальної заробітної плати, оплати за роботу в нічний час, святкові та неробочі дні, надурочну роботу тощо. Разом з тим законодавство не забороняє застосовувати під час укладення колективного договору норми Генеральної угоди або положення галузевої угоди, до якої підприємство належить за характером виробництва¹.

Сторонами угоди на галузевому рівні є власники, об'єднання власників або уповноважені ними органи і профспілки чи об'єднання профспілок або інших представницьких організацій трудящих, які мають відповідні повноваження, достатні для ведення переговорів, укладення угоди та реалізації її норм на більшості підприємств, що входять до сфери їх дії.

Угода на регіональному рівні укладається між місцевими органами державної влади або регіональними об'єднаннями підприємців, якщо вони мають відповідні повноваження, і об'єднаннями профспілок чи іншими уповноваженими трудовими колективами органами.

¹ Про поширення норм Генеральної угоди : лист М-ва праці та соц. політики України від 4 лип. 2008 р. № 435/13/84-08 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: zakon.nau.ua.

Угодою на державному рівні регулюються основні принципи і норми реалізації соціально-економічної політики і трудових відносин, зокрема такі норми: а) гарантії праці і забезпечення продуктивної зайнятості; б) мінімальні соціальні гарантії оплати праці і доходів усіх груп і верств населення, які забезпечували б достатній рівень життя; в) розмір прожиткового мінімуму, мінімальні нормативи; г) соціальне страхування; ґ) трудові відносини, режим роботи і відпочинку; д) умови охорони праці і навколишнього природного середовища; е) задоволення духовних потреб населення; є) умови зростання фондів оплати праці та встановлення міжгалузевих співвідношень в оплаті праці; ж) забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків.

Відповідно до Генеральної угоди про регулювання основних принципів і норм реалізації соціально-економічної політики і трудових відносин в Україні на 2010–2012 роки сторони в період її дії зобов'язалися спрямовувати скоординовані зусилля на забезпечення економічного зростання, прискорення людського розвитку та виконання першочергових завдань у соціально-економічній і трудовій сфері, зокрема, з підвищення рівня зайнятості населення та сталого зростання заробітної плати працівників, досягнення стабільності та злагоди в суспільстві. Розглядувана угода містить зобов'язання сторін щодо розвитку вітчизняного виробництва для забезпечення продуктивної зайнятості; оплати праці; охорони праці, умов праці та відпочинку, охорони навколишнього природного середовища; соціального захисту працівників; задоволення духовних потреб населення; соціального діалогу. Найважливішими додатками до Угоди є: а) Перелік і розміри доплат та надбавок до тарифних ставок, окладів і посадових окладів працівників підприємств, установ і організацій, що мають міжгалузевий характер (крім бюджетної сфери), для встановлення у галузевих, регіональних угодах та колективних договорах; б) Порядок здійснення соціального діалогу при розробці проєктів законів, інших нормативно-правових актів; в) Порядок проведення консультацій; г) Регламент здійснення контролю за виконанням Генеральної угоди; д) Регламент ведення колективних переговорів щодо встановлення розміру мінімальної заробітної плати.

Угодою на галузевому рівні регулюються норми, зокрема такі: а) нормування й оплата праці, встановлення для підприємств галузі (підгалузі) мінімальних гарантій заробітної плати відповідно до кваліфікації на основі єдиної тарифної сітки по мінімальній межі та мінімальних розмірів доплат і надбавок з урахуванням специфіки, умов праці окремих професійних груп і категорій працівників галузі (підгалузі); б) встановлення мінімальних соціальних гарантій, компенсацій, пільг у сфері

праці й зайнятості; в) трудові відносини; г) умови й охорона праці; г) житлово-побутове, медичне, культурне обслуговування, організація оздоровлення і відпочинку; д) умови зростання фондів оплати праці; е) встановлення міжкваліфікаційних (міжпосадових) співвідношень в оплаті праці; є) забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків. Галузева угода не може погіршувати становище трудящих порівняно з генеральною угодою. Її положення обов'язкові для застосування як мінімальні гарантії під час ведення колективних переговорів та укладення колективних договорів. При прийнятті Президентом, Верховною Радою, урядом України або в генеральній угоді більш високих гарантій для працюючих, ніж передбачені в галузевій угоді, нормою для виконання вважаються перші.

Сьогодні діють галузеві угоди в різних сферах: атомній енергетиці й промисловості, житлово-комунальному господарстві, місцевій промисловості, побутовому обслуговуванні населення України, телебаченні та радіомовленні, космічному та загальному машинобудуванні, хімічній і нафтохімічній галузях промисловості, автомобільному транспорті та дорожньому господарстві, будівництві та промисловості будівельних матеріалів, освіті та науці, агропромисловому комплексі тощо.

Угоди на регіональному рівні регулюють норми соціального захисту найманих працівників підприємств, включають вищі, порівняно з генеральною угодою, соціальні гарантії, компенсації, пільги.

Порядок ведення переговорів і укладення угод подібний до порядку укладення колективних договорів. Варто, проте, зауважити, що у разі недосягнення згоди у спільному представницькому органі угода вважається укладеною, якщо її підписали представники профспілок чи їх об'єднань або інші уповноважені трудовим колективом на представництво органів, до яких входить більше половини найманих працівників держави, галузі, території. Угода підписується уповноваженими представниками сторін не пізніше десяти днів після завершення колективних переговорів. Положення генеральної, галузевої, регіональної угод діють безпосередньо і є обов'язковими для всіх суб'єктів, що перебувають у сфері дії сторін, які підписали угоду.

Галузеві та регіональні угоди підлягаютьповідомній реєстрації у Міністерстві праці та соціальної політики України. Сторони, що уклали угоду, повинні інформувати громадян через засоби масової інформації про зміни угоди та хід її реалізації.

Відповідальність за порушення законодавства про колективні договори та угоди. Контроль за виконанням колективних договорів і угод

проводиться безпосередньо сторонами, які їх уклали, у порядку, визначеному цими договорами та угодами. Рекомендація МОП «Щодо колективних договорів» зазначає, що контроль дотримання колективних договорів має здійснюватись організаціями роботодавців і працівників, котрі беруть у них участь, чи наявними органами інспекції або ж органами, що спеціально створюються для цієї мети. У разі здійснення контролю сторони зобов'язані надавати необхідну для цього інформацію. Згідно зі ст. 21 Європейської соціальної хартії (переглянутої) 1996 р. з метою забезпечення ефективного здійснення права працівників отримувати інформацію і консультації на підприємстві держави-учасниці зобов'язуються вживати заходів або заохочувати заходи, які надають можливість працівникам або їхнім представникам згідно з національним законодавством і практикою: а) отримувати регулярно або у належний час і у зрозумілий спосіб інформацію про економічний і фінансовий стан підприємства, на якому вони працюють, беручи до уваги, що деяку інформацію може бути заборонено для розголошення або віднесено до розряду конфіденційної, якщо її оприлюднення може завдати шкоди підприємству; б) отримувати своєчасно консультації щодо запропонованих рішень, які можуть суттєво вплинути на інтереси працівників, особливо щодо тих рішень, які можуть серйозно впливати на наявність робочих місць на підприємстві.

Суперечки, що випливають із тлумачення колективного договору, підлягають урегулюванню в порядку, встановленому за згодою між сторонами або в законодавстві.

Якщо роботодавець допустив порушення умов колективного договору, профспілки, що його уклали, мають право надіслати роботодавцю подання про їх усунення. Подання розглядається у тижневий строк. У разі відмови усунути порушення або недосягнення згоди у передбачений строк профспілки мають право оскаржити неправомірні дії або бездіяльність посадових осіб до суду. Сторони, які підписали колективний договір, угоду, щорічно в строки, передбачені колективним договором, угодою, звітують про їх виконання.

Згідно зі ст. 46 Закону України «Про господарські товариства» від 19 вересня 1991 р. № 1576-XII у роботі наглядової ради акціонерного товариства з правом дорадчого голосу беруть участь представники профспілкового органу або іншого уповноваженого трудовим колективом органу, який підписав колективний договір від імені трудового колективу. Аналогічна за змістом норма міститься і в ч. 1 ст. 55 Закону України «Про акціонерні товариства» від 17 вересня 2008 р. № 514-VI.

Представник профспілкового або іншого уповноваженого трудовим колективом органу, який підписав колективний договір від імені трудового колективу, має право бути присутнім на засіданнях колегіального виконавчого органу акціонерного товариства. Протокол засідання колегіального виконавчого органу підписується головуючим та надається для ознайомлення на вимогу представника профспілкового або іншого уповноваженого трудовим колективом органу, який підписав колективний договір від імені трудового колективу органу.

Оскільки колективний договір та угода є нормативно-правовими актами, з моменту вступу їх у дію обов'язки сторін набувають юридичної сили і підлягають беззаперечному виконанню. У разі невиконання зобов'язань сторони несуть відповідальність – кримінальну, адміністративну, дисциплінарну, матеріальну.

Відповідальність за порушення законодавства про колективні договори і угоди відповідно до Закону України «Про колективні договори і угоди» настає в таких випадках:

а) ухилення від участі в переговорах.

На осіб, які представляють власників або уповноважені ними органи чи профспілки або інші уповноважені трудовим колективом органи і ухиляються від участі в переговорах щодо укладення, зміни чи доповнення колективного договору, угоди або навмисно порушили визначений строк або не забезпечили роботу відповідної комісії у визначені сторонами строки, накладається штраф до десяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, і вони несуть також дисциплінарну відповідальність аж до звільнення з посади;

б) порушення і невиконання колективного договору, угоди.

На осіб, які представляють власника або уповноважений ним орган чи профспілки або інші уповноважені трудовим колективом органи і з вини яких порушено чи не виконано зобов'язання щодо колективного договору, угоди, накладається штраф до ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, і вони також несуть дисциплінарну відповідальність аж до звільнення з посади. На вимогу профспілок, іншого уповноваженого трудовим колективом органу власник або уповноважений ним орган зобов'язаний вжити заходів, передбачених законодавством, до керівника, з вини якого порушуються чи не виконуються зобов'язання щодо колективного договору, угоди;

в) ненадання інформації, необхідної для колективних переговорів і здійснення контролю.

Особи, які представляють власника або уповноважений ним орган чи профспілки або інші уповноважені трудовим колективом органи

і винні в ненаданні інформації, необхідної для ведення колективних переговорів і здійснення контролю за виконанням колективних договорів, угод, несуть дисциплінарну відповідальність або підлягають штрафу до п'яти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

Порядок і строки накладення штрафів, передбачених цим Законом, регламентуються КУпАП. Справи з цих питань розглядаються судом за поданням однієї із сторін колективного договору, угоди, відповідних комісій або з ініціативи прокурора.

Одним з головних принципів юридичної відповідальності взагалі й адміністративної зокрема є законність, суть якої становить точне виконання правових приписів. Що стосується юридичної відповідальності, то ця вимога полягає в можливості притягувати до неї тільки компетентними органи в чітко встановленому законом порядку. Однак треба зазначити, що Закон України «Про колективні договори і угоди» і КУпАП встановлюють різні межі адміністративної відповідальності за вчинення одних і тих же адміністративних проступків. Як було зазначено вище, ч. 1 ст. 17 Закону закріплює положення, згідно з яким на осіб, які представляють власників, уповноважені ними органи чи профспілки або інші уповноважені трудовим колективом органи й ухиляються від участі в переговорах щодо укладення колективного договору, накладається штраф до десяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. У той же час ст. 41¹ КУпАП указує, що ухилення осіб, які представляють роботодавців чи профспілки або інші уповноважені трудовим колективом органи, представників трудових колективів, від участі в переговорах щодо укладення, зміни чи доповнення колективного договору, угоди, умисне порушення встановленого законодавством строку початку переговорів або незабезпечення роботи комісій з представників сторін чи примирних комісій у визначений сторонами переговорів строк, тягне за собою накладення штрафу від трьох до десяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Схожа ситуація існує також і з положеннями статей 18 і 19 Закону України «Про колективні договори і угоди» та статей 41² та 41³ КУпАП відповідно.

Щоб прийняти правильне рішення, слід керуватися ст. 2 КУпАП, згідно з якою закони України про адміністративні правопорушення безпосередньо застосовуються тільки у разі, якщо вони не включені у встановленому порядку до цього Кодексу. Однак для уникнення суперечностей у Закон України «Про колективні договори і угоди» необхідно внести зміни, які за своїм змістом відповідали б аналогічним приписам КУпАП.

Розділ V

Господарський договір у сучасних умовах

Правовій науці завжди була властива неоднорідність поглядів на договір у господарському обороті. Одні науковці визначали такий договір, як звичайний загальноцивільний, а другі – як особливий різновид цивільного договору; треті – як комплексний правовий інститут, що одночасно утворений нормами як цивільного, так і господарського (у дорадянську добу – торговельного) права; четверті – як самостійний правовий інститут (відповідно в іншій своїй правовій іпостасі – як суто галузевий правовий засіб).

Наукова репрезентація господарського договору на теоретичному рівні традиційно здійснювалася шляхом виокремлення його кваліфікуючих ознак (правових особливостей), генезис розвитку доктринальних уявлень про які невідривно пов'язаний з економічними та соціально-політичними умовами, за яких укладався та виконувався такий договір.

У дорадянську добу прообразом сучасного господарського договору стала торговельна угода. Після проведення у ХІХ ст. у більшості європейських країнах кодифікації торговельного права (у Франції – 1807 р., Бельгії – 1807 р., Люксембурзі – 1807 р., Іспанії – 1829 р., перероблено в 1885 р., Португалії – 1833 р., перероблено в 1888 р., Австрії – 1862 р., Ліхтенштейні – 1865 р., Німеччині – 1897 р. та ін.) нормативне визнання отримали два основних кваліфікаційних критерії торговельних угод. За об'єктивним критерієм низка угод незалежно від того, хто їх здійснював (комерсант або особа, яка не займається торговельною діяльністю), визначалися торговельними (зазвичай ними визнавалися вексельні угоди, купівля з метою подальшого перепродажу тощо). Об'єктивним критерієм оперувало законодавство Франції, Бельгії, Іспанії, країн Латинської Америки та деяких інших країн, торговельні кодекси яких чітко перерахували угоди, що визнавалися

торговельними. За суб'єктивним критерієм вирішальною кваліфікаційною ознакою визнавався суб'єктний склад договору. Це означало, що сторонами цих угод мали бути лише особи, які професійно (у вигляді промислу) займалися торгівлею¹. Суб'єктивний критерій використовувався в законодавстві Німеччини, Японії тощо. Разом з тим у жодній із зазначених країн жоден із названих критеріїв не дотримувався послідовно.

У Російській імперії існувало багато торговельних законів, серед яких можна назвати Торговий статут, Статут про промисловість, Статут про векселі, Загальний Статут російських залізниць, Статут торговельного судочинства тощо. Однак, незважаючи на це, російське дореволюційне законодавство не мало чіткої системи торговельних угод², що спонукало вчених-правознавців активно займатися дослідженням специфіки саме торговельних угод і здійснювати спроби їх класифікації.

Наукова дискусія щодо кваліфікаційних ознак торговельних угод найбільш гостро розгорнулася наприкінці XIX – на початку XX ст. У ці часи найчастіше виокремлювали такі кваліфікаційні ознаки торговельних договорів: об'єктом договору завжди є товар; сфера опосередкування (безпосередній обмін між виробниками та споживачами не включали до торговельного обороту); спекулятивна мета (перепродаж товару з метою отримання прибутку); повторюваність угод (така угода є частиною промислу).

У зазначену добу всю сукупність угод, яким були властиві вказані вище ознаки, розглядали як складові торговельного обороту. До торговельних оборотів правники того часу зараховували: 1) усі роди торгівлі (як оптової, роздрібною, вільною для всіх станів, так і обмеженою); 2) торгівлю фабричну, заводську, магазинну тощо; 3) торговельну промисловість щодо побудови, купівлі, полагодження та наймання кораблів і купецьких суден, їх відправлення; 4) справи за купецькими наказами щодо закупівлі, продажу, перевезення й постачання товарів, а також так звані справи комісійні, експедиційні та маклерські; 5) справи вексельні та банкірські; 6) справи, властиві торгівлі³.

Деякі вчені наполягали на розмежуванні категорій «торговельна угода» та «допоміжний договір» (іноді використовувалася інша термі-

¹ Див.: Гражданское и торговое право капиталистических государств [Текст] : учебник / под ред. Е. А. Васильева. – М. : Междунар. отношения, 1993. – С. 108.

² Див.: Шершеневич, Г. Ф. Учебник торгового права [Текст] / Г. Ф. Шершеневич. – СПб. : Изд-е Бр. Башмаковых, 1908. – С. 25.

³ Див.: Цитович, П. Учебник торгового права [Текст] / П. Цитович. – СПб. : Изд-е книгопродавца Н. Я. Оглобина, 1891. – С. 41.

нологія – «договір щодо торгівлі», «угода за приростом»), яке обґрунтували передусім існуючою в Торговельному статуті класифікацією самих торговельних дій (дії за торговими оборотами; дії з приводу торгових оборотів; договори та зобов'язання, властиві торгівлі)¹. До категорії допоміжних торговельних угод (без яких ускладнюється організація торгівлі у вигляді промислу) також зараховували договори на постачання сировини для виготовлення товару; договори, які використовувалися для організації спільної торговельної діяльності (договори товариства), договори з наймання прикажчиків, угоди з посередниками щодо виконання торговельних доручень, оренда купцем приміщення для магазину тощо. Основними торговельними угодами правова доктрина кінця XIX – початку XX ст. традиційно вважала купівлю з метою подальшого продажу (збуту); угоди, що опосередковували грошову та фондову торгівлю, зокрема банківські та біржові операції; посередництво в обігу праці (фабрична та заводська торгівля – торгівля товарами, виготовленими на фабриках і заводах); перевезення, складське зберігання тощо². Окрім означеної диференціації торговельних угод (на основні та допоміжні), деякі вчені розрізняли договори односторонньо-торговельного (для торговця вона є торговельною, для неторговця – неторговельною) та двосторонньо-торговельного характеру (для обох сторін є торговельною)³. Разом з тим більшість учених того часу майже одностайно вбачала головну відмінність торговельних угод від загальноцивільних не в особливостях їх юридичної природи (купівля-продаж, позика, наймання за своєю юридичною конструкцією завжди будуть однаковими, незалежно від того, чи будуть вони укладені в торговельному обороті або поза його межами)⁴, а в меті, якій вони підпорядковані. В означену добу деякі науковці іменують окремі цивільні договори (договори наймання прислуги, квартири, грошової позики) «договірними відносинами повсякденного життя»⁵ і пропонують комбінований варіант правового регулювання односторонньо-торговельних

¹ Див.: Каминка, А. И. Очерки торгового права [Текст] / А. И. Каминка. – СПб. : Право, 1912. – Вып. 1. – С. 2.

² Див.: Шершеневич, Г. Ф. Курс торгового права [Текст] : в 2 т. Т. 1 / Г. Ф. Шершеневич. – Рига : Изд-е Давида Гликсмана, 1924. – С. 82–109.

³ Див.: Гуляев, А. И. Справочная книга по торговопромышленному законодательству и торговой практике [Текст] / А. И. Гуляев. – СПб. : Изд-е книжного склада «Книжное Дело», 1912. – С. 8–9.

⁴ Див.: Шершеневич, Г. Ф. Учебник торгового права [Текст] / Г. Ф. Шершеневич. – СПб. : Изд-е Бр. Башмаковых, 1908. – С. 29.

⁵ Див.: Гамбаров, Ю. С. Курс гражданского права [Текст] : в 2 т. Т. 1 / Ю. С. Гамбаров. – СПб. : Тип. М. М. Стасюлевича, 1911. – С. 89.

угод шляхом підкорення дій торговця – торговельному законодавству, а неторговця – цивільному¹. У 1895 р. під час обговорення розділу 2 книги 5 Проекту цивільного укладення «Зобов'язання за договорами» в Особливій нараді, заснованій при Міністерстві юстиції, було порушено питання про розмежування договорів, які уклалися як у цивільному, так і торговому обороті, та договорів, властивих винятково торговому обороту, і нормування останніх лише нормами торговельного законодавства, частина яких мала публічно-правовий характер.

У правовій доктрині радянських часів наукові погляди на договір у господарському обороті формувалися в умовах яскраво вираженої політичної ідеології, спрямованої на усунування засобів виробництва та засвоєння державою функцій колишніх приватних підприємств. У 1919 р. всі основні галузі торгівлі, промисловості, транспорту перейшли до державної сфери відання, а згодом відбулася ліквідація всіх видів приватних капіталів, зокрема акцій та паїв націоналізованих акціонерних товариств. Увесь товарообіг будувався винятково на основі планових заготівель і планового розподілу та залучався до єдиного державного плану. Галузеві міністерства об'єднували підприємства однієї галузі і діяли на ринку як єдиний господарюючий суб'єкт, не допускаючи конкуренції між підприємствами, які входили до їх складу. Фізичні особи в цей час були позбавлені права вести господарську діяльність, окрім ведення селянського господарства та кустарного виробництва². За умови встановлення адміністративної монополії у сфері господарювання цілком логічним стало зникнення як із нормативного, так і з наукового обігу терміна «торговельна угода», замість якого з'явилося нове поняття – «господарський договір». Однак уже в 1938 р., коли нарадою науковців у галузі права було відкинуто концепцію господарського права, договір почав розглядатися як єдиний цивільно-правовий інститут³, а поняття господарського договору було гостро розкритиковане. Негативне ставлення влади в той час до теоретичних досліджень у сфері господарського права змусило правову науку тимчасово відмовитися від них. Тільки наприкінці 40-х рр. починає відбуватися «реанімація» низки господарсько-правових концеп-

¹ Див.: Цитович, П. Учебник торгового права [Текст] / П. Цитович. – СПб. : Изд-е книгопродавца Н. Я. Оглобина, 1891. – С. 51.

² Див.: Шретер, В. Советское хозяйственное право [Текст] / В. Шретер. – М. ; Л. : Гос. изд-во, 1928. – С. 23.

³ Див.: Овчинников, И. Н. Понятие и классификация хозяйственных договоров [Текст] : учеб. пособие / И. Н. Овчинников. – Владивосток : Изд-во Дальневосточного гос. ун-та, 1970. – С. 3–7.

цій, зокрема й теорії господарського договору¹, а після прийняття постанови Ради Міністрів СРСР від 21 квітня 1949 р. № 1568 «Про укладання господарських договорів»² термін «господарський договір» повертається й до нормативного обігу.

Зміни в економічній ідеології радянської влади, отримавши легальне закріплення в Основах цивільного законодавства СРСР та союзних республік 1961 р., викликали потребу перегляду основних положень теорії господарських договорів, їх адаптації до нових запланованих економічних перетворень. Суть останніх полягала у спробі поєднати планове керівництво економікою з матеріальною зацікавленістю громадян, підприємств та інших господарських організацій шляхом розширення їх прав у межах плану при одночасній необхідності забезпечення відповідності змісту господарського договору плановому завданню. Господарська реформа 1965 р., нормативним ґрунтом якої стала Постанова ЦК КПРС та Ради міністрів СРСР «Про вдосконалення планування та посилення економічного стимулювання промислового виробництва» від 4 жовтня 1965 р. № 729, передбачала включення господарського договору до сфери планування з одночасним наділенням підприємств додатковими правами, що мало на меті зростання стимулів до виробничої діяльності. Отже, господарська реформа 1965 р. була спробою поєднати командні методи управління та самостійність підприємств, та стала поштовхом до поживлення у правовій науці дискусій щодо господарського договору. У цей час господарський договір почали розглядати як метод господарювання, один із найважливіших засобів зміцнення госпрозрахунку, побудований на принципах відносної господарської самостійності в майновій та планово-організаційній сферах, матеріального стимулювання й відповідальності, самоокупності та прибутковості тощо. Якщо більшість учених називала цивільний договір «формою руху особистої власності»³, то господарський договір – «формою руху соціалістичної власності», «формою господарського зв'язку між суб'єктами господарювання»⁴, «найкращим засобом поєднання

¹ Див.: Иоффе, О. С. Избранные труды по гражданскому праву [Текст] // Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права» [Текст] / О. С. Иоффе. – М. : Статут, 2000. – С. 436.

² Собрание постановлений и распоряжений Совета Министров СССР. – 1965. – № 19–20. – Ст. 153.

³ Див.: Иоффе, О. С. Избранные труды по гражданскому праву [Текст] // Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права» [Текст] / О. С. Иоффе. – М. : Статут, 2000. – С. 401.

⁴ Див.: Быков, А. Г. План и хозяйственный договор [Текст] / А. Г. Быков. – М. : Изд-во Моск. ун-та, 1975. – С. 9.

централізованого плану з госпрозрахунком»¹, який забезпечував правове оформлення господарсько-договірних взаємовідносин між державними організаціями з приводу постачання продукції, надання послуг, виконання робіт. До числа господарських, окрім прямих договорів постачання, відносили генеральні договори, сторонами яких були центри постачальників та покупців (головні управління міністерств, відомств, центри кооперативних систем, трести, центральні збутові, постачальницькі та заготівельні організації)².

В умовах командної економіки специфічна мета виробництва досягалася через тотальне одержавлення економічних процесів за допомогою складання обов'язкових планів розподілу ресурсів і обсягів виробництва, а задоволення суспільних потреб – через централізоване державне планування народного господарства. Саме тому теоретичні дослідження господарського договору в цей час концентрувалися переважно навколо питань його співвідношення з планом. Планова сутність господарського договору визначалася не наявністю чи відсутністю адресованих сторонам планово-адміністративних актів, а сутністю самих товарно-грошових відносин, які опосередковувалися означеним договором. Так, однотипним із плановими визнавався договір на експлуатацію залізничних під'їзних шляхів, що не належали до загального користування. Такий договір не спирається на будь-які конкретні планові акти, які пропонують обов'язковість його укладання, однак існування двостороннього обов'язку (як для залізниці, так і для власника під'їзного шляху) щодо укладання цього договору було засноване на прямих приписах закону (унаслідок чого означений договір набуває властивостей планового). Проте у більшості випадків все ж таки саме план, як головний важіль застосування адміністративних методів управління господарським оборотом, зумовлював виникнення господарсько-договірних зобов'язань³.

На сторінках наукових і навчальних видань того часу традиційно виокремлювали три форми впливу планових актів на договори: 1) породження обов'язку укладення договору на встановлених планом

¹ Див.: Александров, Н. Г. Правовые отношения в социалистическом обществе [Текст] / Н. Г. Александров. – М. : Изд-во Моск. ун-та, 1959. – С. 15.

² Див.: Язев, В. А. Договор поставки в системе советской торговли [Текст] / В. А. Язев. – М. : Госторгиздат, 1956. – С. 5.

³ Див.: Басин, Ю. Г. Планово-договорные обязательства и Закон о государственном предприятии (объединении) [Текст] / Ю. Г. Басин // Межвуз. сб. науч. тр. – Свердловск : Изд-во Свердлов. юрид. ин-та, 1989. – С. 52.

умовах; 2) уточнення планових завдань і сприяння виправленню помилок у плануванні; 3) контроль за виконанням плану¹.

Загалом представники правової науки радянської доби розглядали господарський договір як юридичну форму планового розподілу соціалістичної продукції, яка «охоплює» рух (обіг) продукції між соціалістичними організаціями на ґрунті державних планів, та найчастіше виокремлювали серед кваліфікаційних ознак господарського договору такі: суб'єктний склад, плановий характер, сфера застосування, господарська мета, обмеження договірної свободи.

Разом з тим, незважаючи на неодноразові спроби надати загальне визначення поняття «господарський договір», у радянську добу так і не було розроблено його загально визнаного розуміння. Господарський договір називали «особливою юридичною категорією», «узагальнюючим поняттям», «специфічним договірним типом» тощо. Найрізноманітніші ознаки (характеристики) господарського договору (суб'єктний склад, плановий характер, сфера застосування, господарська мета, обмеження договірної свободи та ін.) висувалися та обґрунтовувалися як кваліфікаційні. Проте саме плановий характер економіки та її основні доміанти (усунення ринку й конкуренції, централізований розподіл продуктів суспільної праці, ліквідація приватної власності на засоби виробництва) зумовлювали правові особливості господарського договору. Найсуттєвіша особливість економіки радянського періоду, її директивно-плановий характер, зумовила найважливішу рису господарського договору – його планову сутність, що безпосередньо відбилася на юридичній конструкції такого договору.

Утім уже в 1987 р. після прийняття Закону УРСР «Про державне підприємство (об'єднання)»² планове завдання починає втрачати значення юридичного факту; це у свою чергу спричиняє поштовх до якісної зміни значення господарського договору.

Ринкова економіка України почала формуватися на уламках радянського соціалістичного господарства, де вона була однією з основних складових частин радянської господарської системи. Перехідний процес в Україні пов'язаний зі змінами в економічній структурі, насамперед ринковою переорієнтацією, та створенням власної економічної системи, що супроводжується формуванням її нової господарсько-правової надбудови. На початку 90-х рр. прийнято низку нормативних

¹ Див.: Гальперин, Л. Б. Вопросы договорной дисциплины в советской торговле [Текст] : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Ленингр. гос. ун-т им. А. А. Жданова. – Л., 1962. – С. 14, 19.

² Відом. Верхов. Ради УРСР. – 1987. – № 26. – Ст. 385.

актів у сфері господарської, зокрема підприємницької діяльності (Закони України «Про підприємства в Україні»¹ від 27 березня 1991 р. № 887-ХІІ, «Про підприємництво»² від 7 лютого 1991 р. № 698-ХІІ (втратили чинність), «Про господарські товариства»³ від 19 вересня 1991р. № 1576-ХІІ), а в доктрині знов постає дискусія навколо договорів, що опосередковують господарський оборот, яка набуває якісно нового забарвлення в контексті змін загальних засад господарювання та самого змісту господарської діяльності.

Початково термін «господарський договір» отримав нормативне закріплення в Арбітражному процесуальному кодексі України від 6 листопада 1991 р. (нині це Господарський процесуальний кодекс України – назва в ред. від 21.06.2001)⁴, де донині не розкрито його змістового навантаження. Згодом категорія «господарський договір» з'явилась у ГК України, де він розглядається в окремій главі з однойменною назвою. Однак означений нормативний акт також не дає визначення поняття «господарський договір», а містить тільки окрему норму-дефініцію (див. ч. 1 ст. 179 ГК України), яка відбиває зміст поняття господарсько-договірних зобов'язань як таких, що виникають між суб'єктами господарювання або між ними та негосподарюючими суб'єктами – юридичними особами на підставі господарських договорів⁵. Під час визначення господарсько-договірних зобов'язань простежується типова помилка минулих часів, коли вся увага концентрувалася тільки на суб'єктному складі, залишаючи відкритою дискусію щодо потреби його визнання самостійним галузевим засобом правового регулювання.

У сучасній доктрині відсутня єдина наукова позиція стосовно правової природи господарського договору. Деякі вчені вважають, що серед інших договорів, які забезпечують функціонування господарського обороту, найбільшою мірою специфіка властива саме підприємницьким (комерційним) договорам. Представники цивілістичної концепції традиційно заперечують самостійне (галузеве) значення господарського (підприємницького) договору, незважаючи на загальноправову (а не суто одногалузеву) природу договору як універсального регулятора різноманітних суспільних відносин, що виникають у різних сферах життєдіяльності. Так, В. В. Луць вважає договір цивільно-правовою категорією, при цьому відзначаючи можливість використання

¹ Відом. Верхов. Ради УРСР. – 1991. – № 24. – Ст. 272.

² Там само. – № 14. – Ст. 168.

³ Там само. – № 49. – Ст. 682.

⁴ Там само. – 1992. – № 6. – Ст. 56.

⁵ Там само. – 2003. – № 18, 19–20, 21–22. – Ст. 144.

самої договірної форми і в інших галузях права, де вона набуває певних специфічних рис¹. Відповідно у підприємницькому договорі поєднуються як загальні ознаки, властиві будь-якому цивільно-правовому договору, так і особливі риси². А. В. Луць подібним чином кваліфікує господарські (комерційні) договори як цивільно-правові, оскільки вони, на думку дослідниці, за своєю економічною та правовою суттю є аналогічними загальноцивільним³. Під час моделювання поняття «підприємницький договір» Р. Б. Шишка також виходить із загальноцивільністичного підходу до договору⁴. Як різновид загальноцивільного розглядає підприємницький договір і М. В. Ковальов⁵ та ін.⁶

Представники господарсько-правової доктрини здебільшого розглядають господарський договір як самостійну господарсько-правову категорію. До особливих ознак, притаманних господарському договору, сучасні фахівці в галузі господарського права (О. А. Беляневич, О. М. Вінник, В. С. Щербина та ін.) найчастіше зараховують такі: природу господарських зв'язків, яка виявляється крізь призму прав і обов'язків сторін, та їхню спрямованість на обслуговування господарської діяльності⁷ (означений договір укладають у процесі організації та/або здійснення господарської діяльності); господарські цілі (зокрема, спрямованість договору на матеріально-технічне забезпечення діяльності учасників договірних відносин; на реалізацію виробленої ними продукції (робіт, послуг); на спільну діяльність щодо створення нового суб'єкта господарювання (господарської організації); на спільне інвестування; на координацію господарської діяльності та ін.); тісний зв'язок з плановим процесом, насамперед внутрішньофірмовим плануванням учасників господарських відносин, а також державним (ця риса господарських договорів віддзеркалює специфі-

¹ Луць, В. В. Кодифікація договірної права в Україні: короткий історичний огляд і сучасні проблеми [Текст] / В. В. Луць // Вісн. Акад. прав. наук України. – 1994. – № 2. – С. 103.

² Луць, В. В. Контракти в підприємницькій діяльності [Текст] : навч. посіб. / В. В. Луць. – К. : Юрінком Інтер, 2008. – С. 31.

³ Луць, А. В. Свобода договору в цивільному праві України [Текст] : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / А. В. Луць ; Львів. нац. ун-т ім. Івана Франка. – Л., 2001. – С. 163.

⁴ Предпринимательское право Украины [Текст] : учебник / под ред. Р. Б. Шишки. – Харьков : Эспада, 2001. – С. 346–347.

⁵ Ковалев, М. В. Предпринимательский договор в системе российского гражданского права [Текст] : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / М. В. Ковалев [Моск. гос. юрид. акад.]. – М., 2004. – С. 87, 92.

⁶ Див.: Договоры в предпринимательской деятельности [Текст] / отв. ред. Е. А. Павлодский, Т. Л. Левшина. – М. : Статут, 2008. – С. 13.

⁷ Див.: Чучковська, А. В. Правове регулювання господарських договорів, що вчиняються через мережі електронного зв'язку [Текст] : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.04 / А. В. Чучковська ; [Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка]. – К., 2004. – С. 66.

ку господарської діяльності – її систематичність, що потребує планування як обов'язкового елементу організації такої діяльності); поєднання в господарському договорі майнових (виготовлення/передання продукції, її оплата тощо) та організаційних елементів (визначення порядку виконання, прийняття виконання, підстав дострокового розірвання договору, порядку розгляду спорів між сторонами договору тощо); можливість відступу від принципу рівності сторін (державні контракти, договори приєднання, договори, що укладаються в межах рамкових контрактів¹; функціональне навантаження (означений договір є найоперативнішим та найгнучкішим засобом зв'язку між виробництвом і споживанням, вивченням потреб і негайним реагуванням на них, а також найважливіший засіб, який дисциплінує господарський оборот²; дію стосовно господарських договорів окремих правил щодо підстав їх укладання і змісту господарсько-договірних зобов'язань; особливий суб'єктний склад³ (при цьому одні науковці переконані, що господарським є тільки договір, у якому обидві сторони є суб'єктами господарювання; інші вважають, що достатньо наявності хоча б одного спеціального суб'єкта – особи, яка набула статус суб'єкта господарювання. – В. М.); тісний зв'язок договору з державним регулюванням бізнесу⁴ й відповідно обмежену договірну свободу (звуження меж диспозитивності сторін)⁵ тощо. На цих самих ознаках акцентують увагу Н. М. Пархоменко⁶, Р. Ю. Ханік-Посполітак⁷, О. О. Коломієць⁸, В. П. Жушман⁹ та ін.

¹ Див.: Вінник, О. М. Господарське право [Текст] : курс лекцій / О. М. Вінник. – К. : Атака, 2004. – С. 217–218.

² Див.: Господарське право [Текст] : навч. посібник / за ред. Л. А. Жук, І. Л. Жук. – К. : Кондор, 2003. – С. 357.

³ Див.: Щербина, В. С. Господарське право [Текст] : підручник / В. С. Щербина. – К. : Юрінком Інтер, 2009. – С. 295.

⁴ Див.: Занковський, С. С. Предпринимательские договоры в России. Проблемы теории и законодательства [Текст] : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / С. С. Занковський ; [Ин-т государства и права Рос. акад. наук]. – М., 2004. – С. 106–112.

⁵ Див.: Беляневич, О. А. Господарський договір та способи його укладення [Текст] : навч. посібник / О. А. Беляневич. – К. : Наук. думка, 2002. – С. 14–15.

⁶ Пархоменко, Н. М. Договір у системі права України [Текст] : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Н. М. Пархоменко ; [Ин-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України]. – К., 1998. – С. 44.

⁷ Ханік-Посполітак, Р. Ю. Договори на проведення аудиту [Текст] : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Р. Ю. Ханік-Посполітак ; [Ин-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України]. – К., 1997. – С. 79–81.

⁸ Коломієць, О. О. Цивільно-правове регулювання діяльності фізичної особи – підприємця [Текст] : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / О. О. Коломієць ; [Київ. нац. торг.-екон. ун-т]. – К., 2002. – С. 120.

⁹ Правове регулювання господарських відносин за участю промислових підприємств [Текст] : підруч. для юрид. вузів і фак-тів / за ред. В. М. Гайворонського та В. П. Жушмана. – Х. : Право, 2000. – С. 177, 179.

Поряд із зазначеними вище ознаками (особливостями) господарського договору у наукових дослідженнях останніх років особливу увагу приділено наявності у даних договорах публічно-правових та приватних компонентів¹. Мова йде про поєднання й забезпечення реалізації завдяки цьому правовому засобу як публічних інтересів суспільства у цілому, так і приватних інтересів окремих учасників господарських відносин², забезпечення захисту слабкішого контрагента від зловживання правом економічно сильнішими суб'єктами господарювання, органами державної влади та органами місцевого самоврядування, наділеними господарською компетенцією³.

Сьогодні ціла низка галузей права містить у своєму правовому інструментарії договір (господарське, цивільне, трудове, адміністративне право тощо), що свідчить не про експансію (проникнення) однієї галузі права в іншу, а про безперервну еволюцію двох мегасистем – системи суспільних відносин та системи права – та відповідно про адаптацію права до нових тенденцій суспільного розвитку через процес спеціалізації. Відповідно договірна тематика є однією з найпопулярніших та найбільш актуальних саме завдяки загальноправовій природі договору як універсального регулятора різноманітних суспільних відносин, що виникають у різних сферах суспільного буття. Отже, цілком ґрунтовними є наукові позиції тих дослідників, які розглядають господарський договір як самостійну господарсько-правову категорію, що співвідноситься з категорією «договір» як загальне й особливе.

Сучасний господарський оборот представлений різноманітними господарськими відносинами, більшість з яких набуває договірних форм, що надає господарському договору значення одного з найвагоміших господарсько-правових засобів та сприяє науковій популяризації господарсько-договірної проблематики. Незважаючи на це серед питань господарсько-договірного права, стосовно яких відсутня як однозначна законодавча позиція, так і єдиний теоретичний підхід, залишається питання основної правової іпостасі господарського договору.

У законодавстві більшості країн романо-германської правової системи договір визначається як угода або як добровільно взяте однією зі

¹ Див.: Занковський, С. С. Предпринимательские договоры [Текст] / С. С. Занковский. – М. : Волтерс Клувер, 2009. – С. 3.

² Див.: Мілаш, В. С. Комерційний договір у контексті сучасних ринкових умов [Текст] : монографія / В. С. Мілаш. – Х. : ФОРМ Вапнярчук Н. М., 2007. – С. 177.

³ Див.: Беяневич, О. А. Господарське договірне право України (теоретичні аспекти) [Текст] : монографія / О. А. Беяневич. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – С. 110.

сторін зобов'язання, за яким інша сторона має право вимагати від першої відповідного надання. У країнах англосаксонської правової системи договір розглядається як обіцянка, на яку поклався контрагент. Крім того, саме такий підхід відбито у Принципах європейського договірного права.

Відмінності між «угодницькою теорією» і «теорією обіцянки» не мають принципового характеру: обидві теорії виходять з розмежування договору як юридичного факту (угоди або обіцянки) та зобов'язань, які виникають на його ґрунті. За теорією обіцянки договір визначається як узгоджений обмін обіцянками, виконання яких закон ставить за обов'язок та за порушення яких він наділяє постраждалу сторону засобами захисту¹. Сама обіцянка розглядається як заява про намір (прояв наміру) діяти або утриматися від відповідних дій, зроблена будь-якою особою на прохання іншої особи. Обіцянку може бути зроблено як у письмовій, так і в усній формі (про її вчинення свідчить сама поведінка особи). Усна обіцянка в доктрині отримала назву «мовленнєвого акту», яким особа накладає на себе зобов'язання щодо вчинення в майбутньому певної дії. За загальними правилами обіцянка об'єктивується у формі акцептованої оферти: оферта може стати обіцянкою тільки після її акцепту і не є обіцянкою, доки вона не акцептована. Окремі фахівці у сфері договірного права виходять з розмежування «пропозиції» та «обіцянки» як сутнісних елементів договору: тільки прийнята пропозиція породжує зобов'язання (пропозиція може бути відізнана до моменту її прийняття іншою особою); обіцянка не потребує її прийняття, вона негайно вступає в дію та породжує безумовні зобов'язання (від обіцянки неможливо вільно відмовитись). Прихильники такої позиції вважають пропозицію елементом двостороннього договору, а обіцянку – одностороннього². Однак більшість авторів обов'язковим для договору визнає зустрічне задоволення: promise має бути підтверджений consideration (виняток становлять формальні договори under seal – «за печаткою», де чіткість форми замінює consideration). Це означає, що тільки обіцянка діяти або утриматися від відповідної дії, яка передбачає зустрічне задоволення та наділяє осіб правом вимагати виконання взаємних обов'язків за обіцянкою внаслідок морального зобов'язання (справи совісті) або закону, має характер

¹ Див.: Macaulay, St. Contracts: Law in Action [Text] / St. Macaulay, J. Kidwell, W. Whitford etc. – Charlottesville Virginia: The Michie Company, 1995. – P. 80–120.

² Див.: Barnett, R. E. Perspectives on Contract Law: Does a Promise Differ from an Offer? On the Nature of Offer, Acceptance and Promise [Text] / R. E. Barnett. – New York : ASHTN publishers, 2005. – P. 114–119.

договору. Від такої «умовної» обіцянки («я обіцяю, що зроблю..., якщо ти зробиш...») доктрина та практика країн англосаксонської правової системи відрізняє просту заяву, яка не тягне за собою жодних зобов'язань та при порушенні якої до заявника (особи, яка дала обіцянку) не застосовуються санкції¹. За правом країн англосаксонської правової системи відмінність між «угодою» та «обіцянкою» полягає в тому, що угоду може бути виконано в момент укладення, а виконання обіцянки завжди передбачається в майбутньому².

ГК України не надає загального визначення господарського договору, а аналіз його положень свідчить про відсутність загального підходу стосовно розуміння господарського договору та орієнтацію на вже традиційний для вітчизняної цивілістики розгляд договору у декількох ракурсах. Так, в одному випадку договір розглядається як юридичний факт, на підставі якого виникають господарсько-договірні зобов'язання (статті 179, 180 ГК України), у другому відбувається його ототожнення з господарським зобов'язанням (ст. 189 ГК України має назву «Ціна у господарських зобов'язаннях», незважаючи на те, що фактично йдеться про ціну як істотну умову господарського договору; у ст. 207 ГК України передбачена можливість визнання недійсним господарського зобов'язання, яке укладено учасниками господарсько-договірних відносин із порушенням хоча б одним із них господарської компетенції, а також окремих умов господарського зобов'язання (проте, по-перше, зобов'язання не укладаються, а виникають на підставі договору чи з інших підстав, по-друге, зміст будь-якого зобов'язання утворюють не умови, а взаємно кореспондуючі права та обов'язки його сторін), по-третє, зобов'язання – це форма, якої вони набувають (ст. 186 ГК України, яка, до речі, має назву «Укладання організаційно-господарських договорів», передбачено, що договірне оформлення організаційно-господарських зобов'язань може здійснюватися учасниками господарських відносин на основі вільного волевиявлення. – *В. М.*). Проблема формування єдиного нормативного підходу щодо розуміння договору, звичайно, ускладнюється тим, що договір не обмежується якоюсь однією якістю та в теоретичній площині може розглядатися з різних ракурсів. Однак на законодавчому рівні з метою однозначного розуміння юридичної термінології та запобігання ви-

¹ Див.: Murray, J. E. Murray on Contracts [Text] / J. E. Murray. – 3d. ed. – Charlottesville, Virginia: The Michie Company, 1990. – P. 3–17.

² Див.: Осаке, К. Экономико-философская интерпретация договора в англо-американском общем праве: либеральная теория договоров [Текст] / К. Осаке // Журн. рос. права. – 2004. – № 9. – С. 92.

никненню юридичних колізій бажаним є послідовне нормативне відбиття на галузевому рівні тільки однієї ключової правової іпостасі договору. Усвідомлюючи цю обставину, окремі представники сучасної правової думки виступають супротивниками багатопонятійного відображення поняття договору саме на нормативному рівні.

У сучасній доктрині господарського права немає єдиної думки щодо того, яка з теорій договору найбільше відповідає сутності та значенню цього правового засобу в господарському праві. Утім саме від вирішення такого питання безпосередньо залежить вектор подальшого розвитку господарського договірного права.

Деякі дослідники договору переконані, що саме його зобов'язальницька концепція має стати домінуючою, й наполягають на зміні на її користь цивілістичної доктрини договору¹. С. М. Бервено запропонував визначати договір як правомірний правочин взаємоузгодженої волі двох і більше сторін, спрямованої на виникнення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків у формі зобов'язального правовідношення та на врегулювання відносин між цими сторонами шляхом закріплення прав та обов'язків у визначеній законом формі². О. А. Беяневич пропонує тлумачити господарський договір як засноване на згоді сторін і зафіксоване у встановленій законом формі зобов'язання між суб'єктами господарювання, суб'єктами організаційно-господарських повноважень, негосподарюючими суб'єктами – юридичними особами, змістом якого є взаємні права та обов'язки в галузі господарської діяльності³. Утім виникнення як зобов'язальних, так і інших видів правовідносин є тільки результатом етапів укладання чи виконання договору, сутністю якого є взаємна згода сторін щодо встановлення правил їх поведінки в тій чи іншій сфері суспільних відносин, дотримання яких спрямоване на досягнення потрібних правових та/або економічних результатів, які в низці випадків об'єктивуються в набутті управленою стороною речових, виключних або інших прав. Так, згідно зі ст. 334 ЦК України право власності у набувача за договором виникає з моменту передання майна, якщо інше не встановлено договором або законом. За чинним законодавством право власності на

¹ Див.: Цивільне право України [Текст] : курс лекцій : у 6 т. Т. 5. Кн. 2. Договірне право. Ч. 1. Загальні положення про договори на передачу майна у власність / за ред. Р. Б. Шишки. – Х. : Еспада, 2006. – С. 29.

² Бервено, С. М. Проблеми договірного права України [Текст] : монографія / С. М. Бервено. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – С. 13.

³ Беяневич, О. А. Господарське договірне право України (теоретичні аспекти) [Текст] : монографія / О. А. Беяневич. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – С. 61–62.

майно за договором, який підлягає нотаріальному посвідченню, виникає у набувача з моменту такого посвідчення або з моменту набрання законної сили рішенням суду про визнання договору, не посвідченого нотаріально, дійсним. Якщо договір про відчуження майна підлягає державній реєстрації, право власності у набувача виникає з моменту такої реєстрації. Відповідно сторони договору, який не підлягає ні нотаріальному посвідченню, ні державній реєстрації, та щодо якого законом у категоричній формі не передбачено іншого, вільні у визначенні моменту, з якого виникає право власності управленої сторони (набувача) на майно. Якщо ж таке право виникає з моменту укладення договору, останній породжує як речові правовідносини (відносини власності), так і зобов'язальні (щодо фактичної передачі майна). Саме на цьому ґрунті в сучасній правовій доктрині почали висловлюватися пропозиції щодо поділу всіх договорів, які мають своїм об'єктом майно, на зобов'язальні (такі, що породжують зобов'язальні правовідносини) та розпорядчі (спрямовані на перехід від одного суб'єкта до іншого майнових прав).

Деякі сучасні іноземні законодавства вже визнали, що на підставі договору, окрім зобов'язальних, виникають і речові (абсолютні) правовідносини. Найбільш виразно це можна простежити на прикладі країн із консенсуальною системою переходу права власності, де вважається, що право власності на рухомі речі виникає у набувача безпосередньо на підставі укладеного договору, без будь-яких додаткових підстав (зокрема, передачі речі). Цікавою в цьому контексті є розроблена німецькою правовою доктриною конструкція договору з охоронним ефектом щодо третіх осіб, які не є ні сторонами договору, ні особами, на користь яких укладено договір. Такий договір розглядається як підстава виникнення як відносних, так і абсолютних правовідносин, де конкретно визначена тільки одна сторона – носій абсолютного права або абсолютного обов'язку. Означену конструкцію досить ретельно аналізує І. В. Бекленіщева на прикладі договору, укладеного між господарською організацією та аудиторською компанією про проведення аудиторської перевірки. Сутність договору з охоронним ефектом щодо третіх осіб на прикладі вищенаведеного договору полягає в тому, що аудиторська фірма як зобов'язана за договором сторона приймає на себе також абсолютний обов'язок не порушувати законних інтересів усіх третіх осіб. Відповідно якщо аудиторську перевірку здійснено неналежним чином (унаслідок чого не виявлено реального фінансового стану господарської організації), а треті особи, ґрунтуючись на

результатах проведеної перевірки, вклали інвестиції в об'єкт підприємницької діяльності цієї господарської організації та не отримали очікуваного результату, аудиторська фірма має відшкодувати їм не одержаний прибуток (втрачену вигоду)¹.

Договір вважається укладеним, якщо між сторонами у передбачених законом порядку та формі досягнуто домовленість (угоду) щодо всіх його істотних умов. Утім договір не просто формує правила сторін, а безперервно впливає на правовідносини, що виникли на його ґрунті (передусім зобов'язального характеру). Домовленість не зникає з моменту виникнення зобов'язальних правовідносин, і тільки її існування продовжує дію договірних зобов'язань. Якщо зміст договору становлять договірні умови, то змістом зобов'язання є права та обов'язки сторін. Під час виконання договору за взаємною домовленістю сторін, або в односторонньому порядку (якщо це передбачено законом для певного різновиду договору або в самому договорі), або в судовому порядку (за наявності достатніх підстав) можуть змінюватися (корегуватися) договірні умови, що призводять до зміни (оновлення) самих договірних зобов'язань. Крім того, якщо розірвання договору завжди призводить до припинення договірних зобов'язань сторін, то одностороння відмова від виконання свого зобов'язання (як вид оперативного-господарських санкцій) не припиняє дії самого договору, а є заходом оперативного впливу на порушника, що застосовується до моменту припинення ним порушення. Усі наведені вище обставини свідчать про неможливість ототожнення господарського договору та зобов'язань, що виникли на його ґрунті.

Разом із тим панівною як в українській, так і російській доктрині залишається «угодницька (консенсуальна) теорія», що пояснює сутність договору за допомогою таких понять, як «консенсус», «угода», «домовленість». Так, під час характеристики договору О. Г. Ракова зазначає, що особливе значення має його консенсуальність: договір і консенсус як стан домовленості щодо спірних питань нерозривно пов'язані між собою. При цьому в одному випадку консенсус є обов'язковою передумовою правовідносин, а в іншому – результатом, якого прагнуть суб'єкти². А. Г. Бобкова розглядає договір, який опосередковує господарську діяльність, як правовий засіб організації конкретних виробни-

¹ Див.: Бекленищева, И. В. Гражданско-правовой договор: классическая традиция и современные тенденции [Текст] / И. В. Бекленищева. – М. : Статут, 2006. – С. 67, 75–77.

² Ракова, Е. Г. Договор как форма и процедурный институт позитивного права [Текст] : дис ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Е. Г. Ракова. – СПб., 2004. – С. 131, 135.

чих і комерційних зв'язків суб'єктів господарської діяльності шляхом вільного формулювання та встановлення їх взаємних прав і обов'язків, виконання яких спирається на можливість використання державного примусу¹. Н. Ю. Круглова в господарському договорі вбачає угоду двох чи більше сторін, спрямовану на встановлення, зміну, припинення прав та обов'язків у сфері господарських відносин².

Утім угодницька концепція договору не дозволяє повною мірою обґрунтувати проникнення договору у сфери, де значною мірою сконцентровані публічні інтереси, реалізація яких стає можливою в тому числі завдяки договору. Під час використання поняття «угода» акцент робиться тільки на досягненні консенсусу між сторонами щодо встановлення їх взаємних прав та обов'язків, якому передують відповідний процес узгодження їх волі шляхом обговорення, переговорів. Проте не всі договори є результатом переговорів як таких. Угода в таких договорах має умовний характер, оскільки виражається у згоді однієї зі сторін підпорядковуватися заздалегідь підготовленим іншою стороною договірним умовам³. Крім того, угодницька теорія виходить із визнання за договором засобу реалізації винятково приватних інтересів його сторін, що не відповідає повною мірою меті господарського права, якою є забезпечення суспільного господарського порядку шляхом найбільш оптимального поєднання публічних і приватних інтересів. Про неможливість її «вживлення» в господарсько-правову «тканину» додатково свідчать такі обставини, які фактично і є правовими особливостями господарського договору.

По-перше, згідно з п. 4 ст. 179 ГК України під час укладення господарських договорів сторони можуть визначати зміст на основі:

- а) вільного волевиявлення, коли сторони мають право погоджувати на свій розсуд будь-які умови договору, що не суперечать законодавству;
- б) примірному договору, рекомендованого органом управління суб'єктам господарювання для використання при укладенні ними договорів, коли сторони мають право за взаємною згодою змінювати окремі умови, передбачені примірним договором, або доповнювати його зміст;
- в) типового договору, затвердженого Кабінетом Міністрів України, чи

¹ Бобкова, А. Г. Правове забезпечення рекреаційної діяльності [Текст] / А. Г. Бобкова. – Донецьк : Юго-Восток, 2000. – С. 200.

² Круглова, Н. Ю. Хозяйственное право [Текст] : учеб. пособие / Н. Ю. Круглова. – М. : РДЛ, 2006. – С. 150.

³ Див.: Калабеков, Ш. В. Договор как универсальная правовая конструкция [Текст] : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Ш. В. Калабеков ; [Моск. гос. юрид. акад.]. – М., 2003. – С. 23–25.

у випадках, передбачених законом, іншим органом державної влади, коли сторони не можуть відступати від змісту типового договору, але мають право конкретизувати його умови; г) 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 змісту¹. Отже, істотні умови господарського договору можуть бути результатом не тільки взаємоузгодженої волі його сторін (при укладенні договору приєднання взаємоузгодженість волі сторін щодо змісту істотних умов носить відносний характер), а й результатом дії імперативної норми, яка діє незалежно від волі сторін (частково обмежує автономію їх волі). В останньому випадку тільки існує презумпція згоди сторін щодо дії чинних імперативних настанов відносно їх договірних відносин. Веління, що містять імперативні норми договірного права, зазвичай стосуються або обов'язковості включення у договір певних умов, з наданням сторонам свободи формулювання їх змісту (найбільш поширений вид велінь), або обов'язковості включення в договір певних умов з уже чітко сформульованим змістом (типові договори).

По-друге, навіть якщо у сфері господарської діяльності договір став результатом переговорів, чітке нормування окремих параметрів здійснення такої діяльності (запровадження технічних регламентів, механізму квотування, державного регулювання цін та ін.) безпосередньо впливає на зміст окремих договірних умов («якість», «кількість», «ціна» тощо).

По-третє, в окремих випадках укладання договору для однієї зі сторін має обов'язковий характер. Так, у випадку невизначення виконавця на конкурсній основі державне замовлення є обов'язковим, якщо воно не завдає збитків, і надається уповноваженим Кабінетом Міністрів України органом казенним підприємствам; державним підприємствам і організаціям; акціонерним товариствам, у статутному фонді яких контрольний пакет акцій належить державі; орендним підприємствам і організаціям, заснованим на державній власності; суб'єктам господарювання, які є єдиними виробниками або відповідно до законодавства України визнані такими, що займають монопольне (домінантне) становище на ринках тих видів товарів, які є предметом державного замовлення. Крім того, суб'єкти господарювання, які забезпечують споживачів електроенергією, зв'язком, послугами залізничного та інших видів транспорту, а у випадках, передбачених законом, також

¹ Відом. Верхов. Ради України. – 2003. – № 18, 19–20, 21–22. – Ст. 144.

і інші суб'єкти зобов'язані укласти договори з усіма споживачами їх продукції (послуг).

По-четверте, в окремих випадках укладання господарського договору проходить стадію судового рішення (у такому разі договір вважається укладеним з моменту винесення судового рішення, яким задоволено позовні вимоги сторони). Так, згідно зі ст. 187 ГК України предметом судового розгляду можуть бути переддоговірні спори, пов'язані зі спонуканням до укладення договору (якщо хоча б одна зі сторін є зобов'язаною його укласти), а також стосовно врегулювання розбіжностей щодо договірних умов, які виникають під час укладання державних контрактів, договорів, де однією зі сторін є суб'єкт, що займає монопольне (домінантне) становище на відповідному ринку товарів, робіт, послуг, а також під час укладання усіх інших договорів, сторони яких не дійшли згоди щодо врегулювання розбіжностей стосовно окремих договірних умов, та не заперечують проти їх усунення в судовому порядку.

Кваліфікація господарського договору винятково як дво- чи багатосторонній правочин (погоджена дія двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення суб'єктивних прав і обов'язків) означає його зведення до акту реалізації прав і обов'язків у сфері господарювання, єдиним правовим наслідком якого є встановлення (зміна, припинення) господарських правовідносин. Проте правовідносини – це не єдиний правовий результат, до якого призводить укладення господарського договору, основним проявом регулювальної функції якого є встановлення індивідуальних (локальних) норм, так званої «індивідуальної програми дій учасників господарського обороту». Крім того, сьогодні все більш очевидним є те, що конструкцією зобов'язань неможливо охопити всі правовідносини, до виникнення яких призводить укладення договору. Традиційна схема правовідносин (суб'єкти, об'єкти, права й обов'язки), як справедливо у свій час відзначила Р. Й. Халфіна, виникла тому, що вони моделюються за зразком зобов'язань, тоді як ця схема не охоплює всього розмаїття і складностей правовідносин¹. Сучасна доктрина за ступенем конкретизації та суб'єктним складом поділяє правовідносини на абсолютні, відносні та загальнонерегулятивні. При цьому єдиним прикладом відносних правовідносин у наукових та навчальних виданнях з теорії права завжди наводяться тільки зобов'язальні (фактично відносні відносини ототожню-

¹ Халфіна, Р. И. Общее учение о правоотношении [Текст] / Р. И. Халфіна. – М. : Юрид. лит., 1974. – С. 203.

ються із зобов'язальними). А оскільки договір породжує відносні відносини (де чітко визначені обидві сторони), його традиційно вважають підставою виникнення зобов'язань. Зобов'язальними є правовідносини, де одна сторона (боржник) зобов'язана вчинити на користь другої сторони (кредитора) певну дію (передати майно, виконати роботу, надати послугу, сплатити гроші) або утриматися від певної дії, а кредитор має право вимагати від боржника виконання його обов'язку. Разом з тим на підставі цілої низки господарських договорів виникають правовідносини з приводу сумісного співробітництва (взаємодії) сторін протягом тривалого часу у певній сфері (галузі) господарювання. Організаційний зв'язок як результат вчинення договірного акту не зникає після належного виконання сторонами своїх договірних обов'язків. На доктринальному рівні можна зустріти різні назви означених договорів (організаційні договори, базові договори, генеральні договори, рамкові договори тощо). Рамкові (генеральні) договори формують організаційно-правові засади ділового співробітництва сторін і фактично спрощують їх подальшу договірну діяльність через типізацію загальних істотних умов здійснюваних ними господарських операцій і, відповідно, через усунення потреби їх узгодження у кожному поточному договорі. Використання у сфері господарювання таких договорів є досить широкомасштабним явищем. До рамкових (генеральних) договорів належать договори комерційного представництва, дистриб'юторські договори, договори комерційної концесії (франчайзингу), ряд банківських договорів (міжбанківських договорів про загальні умови проведення операцій на фінансовому ринку, встановлення кореспондентських відносин, договорів банківського рахунка, про відкриття кредитної лінії та ін.) тощо.

Усе вищесказане свідчить не тільки про неможливість охоплення зобов'язальними правовідносинами всього різноманіття відносних правовідносин (що актуалізує потребу в подальшому розвитку самої теорії правовідносин), а й про неможливість обґрунтування повною мірою за допомогою як угодницької (договір як домовленість), так і зобов'язальницької (договір як зобов'язання) теорій сутності господарського договору. Останній на рівні автономного (індивідуального) регулювання господарських відносин входить до галузевого механізму господарсько-правового регулювання як акт індивідуального регулювання взаємовідносин суб'єктів господарського права щодо організації та/або безпосереднього здійснення господарської діяльності, вчинення якого спричиняє виникнення юридично значущих результатів у сфері господарювання.

Неможливість повною мірою виявити сутність договору (господарського договору. – В. М.) при автономному залученні понять «угода», «домовленість», «зобов'язання» тощо призвело до розвитку «актової теорії», у межах якої договір розглядається як сумісний правовий акт (акт-дія), що передбачає збереження волевиявлень суб'єктів акта в таких випадках: 1) спрямованість на регулювання їх власної поведінки та/або поведінки інших суб'єктів, завдяки чому встановлюється необхідний правовий результат (правова норма, індивідуальне правове установлення і т. ін.); 2) волевиявлення становлять правомірні дії, що безпосередньо виступають правовим результатом¹.

На нашу думку, саме актова теорія дає можливість виявити й формалізувати квінтесенцію господарського договору як здійсненого в необхідній формі акту згоди двох або більше управнених суб'єктів (сторін договору), спрямованого на індивідуальне регулювання їх взаємовідносин під час організації та безпосереднього здійснення господарської діяльності, завдяки якому досягаються необхідні правові результати:

- встановлення мікронорм (індивідуальних правил поведінки, що походять від самих учасників господарських відносин та є проявом автономії волі сторін);

- створення цілісної моделі поведінки (усієї сукупності прав та обов'язків) сторін договору шляхом інтеграції мікронорм та юридичних норм;

- виникнення галузевих правовідносин зобов'язального, а іноді й речового та/або організаційного (загальноцільового) характеру.

Набуття господарським договором якості галузевого правового засобу вимагає його органічного входження до механізму господарсько-правового регулювання й унеможлиблює повну екстраполяцію загальних положень про договір, відбитих у цивільному законодавстві.

У науковій літературі неодноразово акцентується увага на тому, що договір стає правовим засобом завдяки нормам права². Останні, у свою чергу, ґрунтуються на правових принципах, які створюють фундамент галузевого правового інструментарію. Інакше кажучи, забезпечення цілісності галузевого механізму правового регулювання, єдиної цільо-

¹ Див.: Калабеков, Ш. В. Договор как универсальная правовая конструкция [Текст] : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Ш. В. Калабеков ; [Моск. гос. юрид. акад.]. – М., 2003. – С. 22–23.

² Див.: Гайворонский, В. Н. Правовые средства перестройки хозяйственного механизма [Текст] : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.04 / В. Н. Гайворонский ; [Харьк. юрид. ин-т им. Ф. Э. Дзержинского]. – Харьков, 1990. – С. 78.

вої спрямованості всіх галузевих правових засобів, якими він репрезентований, є можливим завдяки тому, що кожна галузь права базується не тільки на загальноправових принципах, а й на принципах, які торкаються сутності саме її предмета. Спеціально-правові принципи не тільки найяскравіше відбивають специфіку галузевого правового впливу на певну сферу суспільних відносин, а й відіграють вирішальну роль у формуванні галузевих конструкцій. Якщо загальні принципи права створюють ґрунт будь-якої юридичної конструкції, то при залученні спеціальних (галузевих) принципів формуються галузеві юридичні конструкції. Отже, цілком логічним є те, що договірна конструкція, упорядковуючи відносини, які виникають під час організації та безпосереднього провадження господарської діяльності, ґрунтується передусім на основних засадах (принципах правового регулювання) цієї діяльності, так само, як і всі інші господарсько-правові засоби, служить загальній меті господарського права (створення та підтримання суспільного господарського порядку). Сьогодні загальними принципами господарювання згідно зі ст. 6 ГК України є забезпечення економічної багатоманітності та рівний захист державою усіх суб'єктів господарювання; свобода підприємницької діяльності у межах, визначених законом; вільний рух капіталів, товарів та послуг на території України; обмеження державного регулювання економічних процесів у зв'язку з необхідністю забезпечення соціальної спрямованості економіки, добросовісної конкуренції у підприємстві, екологічного захисту населення, захисту прав споживачів та безпеки суспільства і держави (однак соціальну спрямованість економіки можна забезпечити тільки за допомогою оптимізації державного регулювання, а не шляхом його обмеження. – В. М.); захист національного товаровиробника; заборона незаконного втручання органів державної влади та органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб у господарські відносини.

Основною формою впливу принципів господарсько-правового регулювання на договірні відносини у сфері господарювання є створення ґрунту для правових режимів господарської діяльності (яка в більшості випадків набуває договірних форм) та окреслення меж автономії волі сторін у межах цих правових режимів. Для того щоб бути ефективним засобом правового регулювання господарської діяльності, засобом реалізації правової політики у сфері господарювання, господарський договір повинен органічно «входити» до механізму господарсько-правового регулювання, а не навпаки – існувати в «іншій

площині» ізолювано від інших господарсько-правових засобів. Отже, уся система засобів правового регулювання господарської діяльності і насамперед принципи такого регулювання зумовлюють становлення та розвиток самостійного галузевого правового засобу – господарсько-го договору.

Крім того, безпосередньо впливають на конфігурацію господарсько-договірних зв'язків сучасні тенденції економічного розвитку:

а) як опосередковано – зумовлюють вектор їх законодавчого нормування, застосування щодо них цілої низки господарсько-правових засобів нейтралізації «негативного неринкового фрагмента», підтримання слабких ланок ринкового механізму, забезпечення соціальної спрямованості суспільного виробництва. За допомогою всієї сукупності таких засобів формуються правові режими здійснення тих чи інших різновидів підприємницької діяльності, окремих господарських операцій комерційного характеру. Договір як один з елементів правового режиму випробовує вплив усіх інших елементів, завдяки чому створюється потрібна договірна модель;

б) так і безпосередньо – з'являються нові об'єкти, що залучаються до господарського обороту та є об'єктами господарських договорів; якісно видозмінюється господарська інфраструктура, розширюється коло потенційних учасників означених договорів; формуються нові конфігурації економічних зв'язків, викликані потребами сучасного ринку (з'являються нові договірні форми); додатково укладаються договори, що підвищують попит на товари (договори на надання рекламних, консалтингових послуг, трансфер технологій тощо), а також сприяють мінімізації підприємницьких ризиків (договори факторингу, страхування комерційних ризиків, включення до договорів захисних застережень тощо); формуються довгострокові партнерські зв'язки, поширюються позаюридичні форми права (звичаї, узвичаєння, заведений порядок) тощо.

Більше того, слід констатувати, що однією з найбільш виразних тенденцій розвитку господарських відносин є ускладнення системи засобів державного регулювання. На сьогодні прийнято цілі блоки нормативно-правових актів, якими інституціоналізовано засоби державного регулювання окремих об'єктів регулювального впливу. Такими об'єктами є процеси, спрямовані на економічне перетворення; виробничі ринки різноманітних товарів; окремі види діяльності, що провадяться в межах різних виробничих ринків; окремі економічні

операції; товар як безпосередній результат господарської діяльності тощо. Засоби державного регулювання вищезазначених об'єктів безпосередньо впливають на господарсько-виробничі договірні зв'язки, унаслідок чого формується нова договірна конструкція, яка у сфері господарювання служить як приватним, так і публічним цілям. Численні підтвердження цього можна знайти в чинних нормативно-правових актах, якими інституціоналізована розгорнута система засобів державного регулювання як окремих виробничих (оптових) ринків, так і окремих господарських операцій.

Означені засоби формують публічно-правовий порядок ринкового обміну товарів у межах цих ринків (у широкому значенні) шляхом закріплення: 1) передумов законної участі суб'єктів господарського права в господарських договорах (державна реєстрація, ліцензування, встановлення додаткових імперативних вимог до учасників виробничого ринку); 2) змісту господарських договорів (типові та примірні договори; нормативне закріплення переліку істотних умов; механізм регулювання цін і тарифів); 3) обов'язків сторін одних господарських договорів щодо укладання інших господарських договорів (наприклад, страхування відповідальності, проведення екологічного аудиту, відкриття спеціальних рахунків у фінансових установах та ін.); 4) порядку укладення господарських договорів (механізм нетрадиційної конкуренції; конструкція договору із публічною офертою; державна реєстрація окремих договорів); 5) обов'язкових якісних характеристик об'єктів, які набувають товарної форми (стандартизація, сертифікація, державні випробування та ін.); 6) загальних обсягів реалізації окремих товарів (квотування) тощо.

Таким чином, господарський договір є одночасно як актом згоди сторін щодо встановлення (змінення, припинення) їх взаємних прав та обов'язків у межах господарського обороту, так і актом згоди з висуnutими законодавцем імперативними вимогами, спрямованими на підтримання суспільного господарського порядку, тобто одним із засобів реалізації правової політики в цій галузі.

Усі вищезазначені обставини створили об'єктивні передумови для спеціалізації правового регулювання господарсько-договірних відносин та, як результат, для набуття господарським договором якості самостійного галузевого правового засобу. Віддзеркаленням цього процесу на законодавчому рівні стало виділення в окрему, двадцяту, главу ГК України положень про господарський договір.

Визнання господарського договору укладеним (тобто таким, що набув юридичної сили¹) вітчизняне законодавство (ч. 2 ст. 180 ГК України) пов'язує з наявністю трьох умов: 1) досягненням згоди щодо всіх істотних умов; 2) втіленням такої згоди в належній формі; 3) дотриманням передбаченого законом порядку досягнення цієї згоди.

Усі умови, які формують зміст господарського договору, є істотними, незалежно від шляху набуття ними цього значення. Так, одні умови стають істотними через обов'язкову для сторін імперативну норму, яка вимагає їх узгодження, інші – через те, що сторона скористалася можливістю, наданою диспозитивною нормою, треті – через сам характер відповідної договірної моделі, четверті – завдяки визнаній однією зі сторін необхідності щодо їх включення в договір.

Згідно з ч. 3 ст. 180 ГК України при укладенні господарського договору сторони зобов'язані у будь-якому разі погодити предмет, ціну та строк дії договору. Проте на сторінках науково-практичних видань неодноразово наголошувалося на необхідності застосування ч. 3 ст. 180 ГК України щодо ціни (як істотної умови господарського договору), але тільки до договорів, за якими одна сторона зобов'язана сплатити іншій певну грошову суму. До договору за умовами якого сплата грошових коштів не передбачається ч. 3 ст. 180 ГК України стосовно ціни, як істотної умови, застосовуватися не може, оскільки ця умова не створює прав і обов'язків сторін такого договору (як приклад можна навести договір про сумісну підприємницьку діяльність). Так само договірною умовою про строк дії договору, з одного боку, законодавчо наділена статусом істотної умови будь-якого господарського договору, а з другого – зміст законодавчих настанов щодо певних різновидів договорів свідчить про можливість їх юридичної сили й без цієї умови (наприклад, положення ст. 366 ГК України передбачає можливість передачі за договором комерційної концесії права використання в підприємницькій діяльності комплексу прав як на певний строк, так і без визначення строку).

Крім того, приписи імперативної норми можуть містити вимоги щодо обов'язкового включення в конкретний різновид господарського договору певних умов або з уже нормативно визначеним змістом, або залишити за сторонами право його визначення на власний розсуд. У більшості випадків нормативно-правові акти, спрямовані на впо-

¹ Чинним завжди є діючий договір, який набув юридичної сили і має її у даний проміжок часу. Тільки договір, що набув юридичної сили, створює юридичні наслідки для його сторін. Інакше кажучи, юридична сила договору означає обов'язковість його виконання для сторін. Натомість дійсність – це показник правомірної природи договору та обов'язкова умова його чинності.

рядкування окремих господарсько-договірних відносин, установлюють тільки перелік істотних для відповідних договорів умов та залишають за сторонами автономію волі щодо визначення їхнього змісту (див. ст. 10 Закону України «Про концесії», ст. 8 Закону України «Про угоди про розподіл продукції», п. 2 ст. 6 Закону України «Про фінансовий лізинг» тощо).

У низці випадків зміст господарських договорів визначається на основі примірного договору (рекомендованого органом управління суб'єктам господарювання для використання при укладенні ними договорів, коли сторони мають право за взаємною згодою змінювати окремі умови, передбачені примірним договором, або доповнювати його зміст) або типового договору (затвердженого Кабінетом Міністрів України, чи у випадках, передбачених законом, іншим органом державної влади, коли сторони не можуть відступати від змісту типового договору, але мають право конкретизувати його умови). При цьому слід виходити з розмежування понять «типовий договір» та «типова умова». Типовою (стандартною) є умова, що найчастіше повторюється під час укладення окремих різновидів господарських договорів, до яких вона включається за згодою сторін, або при визначенні змісту договору на підставі договору приєднання, а не на підставі нормативних приписів.

Утім більшість істотних умов господарських договорів є результатом взаємоузгодженої волі їх сторін (договірних контрагентів). При цьому, як слушно зауважує В. В. Луць, свобода договору не є безмежною: вона існує в рамках чинних нормативних актів, звичаїв ділового обороту, а дії сторін договору мають ґрунтуватися на засадах розумності, добросовісності та справедливості¹.

Другою, не менш важливою умовою набуття чинності господарським договором, є дотримання його належної форми. За загальними правилами господарський договір повинен викладатися у формі єдиного документа, підписаного сторонами та скріпленого печатками (повна письмова форма). Допускається укладення господарських договорів у спрощений спосіб, тобто шляхом обміну листами, факсограмами, телеграмами, телефонограмами тощо (спрощена письмова форма), а також шляхом підтвердження прийняття до виконання замовлень, якщо законом не встановлені спеціальні вимоги до форми та порядку укладення цього різновиду договорів (наприклад, під час укладення державних контрактів може використовуватися тільки повна письмова

¹ Луць, В. В. Контракти в підприємницькій діяльності [Текст] : навч. посіб. / В. В. Луць. – К. : Юрінком Інтер, 2008. – С. 38.

форма). Це означає, що коли закон не висуває спеціальної вимоги щодо форми конкретного різновиду господарського договору, письмову (усну) пропозицію стосовно його укладення може бути акцептовано як шляхом направлення оференту одного екземпляра підписаного ним договору, листа, телеграми, електронного повідомлення і т. п., так і шляхом вчинення фактичних дій, що свідчать про підтвердження прийняття замовлення до виконання.

Вимоги до повної письмової форми будь-якого правочину (угоди) містить ст. 207 ЦК України. Однією з таких вимог є наявність у тексті договору підписів сторін. У сучасному діловому обороті використовуються два аналоги власноручного підпису: факсиміле та електронний цифровий підпис. Відповідно до ч. 3 ст. 207 ЦК України використання при вчиненні правочинів факсимільного відтворення підпису за допомогою засобів механічного або іншого копіювання, або іншого аналога власноручного підпису допускається у випадках, встановлених законом, іншими актами цивільного законодавства, або за письмовою згодою сторін, у якій мають міститися зразки відповідного аналога їх власноручних підписів. Утім на сьогодні в господарському законодавстві відсутні положення, які б чітко регламентували порядок використання факсиміле під час укладення господарських договорів та містили повний перелік випадків, коли його використання в господарському обороті не дозволяється.

Одним з різновидів письмової форми господарських договорів, що набуває значного поширення у сфері господарювання, є електронна. Закони України «Про електронні документи та електронний документообіг»¹ від 22 травня 2003 р., «Про електронний цифровий підпис»² від 22 травня 2003 р. фактично зводять особливості укладання договорів в означеній формі до використання сторонами електронного цифрового підпису. Проте при укладенні договору в електронній формі виникає низка проблемних питань, відповіді на які не дає вітчизняне законодавство. Перше з таких питань пов'язане з розумінням електронних оферти (пропозиції укласти договір) та акцепту. Відсутність чіткої нормативної регламентації зазначеного питання унеможливорює визначення моменту, з якого договір слід вважати укладеним. Крім того, нині відсутній чітко визначений перелік господарських договорів, укладення яких в електронній формі є неможливим та/або не

¹ Відом. Верхов. Ради України. – 2003. – № 36. – Ст. 275.

² Там само. – Ст. 276.

дозволяється¹. При формулюванні такого переліку слід звернути увагу як на загальний поділ договорів на реальні та консенсуальні, так і на законодавчі вимоги щодо обов'язкового нотаріального посвідчення та/або державної реєстрації².

ГК України безпосередньо не визначає правових наслідків порушення обов'язкової письмової форми господарського договору. При вирішенні цього питання застосуванню підлягають відповідні норми цивільного законодавства, які сьогодні є дещо суперечливими. Так, за ст. 218 ЦК України недотримання сторонами письмової форми правочину, встановленої законом, не має наслідком його недійсність, крім випадків, установлених законом (форма пов'язується з дійсністю договору). Але за ч. 2 ст. 639 ЦК України якщо сторони домовилися укласти договір у певній формі, він вважається укладеним з моменту надання йому цієї форми, навіть якщо законом ця форма для такого виду договорів не вимагається (форма пов'язується з моментом визнання договору укладеним).

Третьою виокремленою законодавцем умовою набуття господарським договором чинності є дотримання передбаченого законом порядку його укладення. Останній своїм змістовим навантаженням охоплює як певну послідовність дій майбутніх сторін договору, виконання яких спрямоване на досягнення згоди щодо всіх істотних умов, так і встановлені чинним законодавством етапи (процедури), проходження яких є обов'язковою передумовою набуття ним чинності.

¹ Згідно зі ст. 8 Закону України «Про електронні документи та електронний документообіг» електронний документ не може бути застосовано як оригінал: 1) свідоцтва про право на спадщину; 2) документа, який відповідно до законодавства може бути створений лише в одному оригінальному примірнику, крім випадків існування централізованого сховища оригіналів електронних документів; 3) в інших випадках, передбачених законом.

² За чинним законодавством договір, який підлягає нотаріальному посвідченню або державній реєстрації, є укладеним з моменту його нотаріального посвідчення або державної реєстрації, а в разі необхідності і нотаріального посвідчення і державної реєстрації – з моменту державної реєстрації (див. ч. 3 ст. 60 ЦК України). У свою чергу, згідно із Законом України «Про електронні документи та електронний документообіг» нотаріальне посвідчення цивільно-правової угоди, укладеної шляхом створення електронного документа (електронних документів), здійснюється у порядку, встановленому законом. Але до сьогодні такий порядок відсутній. При цьому в п. 264 розділу 28 Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затвердженої наказом Міністерства юстиції України, мова йде про нотаріальне посвідчення підписів сторін, а не договору як такого. Так, за наявності технічних можливостей роботи з електронними документами нотаріус засвідчує справжність електронного цифрового підпису на таких документах за правилами, передбаченими п. 17 цієї Інструкції, та вчиняє посвідчувальний напис.

У контексті вищезначеної умови слід звернути увагу на дві обставини: по-перше, існує ціла низка способів (порядків) досягнення згоди щодо всіх істотних договірних умов, не всі з яких регламентуються чинним законодавством (наприклад, досягнення згоди шляхом проведення переговорів); по-друге, не всі способи (порядки) укладення договору, які передбачені чинним законодавством, носять імперативний характер. Інакше кажучи, порядок укладення господарського договору може бути встановлений як законодавчим шляхом (при цьому такий порядок може носити як обов'язковий, так і рекомендаційний характер), так і домовленістю між майбутніми контрагентами. І саме від того, який порядок укладення договору (досягнення згоди) порушено, від форми прояву такого порушення залежать правові наслідки, що можуть мати місце для сторін (або однієї з них).

Загальний порядок укладення господарських договорів чітко регламентується ст. 181 ГК України. Виділяють такі етапи означеного порядку: направлення проекту договору (оферти) однією стороною; розгляд проекту договору другою стороною та його прийняття (акцепт); отримання першою стороною підписаного другою стороною проекту договору. При цьому слід зазначити, що двадцятиденний термін, передбачений ГК України для розгляду проекту договору та/або протоколу розбіжностей, носить рекомендаційний характер, тобто може бути змінений сторонами на інший термін. Означена процедура використовується під час укладення стандартизованих господарських договорів (із стандартними договірними умовами). Від загального порядку укладення договору відрізняється порядок укладення договору шляхом проведення переговорів (у такому разі обидві сторони беруть участь у розробці договірних умов, відповідно «авторство» проекту договору належить одночасно обом сторонам); конкурентний порядок, у межах якого застосовуються два види спеціальних процедур: конкурс (тендер) та публічні торги (аукціон); дозвільний порядок, який вимагає для укладення договору отримання попереднього дозволу (або попереднього узгодження договірних умов) з боку відповідних органів чи осіб, які не є сторонами договору; порядок укладення договору шляхом приєднання до нього; укладення договору за рішенням суду тощо. Свої особливості притаманні порядку укладення договору, обов'язок укладення якого випливає з попереднього договору або імперативних положень чинного законодавства, що наділяють відповідну особу статусом суб'єкта публічних зобов'язань.

У низці випадків укладення договору може розпочинатися за однією процедурою (порядком укладення), а закінчитися іншою, за ви-

нятком випадків, коли чинне законодавство передбачає як обов'язковий для того чи іншого договору тільки відповідний порядок укладення, чим виключає можливість застосування іншого.

Найбільш поширеним у господарському обороті порядком укладення договорів є проведення переговорів. На відміну від інших переддоговірних етапів (порядок проведення яких здебільшого детально регламентований чинним законодавством) сторони цілком вільні у визначенні правил ведення переговорів. Означені правила можуть встановлюватися сторонами як в усній формі, так і фіксуватися в переддоговірних угодах (як-то: меморандум про взаєморозуміння, протокол про наміри), які досягаються до моменту підписання сторонами основного (кінцевого) договору. Меморандумом про взаєморозуміння є угода, що стосується передусім процедур ведення переговорів, строків, протягом яких вони мають бути розпочаті та закінчені, конфіденційності інформації, що буде отримана сторонами під час переговорів, тощо. Протоколом про наміри є угода, що закріплює проміжний результат, який досягнуто у процесі переговорів (коли сторонам не вдалося досягти домовленості щодо всіх істотних умов), та виражає наміри сторін протягом обумовленого в ньому терміну поновити переговори.

У 1997 р. робоча група з міжнародних договорів під керівництвом М. Фонтейна склала звіт про переддоговірні угоди, де було виокремлено їх 26 типових прикладів, які розподілено на чотири базові групи: 1) кінцеві договори з деякими варіаціями; 2) угоди про стадії переговорів; 3) угоди, що юридично не зв'язують сторони; 4) угоди, що містять кінцеву домовленість стосовно певних аспектів переговорів¹.

За вітчизняним законодавством (ст. 182 ГК України) породжувати юридичні наслідки здатен тільки один вид переддоговірних угод – попередній договір. У зв'язку з цим виникає ґрунтовне питання про значення всіх інших видів переддоговірних «джентльменських» угод у процесі впорядкування договірних взаємовідносин учасників господарського обороту. Якщо такі угоди не є юридично зобов'язуючими для сторін (відповідно спір, пов'язаний із порушенням процедури ведення переговорів, установленної в переддоговірній угоді, не може бути предметом судового розгляду), який узагалі сенс їх укладання? Показовими в цьому контексті є положення, відбиті у Принципах Європейського договірної права, Принципах УНІДРУА, за якими дотримання обов'язку добросовісності та чесної ділової практики передбачає

¹ Див.: Кучер, А. Н. Теория и практика преддоговорного этапа: юридический аспект [Текст] / А. Н. Кучер. – М. : Статут, 2005. – С. 273.

в тому числі й те, що сторони пов'язані практикою, встановленою ними у своїх взаємовідносинах¹. Так, за ст. 2.1.15 Принципів УНІДРУА сторона вільна проводити переговори та не несе відповідальності за не досягнення згоди. Однак сторона, яка веде або перериває переговори недобросовісно, є відповідальною за збитки, спричинені іншій стороні. Недобросовісним, зокрема, є вступ стороною в переговори або їх продовження за відсутності наміру досягти угоди з іншою стороною². Відповідальність сторони за недобросовісні переговори передбачає відшкодування збитків потерпілій стороні та компенсацію за втрату можливості укласти інший договір із третьою особою.

Сьогодні розвиток договірного права у всіх правових системах іде в напрямку покладення на сторони переддоговірного етапу загального обов'язку добросовісної поведінки, порушення якого може призвести недобросовісну сторону до переддоговірної відповідальності. Вимоги добросовісної поведінки на переддоговірному етапі стали майже єдиним положенням, що регулює відносини сторін у зв'язку з укладанням договору в ході переговорів. Як абсолютно нова для права ідея положення про переддоговірну відповідальність (тобто відповідальність за недобросовісну поведінку у ході переговорів) отримало свій розвиток *extra legem* на рівні судової практики та звичаїв ділового обороту, і тільки починаючи з другої половини ХХ ст. почало реалізовуватися на законодавчому рівні³. На сьогодні право більшості країн визнає підставою переддоговірної відповідальності порушення обов'язку добросовісної поведінки на переддоговірному етапі. Доктрина ж виходить з розподілу означеного виду відповідальності на такі види: 1) відповідальність за недобросовісну поведінку однієї зі сторін на переддоговірному етапі, що перетворила договір на недійсний; 2) відповідальність за недобросовісну поведінку однієї зі сторін на переддоговірному етапі, що призвела до неукладення договору.

Нині вітчизняне законодавство не вбачає у недобросовісному веденні переговорів (див. ст. 216, ч. 2, ст. 218 ГК України) господарське правопорушення, відповідно – підставу господарсько-правової відповідальності. Разом з тим у низці випадків недобросовісна поведінка однієї зі сторін на етапі переговорів може підпадати під озна-

¹ Див.: Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2004 [Текст] / пер. с англ. А. С. Комарова. – М. : Статут, 2006. – С. 27.

² Там само. – С. 64–65.

³ Див.: Бекленищева, И. В. Гражданско-правовой договор: классическая традиция и современные тенденции [Текст] / И. В. Бекленищева. – М. : Статут, 2006. – С. 213–214.

ки інших видів правопорушень (наприклад, недобросовісної конкуренції).

Момент набуття чинності для низки господарських договорів безпосередньо пов'язаний з їх нотаріальним посвідченням та/або державною реєстрацією. За ч. 3 ст. 60 ЦК України договір, який підлягає нотаріальному посвідченню або державній реєстрації, є укладеним з моменту його нотаріального посвідчення або державної реєстрації, а в разі необхідності і нотаріального посвідчення, і державної реєстрації – з моменту державної реєстрації. У той же час згідно зі ст. 220 ЦК України у разі недотримання сторонами вимоги закону про нотаріальне посвідчення договору такий договір є нікчемним. Якщо сторони домовилися стосовно всіх істотних умов договору, що підтверджується письмовими доказами, і відбулося повне або часткове виконання договору, але одна зі сторін ухилилася від його нотаріального посвідчення, суд може визнати такий договір дійсним (у цьому випадку нотаріального посвідчення договору не вимагається).

Сьогодні ціла низка договорів підлягає державній реєстрації, щодо правового значення якої законодавець не сформував єдиної позиції: чи є вона окремим елементом форми певних різновидів договорів (у ряді випадків вимога про державну реєстрацію договору мітиться саме в положенні про його форму); чи це додаткова адміністративна процедура набуття договором чинності (відповідно окремий етап укладення певних різновидів договорів); чи це адміністративна дія, значення якої полягає винятково в офіційному визнанні і підтвердженні державою факту виникнення або припинення речового права, що виникає на підставі укладення (виконання) договору? При цьому в самих положеннях нормативно-правових актів, що безпосередньо встановлюють необхідність державної реєстрації відповідного різновиду договору, не завжди чітко окреслено значення цієї процедури. Утім саме від нього безпосередньо залежить вирішення питання про чинність (нечинність) договору, який не пройшов установленої щодо нього процедури державної реєстрації. Крім того, аналіз законодавчих положень дає підстави стверджувати, що державна реєстрація договорів може носити як обов'язковий, так і добровільний характер (ст. 1114 ЦК України). Сьогодні ні ЦК України, ні ГК України не вирішують проблеми, пов'язаної з відсутністю державної реєстрації договорів, для яких остання передбачена чинним законодавством. А згідно з п. 8 Роз'яснень Вищого арбітражного суду України «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з визнанням угод недійсними» № 02-5/111

від 12.03.1999 р. угода, укладена з порушенням правил щодо обов'язкової державної реєстрації, може бути визнана недійсною лише в тому випадку, коли такі наслідки прямо передбачаються нормативним актом. Проте аналіз ч. 3 ст. 440 ЦК України дає підстави стверджувати, що договір, який підлягає державній реєстрації, повинен вважатися укладеним з моменту її вчинення. Разом з тим різне правове значення процедури державної реєстрації тих чи інших різновидів договорів ставить під сумнів обґрунтованість застосування однакових правових наслідків до всіх випадків її непроведення.

Усе вищевказане, безумовно, актуалізує потребу законодавчої формалізації положень, про момент набуття чинності господарським договором, з чітким окресленням усієї сукупності додаткових умов набуття чинності тим чи іншим його різновидом, та послідовним визначенням наслідків недотримання кожної з таких умов. Існуюча на сьогодні законодавча непослідовність у регламентації цих питань значно ускладнює діяльність правозастосовчих органів.

У контексті питань визнання господарських договорів недійсними слід визначити й офіційну позицію Вищого господарського суду України (далі – ВГСУ) щодо підстав такого визнання, висловлену в Інформаційному листі ВГСУ «Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України» від 07.04.2008 р. У п. 21 зазначеного листа вказується, що ст. 207 ГК України містить не особливості регулювання господарських відносин, а тільки загальні правила про недійсність господарських зобов'язань, які суперечать ЦК України як за термінологією, так і за змістом, у зв'язку з чим ст. 207 ГК України застосовуватись не може.

Після набуття господарським договором чинності (як до початку безпосереднього виконання договірних обов'язків, так і під час такого виконання) може виникнути потреба в його зміні або розірванні.

За загальним правилом, що містить ст. 188 ГК України, зміна та розірвання господарських договорів в односторонньому порядку не допускається, якщо інше не передбачено законом або договором.

Зміна або розірвання господарського договору може здійснюватися:

- 1) у позасудовому порядку (або за взаємною згодою обох сторін, або в окремих випадках – в односторонньому порядку);
- 2) у судовому порядку (за наявності достатніх підстав).

При цьому слід відрізнити безумовне право сторін на розірвання (зміну) договору за їх взаємною згодою від права вимагати розірвання (зміни) договору в межах судового провадження задля захисту пору-

шених (або таких, що можуть постраждати) суб'єктивних прав однієї зі сторін. Відповідно якщо підставою розірвання (зміни) договору є взаємна згода (домовленість) сторін, право на зміну або розірвання договору традиційно визначається як логічне продовження договірної свободи сторін. Натомість розірвання порушеного договору, а також розірвання (зміна) договору у зв'язку з істотною зміною обставин є способами захисту однією зі сторін власних суб'єктивних прав (порушених або таких, що потенційно можуть постраждати від об'єктивних обставин), які виникли на підставі цього договору. У цілому захист суб'єктивних прав учасника тих чи інших правовідносин, у тому числі й тих, що набувають договірної форми, завжди пов'язаний з усуненням перешкод у здійсненні цих прав.

Можливість одностороннього розірвання господарського договору (інакше кажучи, односторонньої відмови від договору) законом передбачена тільки для окремих різновидів договорів. У такому разі кожна зі сторін може скористатися цією можливістю незалежно від того, чи було це безпосередньо передбачено в укладеному нею договорі. При цьому в одних випадках закон дозволяє одностороннє розірвання договору в будь-який час та без будь-яких несприятливих наслідків для сторони, яка скористається цим правом. Наприклад, відповідно до ч. 3 ст. 374 ГК України кожна із сторін договору комерційної концесії, укладеного без зазначеного строку, має право у будь-який час відмовитись від договору, повідомивши про це другу сторону за шість місяців). В інших випадках закон дозволяє односторонню відмову від договору та одночасно покладає на сторону, яка скористається правом односторонньої відмови від договору, певні майнові обтяження. Наприклад, згідно з ч. 4 ст. 849 ЦК України замовник має право у будь-який час до закінчення роботи відмовитися від договору підряду, виплативши підрядникові плату за виконану частину роботи та відшкодувавши йому збитки, завдані розірванням договору.

Якщо законом безпосередньо не передбачено можливість одностороннього розірвання певного різновиду договору, сторони можуть у самому змісті договору передбачити таку можливість, за умови відсутності прямої заборони щодо одностороннього розірвання цього різновиду договору (наприклад, за ст. 291 ГК України не дозволяється одностороння відмова від договору оренди). Передбачене в договорі право на його розірвання в односторонньому порядку повинно належати обом сторонам, в іншому випадку відповідна договірна умова набуває дискримінаційного характеру і має визнаватися нікчемною.

Від права одностороннього розірвання господарського договору слід відрізнити такий різновид оперативно-господарських санкцій, як право односторонньої відмови від виконання договірних зобов'язань. Реалізація зазначених прав тягне за собою різні правові наслідки. З моменту реалізації права на одностороннє розірвання договору (яке реалізується шляхом повідомлення про це іншій стороні) договір слід вважати розірваним (таким, що втратив/припинив юридичну силу).

Договір вважається розірваним (зміненим) з моменту односторонньої відмови від договору в повному обсязі або частково (ідеться про односторонню зміну окремих договірних умов), якщо право на таку відмову (зміну) було передбачено договором або законом, а сама відмова від договору (його зміна) була здійснена в належній формі. Зміна або розірвання договору має здійснюватися в тій же формі, у якій було укладено сам договір, якщо інше не передбачено в договорі або законі. Зі спливом терміну дії договору неможлива його зміна, такий договір може бути пролонгований на тих самих умовах або укладено новий договір. Розірвання договору звільняє сторони від усіх договірних зобов'язань, однак не позбавляє їх права на відшкодування фактично завданих їм збитків. У свою чергу реалізація права на односторонню відмову від виконання зобов'язання як вид оперативно-господарських санкцій має тимчасовий характер: застосовується з метою стабілізації договірної дисципліни до моменту припинення порушень договірних зобов'язань недобросовісним контрагентом. Якщо ж управнена сторона не бажає підтримання договірних зв'язків (збереження договору) з недобросовісним контрагентом, однак не має права на одностороннє розірвання договору, вона може вимагати розірвання договору в судовому порядку.

За відсутності передбаченого в законі або договорі права на односторонню зміну чи розірвання договору та в разі якщо сторони не досягли згоди щодо зміни (розірвання) договору або в разі недержання відповіді у встановлений строк з урахуванням часу поштового обігу заінтересована сторона має право передати спір на вирішення суду.

Законодавчо передбачена процедура зміни (розірвання) договору (ст. 188 ГК України) носить рекомендаційний характер, оскільки ГК України не передбачає наслідків її недотримання та не обмежує права сторін щодо самостійного визначення іншого порядку та строків її проведення. При цьому відсутність з боку сторін спроб у будь-якій формі дійти згоди щодо зміни або розірвання договору свідчить не про

недотримання досудового порядку вирішення спору, а про відсутність спору як такого.

Господарський суд може задовольнити відповідний позов про зміну або розірвання договору тільки за наявності відповідної правової підстави (за відсутності такої підстави суд не має права примусити сторону до продовження її договірних відносин на інших умовах). Загальні підстави зміни (розірвання) договору в судовому порядку (на вимогу однієї зі сторін) передбачено ч. 2 ст. 651, ст. 652 ЦК України; правові наслідки зміни та розірвання договору – у ст. 653 ЦК України. Такими підставами є істотна зміна обставин, якими керувалися сторони при укладенні договору та істотне порушення договору однією зі сторін тощо.

Наявне різноманіття господарських відносин, що набувають договірних форм, та потреба врахування їх особливостей (специфіки) безпосередньо зумовлює потребу в систематизації господарських договорів як необхідного кроку на шляху поглиблення процесів правової спеціалізації. При цьому складний характер господарського обороту об'єктивно вимагає залучення під час побудови системи господарських договорів різних класифікаційних критеріїв.

Використання в межах різних галузей права однакових класифікаційних критеріїв договорів зумовлюється загальноправовою природою договору як універсального правового засобу впорядкування суспільних відносин. Однак нарівні з ними слід виокремлювати галузеві класифікаційні критерії, які відбивають специфіку конкретної сфери відносин (у межах якої укладаються договори), що є предметом правового впливу певної галузі права. Під час побудови системи господарських договорів залучаються як прості (одиночні), так і складні (комплексні) класифікаційні критерії.

Так, за суб'єктивним складом, типізацією приватних і публічних інтересів, які реалізуються в договорах, та договірною метою на доктринальному рівні виокремлюють:

1. Господарський організаційний договір – досягнутий між суб'єктами господарського права акт згоди щодо створення нового елемента господарської інфраструктури чи встановлення необхідних організаційних зв'язків між уже наявними суб'єктами господарювання.

2. Господарський організаційно-управлінський договір – це досягнутий між суб'єктом організаційно-господарських повноважень у сфері управління господарською діяльністю (органом державної

влади чи місцевого самоврядування) та суб'єктом господарювання акт згоди щодо основних умов майбутнього здійснення господарської діяльності (окремих її ділянок) таким суб'єктом найбільш раціональними та економічно обґрунтованими способами для досягнення потрібних соціально-економічних результатів.

3. Інвестиційний невиробничий договір – це досягнутий між реципієнтом та інвестором поза межами виробничої діяльності останнього акт згоди щодо вкладення майна, майнових прав та інших цінностей, що мають ринкову вартість, в об'єкт інвестування. Об'єкт інвестиційного невиробничого договору є засобом залучення інвестицій (цінні папери) або безпосереднім об'єктом інвестування (об'єкти приватизації) тощо.

4. Комерційний договір – це досягнутий між суб'єктами господарювання акт згоди щодо здійснення господарської операції з товарного обміну об'єкта (об'єктів) господарських прав з метою отримання прибутку та досягнення інших соціально-економічних ефектів.

5. Господарський некомерційний договір – це досягнутий між суб'єктами господарювання акт згоди щодо здійснення господарської операції з товарного обміну об'єкта (об'єктів) господарських прав з метою досягнення соціально-економічних результатів, не пов'язаних ні з отриманням прибутку, ні з особистим споживанням.

6. Нарешті, конструкція господарського виробничого договору за участю органів державної влади, органів місцевого самоврядування може бути представлена як державним контрактом (публічні інтереси реалізуються шляхом купівлі об'єктів господарських прав, що становлять предмет державних потреб), так і господарським договором, де органи державної влади, органи місцевого самоврядування вступають у договірні відносини із суб'єктами господарювання як державні партнери (договори концесії, угоди про розподіл продукції та ін.).

За ринковими сегментами (підсферами виробничого ринку), які утворюють виробничий ринок, господарські договори поділяються на такі види:

1. Договори у сфері створення та використання інноваційного продукту.

2. Договори у сфері енергозабезпечення.

3. Договори у сфері ринку фінансових послуг.

4. Договори у сфері ринку лікарських засобів.

5. Договори у сфері продовольчих ринків (зерна, м'яса, молока, цукру тощо).

6. Договори у сфері торгівлі непродовольчими товарами (обладнанням для агропромислового комплексу, авіаційною технікою, інженерним обладнанням та ін., його комплектувальними виробами тощо).

7. Договори у сфері ринку інформаційних послуг.

8. Договори у сфері інвестиційної діяльності.

Зазначений перелік, безумовно, не є вичерпним.

За економіко-правовими результатами виокремлюються такі різновиди господарських договорів:

1. Збутові, за допомогою яких здійснюється збут результатів (оплатне відчуження) господарської діяльності, які набули майново-товарної форми. За цими договорами відбувається перехід права власності на товар від одних суб'єктів економічної діяльності до інших. Такі договори можуть мати: а) позамережну природу (сторони такого договору не є учасниками підприємницьких мереж); б) внутрішньомережну природу (де сторони договору є учасниками виробничих мереж, кластерів, ТНК; об'єктом таких договорів є не кінцева, а проміжна продукція).

2. Договори на передання майна в користування. До цієї групи належать договори, за якими відбувається надання майна (у широкому значенні слова) у платне користування. Типовими прикладами таких договорів є договір оренди, за яким одна сторона (орендодавець) передає другій стороні (орендареві) за плату на певний термін у користування майно для здійснення господарської діяльності; договори щодо надання в користування майнових прав інтелектуальної власності тощо.

3. Договори на надання послуг покликані «обслуговувати» ринковий обмін майна (у широкому значенні слова) в товарній формі. Укладання таких договорів, як правило, зумовлене укладанням інших договорів (збутових і на передання майна в користування). До цієї групи належать договори транспортного експедирування, складського зберігання, банківського рахунка, страхування комерційних ризиків, договори щодо надання послуг з оцінювання вартості майна, на управління майном, а також посередницькі договори, які сприяють ринковому обміну результатів як матеріального, так і нематеріального виробництва (комісія, доручення, агентські та дистриб'юторські договори та ін.) тощо.

4. Договори на виконання робіт пов'язані, як правило, із проектуванням, будівництвом нових, розширенням, реконструкцією, капітальним ремонтом та реставрацією чинних об'єктів і споруд як виробничого, так і невиробничого призначення (невиробничі фонди), із ремонтом або поліпшенням якісних характеристик виробничого обладнання тощо.

За формою та ступенем організації ринку, у межах якого укладено договір, виділяємо:

1. Біржові договори: а) з реальним товаром; б) ф'ючерсні контракти, об'єктом яких є товар, що буде виготовлено в майбутньому.

2. Договори, укладені в межах звичайних виробничих ринків (ринків робіт, послуг).

3. Договори, укладені в межах електронного ринку (через мережу Інтернет).

За порядком узгодження договірних умов господарські договори диференціюються на такі види:

1. Взаємоузгоджені – договори, умови яких узгоджуються в індивідуальному порядку між сторонами договору, зокрема і під час залучення проформ, що мають рекомендаційний характер.

2. Рамкові договори, які поділяються на: а) договори приєднання, умови яких встановлено однією зі сторін у формулярах або інших стандартних документах і які можуть бути укладені тільки шляхом приєднання другої сторони до запропонованого договору в цілому; б) нормативно-рамкові договори, сторони яких не можуть відступити від змісту типового договору (що утворює його змістовий каркас), затвердженого Кабінетом Міністрів України чи іншим органом державної влади, або мають тільки право конкретизувати (доповнити) зміст чи змінити за взаємною згодою окремі договірні умови примірного договору, рекомендованого органом управління суб'єкту господарювання.

За порядком визначення ціни товару серед господарських договорів вирізняються:

1. Договори з вільними ринковими цінами: а) тверда договірна ціна, визначена на основі твердого кошторису, який може коригуватися тільки в окремих випадках за згодою сторін, у визначеному договором порядку (зміна такої ціни після укладення договору дозволяється тільки у випадках та на умовах, визначених договором або нормами чинного законодавства; б) приблизна (динамічна) договірна ціна, визначена на основі кошторису, що підлягає коригуванню з урахуванням наступних уточнень обсягів робіт, цін на ресурси та на інших підставах, передбачених у договорі.

2. Договори з державними цінами: а) фіксованими; б) регульованими (регулювання цін і тарифів є одним з основних засобів державного регулювання господарської діяльності).

За характеристикою оферти, яка використовується під час укладання тих чи інших різновидів господарських виробничих договорів, вирізняємо:

1. Договір з індивідуалізованою офертою (індивідуалізованою офертою є пропозиція щодо укладення договору, звернена до конкретного адресата). Переважна більшість комерційних договорів є договорами з індивідуалізованою офертою.

2. Договір з колективною офертою (колективною офертою є пропозиція щодо укладення договору, звернена одразу до кількох заздалегідь відомих адресатів (так званого колективу) на аукціонах (публічних торгах), біржах тощо з метою укладення договору тільки з одним із них (зазвичай з тим, хто запропонує найкращу ціну)).

3. Договір з конкурсною офертою (конкурсною офертою є пропозиція щодо укладення договору, звернена в умовах конкурсу оферентів одному адресату, який за результатами конкурсу визначає найкращу з оферт, яку акцептує. Конкурсна оферта використовується при укладенні низки господарських договорів, де однією зі сторін є орган державної влади місцевого самоврядування, який зобов'язується укласти означений договір не з кожним, хто до нього звернеться, а з тим суб'єктом економічної діяльності (оферентом), який запропонує найкращі умови своєї участі в договорі, що найбільшою мірою дозволить забезпечити реалізацію загальносуспільних потреб.

4. Договір із публічною офертою¹. Публічною офертою є пропозиція, звернена до так званої «публіки» (необмеженого кола адресатів), яка виражає намір оферента вважати себе зобов'язаним у випадку її прийняття будь-якою іншою особою. Публічна оферта є різновидом оферт, що використовуються під час укладання договорів, про чинність яких може йтися тільки за наявності другого елементу домовленості – акцепту (тільки в такому випадку виникає договір як такий). Особливістю договору з публічною офертою є те, що його умови мають бути однаковими для «публіки» – невідомого заздалегідь кола осіб, які відчувають потребу в товарах (у широкому значенні слова), що запропоновано придбати (якщо тільки чинним законодавством їм не надано відповідні пільги).

Вищенаведені класифікаційні критерії не є вичерпними, що зумовлено безперервною еволюцією господарського обороту, одним з основних правових засобів упорядкування якого виступає господарський договір.

¹ За ст. 633 ЦК України публічним визнається договір, у якому одна зі сторін – підприємець взяла на себе обов'язок здійснювати продаж товарів, виконання робіт або надання послуг кожному, хто до неї звернеться. Однак у цьому випадку очевидним є те, що договору як такого ще не існує (ним є домовленість двох або більше сторін), а йдеться про один із різновидів оферти – публічну (абстрактну) оферту.

Розділ VI

Земельні правочини: сутність, класифікація та особливості

Чинне земельне законодавство надає громадянам та юридичним особам, які стали власниками земельних ділянок у результаті приватизації землі або отримали земельні ділянки у приватну власність на інших підставах, широке коло повноважень, включаючи й повноваження щодо розпорядження цими ділянками шляхом укладення правочинів, не заборонених законом. Але правове поле для функціонування повноцінного та легального ринку земельних ділянок у державі ще повністю не сформоване. Це обумовлює ситуацію, коли практична реалізація власниками земельних ділянок своїх повноважень щодо розпорядження землею нерідко ускладнюється наявністю в земельному та цивільному законодавстві суперечливих положень та певних прогалин. Окрім того, іноді має місце штучне створення перешкод шляхом блокування розпорядницьких дій власників земельних ділянок неправильним тлумаченням посадовцями органів державної виконавчої влади та органів місцевого самоврядування окремих правових приписів, що стосуються укладення «земельних» правочинів.

Слід зазначити, що проблема земельних правочинів є складовою більш загальної проблеми договорів в екологічному праві. Свого часу А. К. Соколовою було обґрунтовано існування самостійного правового інституту договорів на користування природними ресурсами та запропоновано розширювати сферу застосування договірної форми природокористування, що має забезпечувати найбільш повну самостійність та ініціативу природокористувачів, їх юридичну рівність і сприятиме більш ефективному та раціональному використанню основних природних ресурсів (земель, вод, лісів та ін.) в умовах переходу до ринкових відносин у зазначеній сфері. Еколого-правовим договором

запропоновано визначати угоду двох і більше сторін з приводу використання природних ресурсів та об'єктів, їх відтворення і охорони навколишнього природного середовища, у якій визначаються права та обов'язки сторін для досягнення єдиної мети при додержанні еколого-правових приписів. Такі договори пропонується класифікувати за предметом та об'єктом правового регулювання на земельно-правові, водно-правові, лісо-правові та ін.; за цільовою спрямованістю – оренда природних ресурсів, договір на відтворення природних ресурсів, договір на виконання природоохоронних заходів та ін.¹

Договір у галузі природокористування та охорони навколишнього природного середовища іноді визначається в літературі як самостійний правовий інструмент, що входить до складної системи правового регулювання договірних відносин у цій сфері. На екологічний зміст договору впливають імперативні норми права, а також положення екологічного характеру, які сторони самостійно включають у договір².

У російській еколого-правовій літературі поставлено питання про існування публічно-правових договорів у природоресурсному праві. Такі договори, на думку представника еколого-правової науки, виникають тоді, коли в умовах формально-юридичного рівноправ'я бере участь держава, яка, вирішуючи власні економічні завдання, прагне внести в такі відносини елементи владного впливу, особливо у сфері природокористування, де держава уповноважена від імені народу на здійснення великого спектру управлінських функцій, є власником природних ресурсів і тому виступає як сторона зобов'язань – як учасник господарського обігу та як виразник соціальних інтересів. Автор підкреслює необхідність поєднання договірних засад із владними важелями, яка й реалізується в такому правовому інституті, як публічно-правовий договір³.

Викладене певною мірою стосується і правочинів у сфері земельних відносин. Грунтовне дослідження теоретичних і практичних аспектів правочинів щодо земельних ділянок було проведено П. Ф. Кулиничем. У роботі він розглянув ряд спірних і недостатньо чітких

¹ Див.: Соколова, А. К. Договори на користування природними ресурсами [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.06 / А. К. Соколова. – Х., 1993. – С. 5–11.

² Див.: Геталова, М. А. Договорные отношения в области охраны окружающей среды [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.06 / М. А. Геталова. – М., 2002. – С. 4.

³ Див.: Хаустов, Д. В. Публично-правовые договоры как особый инструмент государственного регулирования природопользования [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.06 / Д. В. Хаустов. – М., 2003. – С. 17.

положень земельного та цивільного законодавства щодо укладення таких правочинів, запропонував доктринальне їх тлумачення та дав конкретні поради щодо застосування відповідних правових норм на практиці¹.

У сучасних умовах сфера застосування договірних засад у галузі земельних відносин розширюється, оскільки на договірній основі виникає, реалізується та припиняється значна частина сучасних земельних прав. Це обумовлено тим, що договори передусім регулюють земельно-майнові відносини. Окрім того, договірна форма застосовується і щодо інших земельних відносин.

Договірні засади пов'язують перш за все з правовою регламентацією обігу земельних ділянок.

Слід зазначити, що основні особливості суб'єктивних прав на землю в Україні зумовлені специфікою їх об'єкта – земель. Ураховуючи те, що земельна ділянка, будучи об'єктом, з приводу якого можуть виникати суб'єктивні права як фізичних, так і юридичних осіб, характеризується істотними особливостями, що вирізняють її з-поміж інших об'єктів, земельні відносини обґрунтовано регулюються приписами окремої галузі права – земельного права України. Норми ж цивільного законодавства можуть застосовуватися до регламентації таких правовідносин лише в тому випадку, якщо вони не врегульовані земельно-правовими нормами (у субсидіарному порядку). У цього загального правила є окремі винятки. Так, відповідно до ст. 131 Земельного кодексу України (далі – ЗК України) громадяни та юридичні особи України, а також територіальні громади та держава мають право набувати у власність земельні ділянки на підставі міни, ренти, дарування, успадкування та інших цивільно-правових угод. Укладення таких угод згідно з наведеною нормою здійснюється відповідно до ЦК України з урахуванням вимог ЗК України.

Як бачимо, у цьому випадку законодавець віддає пріоритет нормам саме ЦК України в регламентації певної сфери суспільних відносин.

Особливості обігу земельних ділянок обумовлені специфічними рисами, притаманними цим об'єктам права власності та права користування. Ідеться, зокрема, про абсолютну нерухомість земельної ділянки, її фіксований розмір та конфігурацію, специфічний (індивідуальний) правовий режим, цільове призначення та використання, ви-

¹ Кулинич, П. Ф. Правочини щодо земельних ділянок: деякі теоретичні та практичні аспекти [Текст] / П. Ф. Кулинич // Земельне право України. – 2006. – № 4. – С. 28–38.

значені природні якості й фізичні властивості. Земельна ділянка, будучи предметом земельних правочинів, виступає невід'ємною й головною складовою довкілля, основним національним багатством та водночас нерухомим майном. Специфіка обігу земельних ділянок пов'язана перш за все з незмінністю їх місця розташування. Земельну ділянку об'єктивно не можна перемістити з одного місця в інше. Визнання цивільним правом земельних ділянок нерухомістю саме й базується на наведеній особливості цього об'єкта природи. У процесі обігу земельних ділянок переміщення даного об'єкта не відбувається, тому більш коректно і правильно говорити не про обіг земельних ділянок, а про обіг прав на них. Аналізуючи правове регулювання обігу земельних ділянок, П. Ф. Кулинич прийшов до обґрунтованого висновку, що під обігом земельних ділянок слід розуміти перехід від однієї особи до іншої правомочності розпорядження (у складі права власності) або права володіння земельною ділянкою. На його думку, термін «обіг земельних ділянок», будучи юридичною категорією, служить для позначення сукупності врегульованих правом таких суспільних відносин, у межах яких відбувається перехід прав на земельні ділянки від однієї особи до іншої¹.

Прийнято вважати, що цей обіг, будучи об'єктом правового регулювання, здійснюється в певних правових формах та характеризується певними правовими наслідками. Одним з основних та домінуючих правових наслідків такого обігу виступає перехід (передача) суб'єктивних земельних прав від однієї особи до іншої. Ідеться, зокрема, про те, що одна особа (носій прав на земельну ділянку) передає ці права іншому суб'єкту права, який набуває відповідних прав на конкретну земельну ділянку в порядку, встановленому законом.

У земельно-правовій літературі залежно від характеру нормативно-правових актів, які регулюють обіг земельних ділянок, та юридичних фактів, на підставі яких відбувається перехід прав на земельні ділянки, слушно розрізняють адміністративний, ринковий, цивільний та змішаний обіг земельних ділянок².

В аспекті досліджуваної теми інтерес становить питання щодо цивільного обігу земельних ділянок, який здійснюється на підставі цивільних правочинів. На відміну від адміністративного обігу земель-

¹ Кулинич, П. Ф. Правове регулювання обігу земельних ділянок [Текст] / П. Ф. Кулинич // Земельне право України : підручник. – К. : Ін Юре, 2008. – С. 330.

² Див.: Кулинич, П. Ф. Земельне право України [Текст] : підручник / П. Ф. Кулинич, В. І. Семчик, М. В. Шульга. – К. : Ін Юре, 2008. – С. 330.

них ділянок, в основі якого лежить перехід прав на земельні ділянки на підставі рішень органів державної влади та органів місцевого самоврядування відповідно до їх компетенції, визначеної законом, у цивільному обігу перехід права на земельну ділянку від однієї особи до іншої відбувається шляхом укладення цими особами відповідного правочину щодо конкретної земельної ділянки.

У межах цивільного обігу самостійне місце займає ринковий обіг як його різновид. Останній поділяється на два підвиди: ринковий обіг, що обслуговує відчуження земельних ділянок у власність, та ринок права оренди земельних ділянок.

Як зазначалося вище, важливою юридичною ознакою будь-якого обігу земельних ділянок, а точніше прав на них, виступає передача цих прав від однієї особи до іншої.

Відомо, що найбільш повним правом на земельну ділянку виступає право власності на цей об'єкт природи. Права власника земельної ділянки – це сукупність наданих йому законом суб'єктивних правомочностей щодо володіння, користування та розпорядження земельною ділянкою. Іншими словами, належність у суб'єкта земельної ділянки на підставі права власності передбачає наявність у цього суб'єкта правомочностей щодо володіння, користування та розпорядження землею, які в сукупності становлять зміст права власності.

У разі відчуження конкретної земельної ділянки відбувається перехід усіх трьох названих правомочностей від однієї особи – власника, яка відчужує земельну ділянку, до іншої особи, яка набуває її у власність. При цьому власник земельної ділянки реалізує насамперед ключову правомочність щодо розпорядження земельною ділянкою, сутність якої полягає в законодавчо закріпленій можливості власника земельної ділянки вирішувати її юридичну долю шляхом вчинення дій, які не суперечать нормам чинного законодавства. Так, відповідно до ст. 90 ЗК України власник земельної ділянки має право: а) відчужувати земельну ділянку на підставі цивільно-правових угод; б) передавати земельну ділянку в спадщину та ін.

Таким чином, зміна власника земельної ділянки виступає безперечним доказом факту обігу прав на цю ділянку, який відбувся при укладенні правочину про її відчуження.

Разом з тим власник земельної ділянки може розпорядитися нею в такий спосіб, за якого він залишає за собою одну з правомочностей права власності – право розпорядження, а решту правомочностей – право володіння та право користування землею – передає іншій особі.

У результаті такої передачі власником належних йому правомочностей щодо володіння та користування земельною ділянкою набувач цих правомочностей у повному обсязі отримує можливість монополюно фізично володіти та користуватися її споживчими властивостями: здійснювати забудову, вирощувати сільськогосподарську продукцію та ін.

При цьому важливо підкреслити, що за загальним правилом при передачі прав на володіння та користування земельною ділянкою відбувається зміна особи, яка монополюно фізично володіє земельною ділянкою та використовує її властивості.

Аналіз земельного законодавства свідчить, що в ряді випадків щодо земельних ділянок укладаються такі правочини, згідно з якими від однієї особи до іншої відбувається перехід лише правомочності користування земельною ділянкою. Ідеться про обмежене користування землею, наприклад, при встановленні сусідського земельного сервіту. Особа, в інтересах якої встановлений сусідський земельний сервіт, набуває права обмеженого користування чужою земельною ділянкою (право проходу, проїзду тощо). При цьому титульний власник чи користувач не втрачають права користування нею і продовжують використовувати цю земельну ділянку одночасно з особою, в інтересах якої встановлений сусідський земельний сервіт. У цьому випадку передача права обмеженого користування земельною ділянкою не свідчить про факт обігу відповідного права.

Відомо, що основною правовою формою цивільного обігу земельних ділянок та прав на них виступає правочин (угода). За цивільним законодавством правочином вважається дія особи, спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків (ст. 202 ЦК України). ЦК України (глава 16) закріплює й загальні вимоги щодо укладення таких правочинів.

Однак слід зазначити, що правова регламентація земельних відносин, зокрема тих, які мають земельно-майновий характер, забезпечується не тільки цивільним, а й земельним законодавством.

Співвідношення норм цивільного та земельного законодавства прийнято розглядати як співвідношення загальних і спеціальних норм. Це означає, що у випадку розбіжності між нормами цивільного й земельного законодавства, які одночасно регулюють перехід прав на землю, пріоритет у застосуванні мають земельно-правові норми.

Пріоритет земельно-правових норм у зазначеній сфері відносин, які мають забезпечувати публічно-правові засади регламентації, складає необхідне підґрунтя для закріплення земельним законодавством певного балансу публічних та приватних інтересів.

Із ст. 131 ЗК України випливає, що громадяни та юридичні особи України, а також територіальні громади та держава мають право набувати у власність земельні ділянки на підставі міни, ренти, дарування, успадкування та інших цивільно-правових угод. Ця норма підкреслює, що укладення таких угод здійснюється відповідно до ЦК України з урахуванням вимог ЗК України.

Таким чином, цивільне законодавство, регулюючи відносини щодо укладення цивільних правочинів, які стосуються земельних ділянок, має враховувати земельно-правові вимоги до укладення цивільних правочинів щодо земельних ділянок. Такі вимоги закріплені в ст. 132 та інших статтях ЗК України. Так, загальний зміст угод щодо земельних ділянок, визначений ст. 132 ЗК України, повинен включати: а) назву сторін (прізвище, ім'я, по батькові громадянина, назва юридичної особи); б) вид угод; в) предмет угоди (земельна ділянка з визначенням місця розташування, площі, цільового призначення, складу угідь, правового режиму тощо); г) документ, що підтверджує право власності на земельну ділянку; ґ) відомості про відсутність заборон на відчуження земельної ділянки; д) відомості про відсутність або наявність обмежень щодо використання земельної ділянки за цільовим призначенням (застава, оренда, сервітути тощо); е) договірну ціну; є) права та обов'язки сторін; ж) кадастровий номер земельної ділянки; з) момент переходу права власності на земельну ділянку. Додатком до угоди, за якою здійснюється відчуження земельної ділянки приватної власності, є державний акт на право власності на земельну ділянку, що відчужується (або відчужувалась). Угоди про перехід права власності на земельну ділянку підлягають нотаріальному посвідченню та державній реєстрації.

Аналіз земельно-правових приписів про регламентацію укладення угод щодо земельних ділянок свідчить, що їх питома вага превалює, є значно більшою, ніж частка відповідних цивільно-правових норм. У зв'язку з цим угоди щодо земельних ділянок часто називають «земельними правочинами»¹. У літературі підкреслюється, що земельний правочин – це дія двох чи більше осіб, спрямована на виникнення, зміну чи припинення права на земельну ділянку².

За своїм складом земельні правочини не є однорідними і у зв'язку з цим можуть бути класифіковані на відповідні групи.

¹ Далі за текстом щодо земельних угод використовується термін «земельні правочини» (договори).

² Див.: Кулинич, П. Ф. Земельне право України [Текст] : підручник / П. Ф. Кулинич, В. І. Семчик, М. В. Шульга. – К. : Ін Юре, 2008. – С. 336.

Так, серед земельних правочинів можна виокремити групу правочинів, спрямованих на передачу земельних ділянок у власність. До складу цієї групи входять правочини міни, купівлі-продажу, дарування та ін.

Окреме місце займає група споріднених земельних правочинів – договору ренти, довічного утримання та ін. Це так звані алеаторні договори. За цими договорами одна сторона (відчужувач) передає земельну ділянку іншій стороні (набувачеві), а той, у свою чергу, зобов'язується утримувати відчужувача, сплачувати йому певні суми або виконувати його розпорядження довічно.

Окрім земельних правочинів, які опосередковують перехід права власності на земельну ділянку, можна виокремити правочини щодо земельних ділянок, не пов'язаних з переходом права власності на земельні ділянки. В останньому випадку йдеться про правочини, спрямовані на тимчасове користування земельною ділянкою, наприклад, використання земельної ділянки на умовах оренди (суборенди) та ін.

У складі земельних правочинів, як і серед цивільних правочинів, можна розрізняти односторонні та дво- чи багатосторонні (договори). Одностороннім земельним правочином вважається дія однієї сторони, яка може бути представлена однією або кількома особами. До односторонніх земельних правочинів щодо земельних ділянок відносяться договір дарування земельної ділянки, добровільна відмова власника земельної ділянки від права власності на цю ділянку на користь держави чи територіальної громади, заповіт та ін.

До двосторонніх земельних правочинів належать: договір купівлі-продажу земельних ділянок; договір міни; договір про спільну власність на земельну ділянку; договір ренти; договір про довічне утримання особи, що є власником земельної ділянки; установчий договір про створення господарського товариства з передачею до його статутного фонду права власності чи права користування земельною ділянкою; договір оренди земельної ділянки; договір про встановлення емфітевзису; договір про встановлення суперфіцію; договір застави та ін.

Специфіка земельних правочинів обумовлена цільовим призначенням земельних ділянок та належністю їх до тієї чи іншої конкретної категорії земель України. Так, наприклад, ст. 130 ЗК України закріплює вичерпний перелік осіб, які можуть бути покупцями земельних ділянок сільськогосподарського призначення для ведення товарного сільськогосподарського виробництва. Такими покупцями можуть бути: 1) громадяни України, які мають сільськогосподарську освіту або досвід роботи

у сільськогосподарському господарстві чи займаються веденням товарного сільськогосподарського виробництва; 2) юридичні особи України, установчими документами яких передбачено ведення сільськогосподарського виробництва. Ця норма також указує, що переважне право купівлі земельних ділянок сільськогосподарського призначення мають громадяни України, які постійно проживають на території відповідної місцевої ради, де здійснюється продаж земельної ділянки, а також відповідні органи місцевого самоврядування.

У процесі реалізації земельної реформи з'являються нові та ускладнюються існуючі договірні конструкції в галузі земельних відносин. Достатньо зазначити, що згідно зі ст. 127 ЗК України органи державної влади та органи місцевого самоврядування відповідно до їх повноважень здійснюють на договірних засадах продаж земельних ділянок державної чи комунальної власності або прав на них (оренди, суперфіцію, емфітевзису) громадянам, юридичним особам та іноземним державам на підставах та в порядку, встановлених цим Кодексом. Крім того, громадяни та юридичні особи України, а також територіальні громади та держава мають право набувати у власність земельні ділянки на підставі міни, ренти, дарування, успадкування та інших цивільно-правових договорів (ст. 131 ЗК України). Серед договорів у галузі земельних відносин також розрізняють: договір про спільну власність на земельну ділянку; договір про довічне утримання особи, яка є власником земельної ділянки; договір про переуступку частки у праві власності на земельну ділянку; установчий договір про створення господарського товариства з передачею земельної ділянки чи права користування земельною ділянкою до статутного фонду та ін.

Застава земельних ділянок або прав на них теж здійснюється на договірних засадах (ст. 133 ЗК України).

Норми відповідних договорів регулюють відносини переважно у сфері ринкового обігу земельних ділянок та прав на них¹, земельні та інші права й обов'язки, що виникають у результаті правомірних дій суб'єктів. Саме у процесі такого обігу виникають та припиняються земельні права, тобто права на конкретні земельні ділянки. При цьому

¹ Ринковим обігом вважаються врегульовані нормами чинного законодавства суспільні відносини, що виникають між відповідними суб'єктами у процесі переходу прав на земельні ділянки з підстав і в порядку, передбаченому законом, договором, рішенням суду (див.: Носік, В. В. Правове регулювання ринкового обігу земельних ділянок [Текст] / В. В. Носік // Земельне право України : підручник / за ред. М. В. Шульги. – К. : Юрінком Інтер, 2004. – С. 203.

йдеться не тільки про право власності на земельні ділянки. Договірні засади також покладені в основу використання земельних ділянок та земельних часток (паїв) на умовах оренди чи суборенди.

Законодавством передбачені й інші випадки оформлення договором відносин, пов'язаних з використанням землі. Так, наказом Мінлісгоспу України від 12 грудня 1996 р. № 153 затверджений Типовий договір про умови ведення мисливського господарства, згідно з яким користувачу мисливських угідь у строкове користування надаються мисливські угіддя для ведення мисливського господарства. До їх складу входять лісові, польові та водно-болотні угіддя, тобто конкретні земельні ділянки, які характеризуються певними властивостями.

Відповідно до ст. 97 ЗК України підприємства, установи та організації, які здійснюють геологознімальні, пошукові, геодезичні та інші розвідувальні роботи, можуть проводити такі роботи на підставі угоди з власником землі або за погодженням із землекористувачем. У цьому випадку йдеться про угоду не щодо надання земельної ділянки для здійснення розвідувальних робіт, а про угоду, якою визначається порядок використання земель для зазначених цілей. Така угода укладається між власником земельної ділянки і юридичною особою, яка здійснює розвідувальні роботи. На жаль, юридична природа зазначеної угоди законодавством чітко не визначена, серед її істотних умов названі лише строки й місце проведення розвідувальних робіт.

Усе викладене вимагає науково обґрунтованих оцінок та прогнозів правового регулювання відповідних відносин.

Відомо, що згідно з конституційними приписами та нормами чинного ЗК України обіг земельних ділянок і прав на них повинен здійснюватись у певних визначених законом правових формах. Важливе місце серед цих форм займають правочини. При цьому слід зазначити, що чинний ЗК України не оперує терміном «правочини», а вживає терміни «договори» та «угоди» щодо набуття та припинення земельних прав. Так, глава 20 ЗК України має назву «Продаж земельних ділянок або прав на них на підставі цивільно-правових договорів». Згідно зі ст. 142 ЗК України добровільна відмова від права власності на земельну ділянку оформлюється укладенням угоди про передачу права власності на земельну ділянку. Як зазначалося вище, підприємства, установи та організації, які здійснюють геологознімальні, пошукові, геодезичні та інші розвідувальні роботи, можуть проводити такі роботи на підставі угоди з власником землі.

У ході аналізу та вивчення всієї сукупності договорів у зазначеній сфері важливого практичного значення набуває їх класифікація, тобто поділ на певні класифікаційні утворення з урахуванням конкретних підстав. Такий поділ створює можливість не тільки виокремити їх основні риси чи істотні ознаки, а також окреслити специфіку того чи іншого договору, визначити його місце в системі земельно-правових відносин. Окрім того, класифікація наведених договорів (як і будь-яких інших явищ) сприятиме систематизації накопичених знань і забезпечуватиме належне використання понять і термінів. Варто зазначити, що вдало проведена класифікація дозволить сформулювати низку загальних положень щодо характеристики всіх договорів, які складають ту чи іншу групу, що значно полегшить їх застосування.

Цінність класифікації договорів викликана ще й тим, що правильно і вдало побудована система договорів у галузі земельних відносин створюватиме основу для правильного уявлення щодо її сутності.

Встановлення критеріїв поділу договорів у галузі земельних відносин допомагатиме при класифікації договірних правовідносин у практичній діяльності суб'єктів правозастосування.

Уся сукупність зазначених договорів може бути поділена на однорідні класифікаційні утворення за тим чи іншим конкретним критерієм. Залежно від мети за основу класифікації договорів у галузі земельних відносин може бути покладена конкретна підстава.

Переважна більшість договорів, пов'язаних із земельними ділянками, види, зміст та порядок укладення яких визначені ЗК України, мають цивільно-правовий характер. Отже, до регламентації відносин, які формуються у процесі їх укладення та виконання, можуть застосовуватися цивільно-правові приписи та методи цивільного права. Це стосується й можливості використання усталених цивільно-правових підходів до класифікації договорів.

Відомо, що доктрина цивільного права для поділу договорів на окремі групи традиційно застосовує два способи – дихотомії та направленості зобов'язання, яке породжується договором. Другий спосіб класифікації договорів має вирішальне значення як у теоретичному, так і в практичному аспекті. Саме цей спосіб визначає, наприклад, систему (послідовність) розташування договірних інститутів у ЦК України.

Залежно від цілей, які ставляться, обґрунтування класифікації договорів за їх окремими властивостями може бути проведене за різними ознаками.

Але при поділі договорів у галузі земельних відносин слід мати на увазі, що за своєю юридичною природою договори із земельними ділянками мають не лише приватно-правовий, а й публічно-правовий характер. Ідеться, зокрема, про договори, які стосуються земельних ділянок, що перебувають у державній чи комунальній власності. Укладення і виконання договорів щодо таких земельних ділянок обов'язково опосередковується рішенням органів державної виконавчої влади та органів місцевого самоврядування. Саме в них вирішується питання про віднесення тієї чи іншої земельної ділянки до певної категорії земель, встановлення або зміну цільового призначення земельної ділянки, затвердження проекту відведення земельної ділянки та ін.

Що ж стосується земельних ділянок приватної власності, то і в цьому випадку договірні відносини теж зазнають публічно-правового впливу. Ідеться, зокрема, про видачу державного акта на право власності на земельну ділянку, присвоєння кадастрового номера земельній ділянці та державну реєстрацію земельних прав. Слід також підкреслити, що згідно з чинним земельним законодавством перехід прав на будь-яку земельну ділянку пов'язаний з обов'язковим проведенням її грошової оцінки.

Викладене дає підстави для висновку про те, що правова регламентація договорів у галузі земельних відносин вимагає комплексного підходу до застосування приписів та методів як приватно-правового, так і публічно-правового характеру. При цьому правове забезпечення переходу земельних ділянок чи прав на них на договірних засадах має здійснюватися з урахуванням того, що в зазначеному випадку норми цивільного законодавства співвідносяться з нормами земельного законодавства як загальні й спеціальні. Як підкреслюється в ч. 2 ст. 131 ЗК України, укладення угод щодо набуття права власності на земельні ділянки на підставі міни, ренти, дарування, успадкування та інших цивільно-правових угод здійснюється відповідно до ЦК України з урахуванням вимог ЗК України.

Саме наведений підхід до розуміння юридичної природи договорів із земельними ділянками має враховуватися при проведенні класифікації договорів на певні види, а також необхідно вказати на особливості щодо форми, чинності та їх змісту.

Цивільно-правова доктрина залежно від підстав укладення договорів поділяє їх на вільні та обов'язкові.

Дія принципу свободи договору обумовлює те, що значна кількість договорів (у тому числі й щодо земельних ділянок), які укладаються

в умовах ринкової економіки, є вільними. Їх укладення залежить винятково від волевиявлення та розсуду сторін.

У тому ж випадку, коли укладення договору є обов'язковим для сторін (або навіть однією із сторін), ідеться про обов'язковий договір. Обов'язковий договір укладається на підставі рішення органу державної влади, органу влади АР Крим, органів місцевого самоврядування, яке є обов'язковим для сторін (сторони) договору. Специфіка обов'язкового договору полягає в тому, що його зміст має відповідати змісту зазначеного акта уповноважених органів, особливості його укладення встановлюються нормами земельного законодавства, розбіжності, які виникають між органами при укладенні цього договору, на підставі законодавчого припису вирішуються судом.

Оскільки укладення та виконання обов'язкових договорів із земельними ділянками опосередковано рішеннями органів державної влади та місцевого самоврядування, можна говорити про публічно-правовий характер цих договорів. Такий характер зазначених договорів обумовлений рішеннями уповноважених органів щодо визначення правового режиму земельної ділянки як предмета угоди, а також оформленням прав на земельні ділянки. Ідеться, зокрема, про рішення, які складають основу для віднесення тієї чи іншої земельної ділянки до певної категорії земель, встановлення чи зміни цільового призначення земельної ділянки, затвердження проекту відведення земельної ділянки, видачі державних актів на право власності на землю та право постійного користування, державної реєстрації прав і оформлення документів, які посвідчують земельні права, тощо.

Отже, серед обов'язкових договорів самотійне місце посідають публічні договори. Публічний договір у земельно-правовому розумінні відрізняється від інших публічних договорів, відомих, наприклад, цивільному та адміністративному праву.

Так, відповідно до ст. 633 ЦК України публічним вважається договір, у якому одна сторона (підприємець) взяла на себе обов'язок здійснювати продаж товарів, виконання робіт або надання послуг кожному, хто до неї звернеться (роздрібна торгівля, перевезення транспортом загального користування, послуги зв'язку, медичне, готельне, банківське обслуговування тощо). На думку представників цивільно-правової науки, публічний договір у сучасних умовах регульованої державою ринкової економіки не тільки відіграє значну роль, а й пов'язаний із подальшим утвердженням принципів рівності всіх форм власності, свободи підприємницької діяльності та договору. Зростання ролі публічних договорів вони пов'язують з розвитком ма-

лого та середнього підприємництва, а їх специфіку – з особливостями укладення таких договорів¹.

Відомо, що цивільно-правові договори регулюють різноманітні й динамічні відносини економічного обороту. У зв'язку з цим з точки зору наукової моделі принципово можливе проведення їх класифікації залежно від сфери економічних та соціальних відносин, які регламентуються договорами. За цим критерієм зазвичай виокремлюються договори у сфері агропромислового комплексу, освіти, культури, сімейних відносин та ін. Отже, можна говорити і про договори у сфері земельних відносин.

За предметом регулювання відносно самостійну та однорідну групу становлять договори у сфері земельних правовідносин, які можна умовно назвати «земельними» договорами. За цим критерієм «земельні» договори можуть бути поділені на майнові та особисті. Так, приватні власники земельних ділянок можуть укладати між собою будь-які договори, не заборонені законом.

У літературі поділ цих договорів зазвичай здійснюють на дві групи. По-перше, це можуть бути звичайні цивільно-правові договори, для укладення яких статус їх учасників (носіїв земельних прав) значення не має. У цьому випадку на приватних власників земельних ділянок поширюються загальні правила, які діють рівною мірою і щодо будь-яких інших осіб, які укладають угоду. Другу ж групу становлять договори, коли є необхідною наявністю спеціального статусу учасників. За загальним правилом ці договори передбачені земельним законодавством (наприклад, добровільна відмова власника від земельної ділянки), але до цієї групи можуть бути включені й угоди, передбачені нормами, наприклад, ЦК України (скажімо, договір довічного утримання за участю приватного власника земельної ділянки).

На думку цивілістів, договори у сфері земельних відносин мають лише приватно-правовий характер і можуть визнаватися цивільними договорами, незважаючи на те, що значна їх частина знаходиться поза межами безпосередньої регламентації нормами ЦК України. Зазвичай це підтверджується посиланням на ст. 131 ЗК України, яка визначає, що громадяни та юридичні особи України, а також територіальні громади та держава мають право набувати у власність земельні ділянки на підставі міни, ренти, дарування, успадкування й інших цивільно-правових угод щодо земельних ділянок.

¹ Див.: Боднар Т. В. Договірне право України. Загальна частина [Текст] : навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнєцова та ін. ; за ред. О. В. Дзери. – К. : Юрінком Інтер, 2008. – С. 330.

Правочинами, за якими може набуватися право користування земельними ділянками, слід вважати: укладення договорів оренди (суборенди) земельних ділянок, встановлення земельного сервітуту, договору на право користування чужою земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (емфітевзис) чи договору на право користування чужою земельною ділянкою для забудови. Крім того, згідно з ч. 1 ст. 413 ЦК України власник земельної ділянки має право надавати її в користування іншій особі для будівництва промислових, побутових, соціально-культурних, житлових та інших споруд і будівель. Таке право виникає на підставі договору або заповіту. Слід також ураховувати, що згідно з ч. 1 ст. 133 ЗК України право користування земельною ділянкою може передаватися в заставу.

Правомірними слід вважати угоди щодо земельних ділянок, укладення яких передбачено чинним законодавством. Так, земельні ділянки можуть використовуватися на підставі договору про спільну часткову власність (він має бути укладений у письмовій формі та нотаріально посвідчений). Земельні ділянки можуть використовуватися для проведення геолого-знімальних, пошукових, геодезичних чи інших розвідувальних робіт на підставі угоди з власником землі або за погодженням із землекористувачем.

Самостійне місце займають побічні договори, які впливають на земельні відносини. Так, виникнення земельних відносин може бути пов'язане з укладенням цивільно-правових угод про перехід права власності на житловий будинок, будівлю або споруду. До побічних може бути віднесений і договір про надання в користування мисливських угідь та ін.

Земельні правочини характеризуються певними особливостями.

Це стосується, наприклад, питань, пов'язаних з поновленням договорів оренди земельних ділянок державної та комунальної власності. Статтею 33 Закону України «Про оренду землі»¹ встановлено, що після закінчення строку, на який було укладено договір оренди землі, орендар, який належно виконував обов'язки відповідно до умов договору, має за інших рівних умов переважне право на поновлення договору. У разі поновлення договору оренди землі на новий строк його умови можуть бути змінені за згодою сторін. У разі, якщо орендар продовжує користуватися земельною ділянкою після закінчення строку договору оренди, то за відсутності письмових заперечень орендодавця протягом одного місяця після закінчення строку договору він підлягає поновленню на той же строк і на тих же умовах, які були передбачені договором. Письмове заперечення здійснюється листом-повідомленням.

¹ Відом. Верхов. Ради України. – 1998. – № 46–47. – Ст. 280.

Таким чином, цією нормою не передбачений порядок автоматичного поновлення договору оренди земельної ділянки в разі відсутності заперечень з боку сторін, а лише визначено, що в цьому випадку договір «підлягає поновленню».

На жаль, наведеною нормою Закон України «Про оренду землі» не визначено чіткого механізму поновлення договору оренди земельної ділянки із земель державної або комунальної власності.

Відповідно до п. 34 ст. 26, п. 2 ст. 77 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні»¹ питання регулювання земельних відносин (у тому числі надання земельної ділянки в оренду та поновлення договору оренди земельної ділянки) вирішується на пленарному засіданні ради – сесії. Водночас спори про поновлення порушених прав юридичних і фізичних осіб, що виникають у результаті рішень, дій чи бездіяльності органів або посадових осіб місцевого самоврядування, вирішуються в судовому порядку.

Отже, законодавством передбачено, що єдиним способом волевиявлення ради, що здійснює право власності від імені територіальної громади, яка відповідно до закону виступає власником землі, щодо регулювання земельних відносин є прийняття рішення сесією місцевої ради.

Слід також зазначити, що відповідно до п. 7 ч. 1 ст. 13 Закону України «Про місцеві державні адміністрації» до відання місцевих державних адміністрацій у межах і формах, визначених Конституцією і законами України, належить вирішення питань використання землі, інших природних ресурсів, охорони довкілля.

Таким чином, законодавством передбачено, що способом волевиявлення державної адміністрації щодо регулювання земельних відносин є прийняття відповідного розпорядження головою державної адміністрації.

Зі змісту наведених вище норм чинного законодавства випливає, що необхідною умовою поновлення договору оренди земельної ділянки, яка перебуває в державній або комунальній власності, виступає наявність відповідного рішення органу, якому належать відповідні повноваження. Якщо землі знаходяться в межах населеного пункту, то таким органом є відповідна рада, якщо ж землі знаходяться за межами населеного пункту, – уповноваженим органом виступають органи виконавчої державної влади.

Аналіз наведених приписів законодавства дає підстави стверджувати, що зобов'язання цього органу поновити договір оренди земельної ділянки за відсутності такого рішення є порушенням його виключного

¹ Голос України. – 1997. – № 102.

права на здійснення права власності від імені Українського народу, передбаченого Конституцією України, яке підлягає захисту.

На відміну від викладеного, відносини найму (оренди) майна врегульовані главою 58 ЦК України. Так, ст. 764 цього Кодексу визначено: якщо наймач продовжує користуватися майном після закінчення строку договору найму, то, за відсутності заперечень наймодавця протягом одного місяця, договір вважається поновленим на строк, який був раніше встановлений договором.

Разом з тим згідно з ч. 2 ст. 759 та ч. 2 ст. 792 ЦК України законом можуть бути передбачені особливості укладення та виконання договору найму (оренди), а відносини щодо найму (оренди) земельної ділянки регулюються законом. Це положення дублює й ч. 6 ст. 93 ЗК України, яка передбачає, що відносини, пов'язані з орендою землі, регулюються законом.

Як бачимо, чинні приписи Закону України «Про оренду землі» про поновлення договору оренди земельної ділянки не узгоджуються з нормами ЦК України щодо порядку поновлення строку договорів оренди. Це породжує проблеми застосування таких норм, неоднозначність судової практики та потребує вдосконалення відповідних правових приписів.

Існують і інші особливості земельних правочинів порівняно з цивільно-правовими договорами. Так, слід мати на увазі, що специфіка правової природи, наприклад, договірної та позадоговірної (деліктної) відповідальності, обумовлена різним характером обов'язків, присутніх у цивільному та земельно-правовому договорі. У першому випадку обов'язок виникає з договору як правомірного факту виникнення зобов'язання, заснованого на автономній волі сторін, у другому – у зв'язку з протиправною поведінкою його учасника, який порушив абсолютне право суб'єкта земельно-правових відносин. Своєю поведінкою, яка спричинила шкоду, особа порушує не конкретний активний обов'язок, заздалегідь передбачений договором (наприклад, забезпечувати раціональне використання та охорону земельної ділянки тощо), а пасивний обов'язок – утриматися від порушення права іншої особи. Отже, викладене дозволяє стверджувати, що договір як різновид земельного правочину не може виступати підставою виникнення зобов'язання з відшкодування заподіяної шкоди землі чи навколишньому природному середовищу. Єдиною такою підставою є факт протиправного заподіяння шкоди, тобто делікт.

Таким чином, аналіз чинного законодавства дав можливість установити найбільш загальні риси, які характеризують договори у сфері земельних відносин.

Розділ VII

Договірне регулювання відносин в аграрній сфері

Глава 1

Особливості класифікації договорів за участю сільськогосподарських товаровиробників

У процесі виробництва сільськогосподарської продукції сільськогосподарські товаровиробники вступають з різними суб'єктами як у зовнішні, так і у внутрішньогосподарські зв'язки. Суттєва роль при цьому відводиться договорам. Договір в умовах ринку є основною правовою формою, визначає нормальні відносини між договірними суб'єктами. Враховуючи важливість договорів, є вчені, які основну увагу звертають на цивільно-правові договори. На їх думку, розвиток правового регулювання договорів, які застосовуються в сільському господарстві й АПК, в цілому, має йти не шляхом усе більшого відокремлення цих інститутів за рахунок включення до них норм, специфічних тільки (або переважно) для АПК, а шляхом застосування загальних принципів договірного права, що мають «наскрізне» значення¹. На сьогодні навряд чи знайдуться серйозні аргументи, які заперечували б роль цивільно-правових договорів, які використовуються для врегулювання майнових відносин у сільському господарстві. Варто погодитися, що при договірному врегулюванні майнових відносин за

¹ Див.: Тимескова, В. С. Договорные отношения в АПК [Текст] : учеб. пособие / В. С. Тимескова. – Л., 1989. – С. 7–15.

участю сільськогосподарських товаровиробників можливо й необхідно застосовувати принципи, загальні положення та нормативні моделі конкретних договорів, закріплені в розділі III ЦК України. Разом з тим, окрім зазначених у ЦК України договорів, сільськогосподарські товаровиробники укладають значну кількість договорів комплексного характеру, які регулюють неоднорідні відносини, що виникають у сфері використання бюджетних коштів, виконання для сільськогосподарських підприємств спеціалізованими господарствами комплексу дій з використання продукції племінного тваринництва та насінництва. Суттєво впливають на зазначені договори також угоди, укладені органами центральної виконавчої влади (Мінагрополітики та продовольства України, Мінфін України) з банками-агентами, державними закупівельними організаціями – замовниками, лізинговими компаніями тощо. Усе це диктує необхідність наукової розробки загальних питань договорів, які мають методологічну значимість для розвитку договірних відносин у цілому і, зокрема, у сільському господарстві, оскільки загальні питання договорів властиві всім договорам, використовуваним у різних сферах суспільного життя¹. Разом з тим це не означає, що в деяких галузевих і внутрішньогалузевих договорах відсутні визначені особливості, які, без сумніву, повинні враховуватися галузевими правовими методами. Зокрема, деякі договори мають особливості, обумовлені специфікою сільськогосподарського виробництва та враховуються в аграрному законодавстві. У цілому специфіка сільського господарства зумовила своєрідність проведення в АПК перетворень та їх правового регулювання, на що звертається увага не тільки в юридичній, але і в економічній літературі².

У правовій літературі висловлена думка, що стосовно господарського договору в сільському господарстві вирішальним у визначенні договору повинен бути спосіб створення його предмета зобов'язання і сфера дії. Якщо предметом зобов'язання повинен бути створений у процесі новий речовий продукт, то договірні відносини сторін будуть опосередковуватися господарським (виробничим) договором. Якщо укладається договір на контрактацію овочів, то, відповідно, договір визначає й обсяг посівних площ, і час посадки, і спосіб обробки, і насінневий матеріал, і т. п.³

¹ Див.: Красавчиков, О. А. Гражданско-правовой договор: понятие, содержание и функции [Текст] / О. А. Красавчиков // Гражданско-правовой договор и его функции. – Свердловск, 1980. – С. 8.

² Див.: Петриков, А. В. Специфика сельского хозяйства и современная аграрная реформа в России [Текст] / А. В. Петриков. – М., 1995. – С. 41.

³ Див.: Лурье, С. М. Договорные отношения сельскохозяйственных предприятий в СССР (теория и практика) [Текст] / С. М. Лурье, М. И. Козырь. – М., 1974. – С. 40–41.

Новий речовий продукт створюється внаслідок виконання договорів контрактації або закупівлі й постачання сільськогосподарської продукції, сировини і продовольства для державних потреб. При достатній аргументації щодо нового речового продукту з економічної точки зору слід віднести результати робіт або послуг за договорами з ремонту, технічного обслуговування тощо. Справа в тому, що економісти визнають результати наданої послуги з технічного сервісу як специфічну форму товару. Але новий речовий продукт може створюватися і за договором підряду. В літературі до 1917 р. зазначалося, що роботи, виконувані підрядником за завданням замовника, породжують відносини, юридичною формою яких виступає договір підряду¹.

Професор А. Г. Первушин, розглядаючи сільськогосподарські договори як різновид господарських договорів, вважає, що при визначенні сільськогосподарського договору необхідно виходити зі сфери його застосування й цільової направленості. Учений зазначає, що під господарським договором сільськогосподарського підприємства слід розуміти майновий договір, направлений на встановлення і врегулювання планованих майнових зв'язків з іншими підприємствами, на досягнення учасниками договору виробничо-господарських завдань². В умовах формування ринкового господарства, різних форм власності це визначення не відповідає сучасному стану розвитку аграрного виробництва. Окрім того, неможливо не відзначити, що на встановлення майнових зв'язків спрямовані майже всі цивільно-правові договори.

Аналізуючи різні точки зору, професор Ц. В. Бычкова робить висновок про сільськогосподарські договори як різновид цивільно-правових, специфіка яких проявляється в нормативному закріпленні протекціонізму сільського господарства, сприятливій сільськогосподарській діяльності, виробничому сприянні сільському господарству³. Варто зазначити, що «протекціонізм», «сприятливість» сільськогосподарської діяльності – це захист державою інтересів усього суспільства, яке має потребу в сільськогосподарській продукції. Тут відбувається прояв публічних засад при розробці спеціальних аграрно-правових

¹ Див.: Мейер, Д. И. Русское гражданское право [Текст]. Ч. 2 / Д. И. Мейер. – По изд. 1902 г. – М., 1997. – С. 295; Шершеневич, Г. Ф. Учебник русского гражданского права [Текст] / Г. Ф. Шершеневич. – По изд. 1907 г. – М., 1995. – С. 371.

² Первушин, А. Г. Хозяйственный договор в деятельности предприятий сельского хозяйства [Текст] / А. Г. Первушин. – М., 1976. – С. 16.

³ Бычкова, Ц. В. Договор в производственно-экономических связях между сельским хозяйством и промышленностью [Текст] / Ц. В. Бычкова. – К. : Наук. думка, 1980. – С. 23.

актів, створюваних органами влади і її суб'єктами. Такі засади в деяких договорах за участю сільськогосподарських товаровиробників можуть бути реалізовані за допомогою закріплених у них обов'язків, наприклад, державних замовників, які здійснюють закупівлю різних видів сільськогосподарської продукції в державні й регіональні продовольчі фонди, надавати їм аванси на пільгових умовах, виділяти товарні кредити під майбутній урожай, здійснювати інші види державної підтримки.

Аналіз наведених вище наукових положень свідчить, що вчені при визначенні особливостей договорів за участю сільськогосподарських товаровиробників звертають увагу тільки на одну з ознак – юридичну (закріплений у нормах протекціонізм, надання виробничої допомоги сільськогосподарським підприємствам, особливий суб'єктний склад та ін.) або виробничу (створення нового речового продукту, особливості сільськогосподарського виробництва). Вважається, що особливості сільськогосподарської діяльності необхідно пов'язувати з виробничо-економічним чинником, основна мета якого – задоволення потреб суспільства в сільськогосподарській продукції. Все це обумовлює необхідність розробки спеціальних аграрно-правових актів, а вони вже формують нормативні моделі договорів, які й будуть ураховувати ці особливості, у тому числі й необхідність державного захисту інтересів сільського господарства, а отже, і інтересів суспільства. На наш погляд, важливою ознакою при характеристиці спеціальних аграрно-правових актів повинна бути єдність і узгодженість у регулюванні всіх сторін сільськогосподарського виробничого процесу.

Незалежно від форми власності й організаційно-правової форми сільськогосподарські підприємства самостійно здійснюють виробничо-господарську діяльність, використовують земельні ділянки як основний засіб виробництва і предмет праці, додержуються вимог земельного й екологічного законодавства. У цьому випадку вони є об'єктом регулювання з боку відповідних державних органів. Будучи суб'єктом господарювання й об'єктом державного регулювання, сільськогосподарські товаровиробники стають таким «соціальним організмом», який своєю діяльністю відповідно до закріпленого правового статусу і правового режиму майна породжує конкретні комплексні складові правових зв'язків внутрішнього й зовнішнього характеру.

Виходячи з цього, до функції аграрного права як самостійної галузі права доцільно було б віднести функцію досягнення оптимальної узгодженості між окремими різнорідними нормами й правовідносинами. На практиці досягнути цього можливо за умови прийняття спеці-

альних аграрно-правових актів і укладення відповідно до них спеціалізованих договорів.

У науці аграрного права певний внесок у вирішення досліджуваного питання зробив професор М. М. Веденін. У цьому контексті є важливими особливості виробничої діяльності в сільському господарстві, на які вказує учений, а саме: переважання біологічного циклу в сільськогосподарському виробництві; особливості контролю за власністю на землю й інші природні об'єкти; переважне значення державного регулювання умов, у яких функціонує аграрний сектор економіки; особливості економічної конкурентоспроможності сільського господарства; особлива значимість структурних змін, пов'язаних із комерціалізацією сільського господарства; величезна соціально-політична значимість розвитку селянства¹. Зазначені особливості визначаються здебільшого галузями земельного, екологічного права.

Аграрне право, враховуючи приписи зазначених галузей права, за допомогою своїх, властивих йому прийомів регулювання, створює такий режим діяльності для сільськогосподарських товаровиробників, який суттєво відрізняється в інших галузях господарювання (промисловість, транспорт, зв'язок).

Необхідно зазначити, що основою виробництва в сільському господарстві є земля, тому особливості сільськогосподарських (аграрно-правових) договорів не можуть бути повністю розкриті без отримання чіткого уявлення про землю як особливий об'єкт. В аграрно-правовій літературі, як правило, зазначаються такі характеристики землі: а) як об'єкт природи земля є умовою всіх процесів праці і виробництва; б) це зумовлює необхідність визнання її об'єктом господарювання; в) природне походження землі визначає її обмеженість; г) земельна нерухомість має багато властивостей і функцій. На основі зазначених та інших аргументів Г. В. Чубуков переконливо доводить, що цивільне право не може врахувати всього різноманіття властивостей землі, а тому повна свобода правочинів із землею, принцип невтручання у приватні справи й інші подібні положення цивільного права не повинні застосовуватися при формуванні правового режиму землі². Вивчення конкретних договорів про купівлю-продаж земельних ділянок, оренду землі й земельних паїв (часток) підтверджують зазначені висновки.

¹ Див.: Аграрное право [Текст]. – М., 1986. – С. 340–341.

² Чубуков, Г. В. Земельная недвижимость в системе российского права [Текст] / Г. В. Чубуков // Государство и право. – 1995. – № 19. – С. 42.

У правовій літературі була висловлена думка щодо відображення в цивільному праві «сільськогосподарської спеціалізації договорів шляхом формування комплексного правового інституту сільськогосподарського договору, який об'єднував би низку самостійних договірних інститутів і опосередковував би виробництво, заготівлю сільськогосподарської продукції, матеріально-технічне забезпечення і виробниче обслуговування сільського господарства»¹.

Визначеність договорів спеціальними аграрно-правовими актами більшою мірою виявляється у сфері використання продукції племінного тваринництва (Закон України «Про племінну справу у тваринництві» від 15 грудня 1993 р. (у редакції від 21 грудня 1999 р.)², виробництва і реалізації молока (Закон України «Про молоко та молочні продукти» від 24 червня 2004 р.)³, вирощування й реалізації високопродуктивного насіння зернових культур (Закон України «Про насіння і садівний матеріал» від 26 грудня 2002 р.)⁴ та ін. Виходячи з цього, конкретний порядок і рекомендації з визначення умов договору щодо вирощування й використання продукції племінного тваринництва й високопродуктивного насіння сільськогосподарськими товаровиробниками може застосовуватися тільки при вивченні і тлумаченні спеціальних аграрно-правових актів.

Таким чином, у сферах кредитування, страхування сільськогосподарських товаровиробників за рахунок спеціальних фондів, закупівлі продукції для державних потреб прийнято значну кількість законів і підзаконних нормативних актів комплексного характеру, де виникають не тільки майнові відносини, а тому одних норм ЦК України про договори страхування, кредиту, як правило, тут недостатньо. Необхідно визнати, що норми ЦК України про цивільно-правові договори, які містять єдині уніфіковані правила обігу будь-яких речей, не можуть забезпечити облік усіх правових режимів земельних фондів, пільгового кредитування й інших видів підтримки сільськогосподарських товаровиробників і створення інших умов господарювання на землі, ніж установлені аграрним законодавством. Разом з тим однаковість зазначених і деяких інших договорів за участю сільськогосподарських товаровиробників дозволить застосовувати загальні положення ЦК Укра-

¹ Див.: Бычкова, Ц. В. Проблемы использования договора в агропромышленном комплексе [Текст] : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / Ц. В. Бычкова. – Харьков, 1981. – С. 3–4.

² Відом. Верхов. Ради України. – 1994. – № 2. – Ст. 7.

³ Там само. – 2004. – № 47. – Ст. 513.

⁴ Там само. – 2003. – № 13. – Ст. 92.

їни про правочини, строки та терміни позовної давності, виконання зобов'язання, а також деякі норми ЦК України про договори, якщо немає спеціального закону, який би врегулював подібні питання.

Не погоджуючись з ученими юристами-аграрниками, які відстоюють незалежність або особливості договорів за участю сільськогосподарських підприємств, деякі вчені зазначають, що особливості ведення сільського господарства враховуються в законодавстві державного управління сільським господарством, правосуб'єктності сільськогосподарського підприємства, а також у спеціальних стандартах і технічних нормах¹.

У цьому висловлюванні наочно виявляється обмеженість нормативістського підходу щодо аналізу правових явищ. Однак у подальшому, у зв'язку зі зміною принципів управління й посилення державного регулювання аграрним сектором економіки, коли планові договори витискувалися договорами, які стали укладатися на основі вільного вибору сторонами структури договірних зв'язків і формування змісту конкретних договорів. Тому в спеціальній літературі були сформульовані положення про право сільськогосподарських підприємств визначати найкращі напрями збуту значної частини продукції; підвищення ролі основного на той час договору контрактації на реалізацію продукції у формуванні правил поведінки і умов, не установлених законодавством і не визначених плановими актами; необхідність у процесі узгодження окремих пунктів договору враховувати різні природні, технологічні й інші умови, за яких здійснюється виробництво і реалізація продукції². Таким чином, акцент перемістився від аналізу норм права до розкриття регулятивних можливостей договірною волевіявлення сторін.

Спираючись на висловлювання вчених щодо обмеженості нормативістського підходу, Б. І. Пугинський і Д. М. Сафіулін пропонують більше уваги приділяти вивченню договору як найбільш гнучкого правового засобу регулювання економічних і соціальних проблем³. Отже, при вирішенні досліджуваного питання необхідно враховувати не тільки нормативні моделі договору, але й зміст багатьох конкретних договорів.

¹ Див.: Семеусов, В. А. Договоры в сельском хозяйстве: методология и концепция [Текст] / В. А. Семеусов. – Иркутск, 1984. – С. 20–21.

² Див.: Лукьяненко, В. Е. Формирование обязательства по контракции плодово-овощной продукции в новых условиях хозяйствования [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / В. Е. Лукьяненко. – Свердловск, 1987. – С. 1–16.

³ Пугинский, Б. И. Правовая экономика: проблемы становления [Текст] / Б. И. Пугинский, Д. Н. Сафиулин. – М. : Юрид. лит., 1991. – С. 143–151.

Ефект останніх буде залежати від цілої низки чинників від нормативних моделей договорів, рекомендацій з їх укладення, кваліфікації фахівців, які беруть участь у процесі укладення договорів та ін.

У науці загальноновизнаним є положення про те, що договір в основному обслуговує операції майнового характеру. Однак його роль у механізмі регулювання економіки не можна зводити до опосередкування актів товарного обміну. Соціальна цінність договору незмірно вища. Відповідно до завдань розвитку суспільного виробництва завдяки договору вирішується значна кількість організаційних, економічних, технічних та інших питань, які виникають між суб'єктами, а тому слушно зазначається науковцями, що господарські зв'язки, врегульовані договором, становлять єдність, сукупність організаційних, економічних і правових взаємовідносин, які виникають між споживачами і постачальниками у процесі товарного обміну матеріальними ресурсами¹.

Отже, при виявленні юридичних особливостей договорів за участю сільськогосподарських товаровиробників необхідно враховувати зміст як нормативних моделей, так і конкретних договорів, що регулюють відносини й безпосередньо пов'язані з процесом виробництва сільськогосподарської продукції, наприклад договори на вирощування (відгодівлю) молодняка великої рогатої худоби, свиней, птиці, на виробництво й використання високопродуктивного насіння зернових і технічних культур, продукції племінного тваринництва, виробництва і закупівлі товарної сільськогосподарської продукції рослинного і тваринного походження для державних потреб. Окрім зазначеного, відносини, які виникають при здійсненні різних видів діяльності, що створюють передумови для виробництва сільськогосподарської продукції, оформлюють договорами оренди земельних ділянок (земельних часток (паїв)), на ремонт і технічне обслуговування сільськогосподарської техніки, кредиту, лізингу та ін.

Таким чином, не можна не погодитися з думкою тих учених, які пропонують сформулювати в цивільному праві комплексний правовий інститут сільськогосподарського (аграрного) договору. Комплексні правові інститути повинні закріплюватися в комплексних нормативних актах. Разом з тим комплексні й уніфіковані спеціальні аграрно-правові закони й підзаконні нормативні акти, які регулюють договірні відносини за участю сільськогосподарських товаровиробників, за своїми

¹ Див. наприклад: Клейн, Н. И. Организация договорно-хозяйственных связей [Текст] / Н. И. Клейн. – М., 1976. – С. 11–12.

основними нормативними параметрами не повинні суперечити нормам ЦК України щодо регулювання конкретних договорів.

На сьогодні аграрне право як самостійна галузь права не визначає загальні положення про договори, тому нормативно-правове регулювання договірних відносин в аграрному секторі економіки в сучасних умовах забезпечено значною мірою ЦК України, норми якого поширюються однаково на договірні відносини в будь-якій сфері, а також ГК України, тобто всі аграрно-правові договори підпорядковуються загальним правилам цивільного та господарського законодавства. Аграрне право, у свою чергу, визначає особливості їх правового регулювання¹. Особливості договірних відносин сільськогосподарських підприємств, як слушно зазначає професор В. І. Семчик, виявляються в кожному структурному елементі договору (суб'єкт, предмет, зміст та ін.)².

Специфіка предмета договірних зобов'язань позначається на змісті конкретного виду договорів, тобто на конкретних правах і обов'язках, передбачених конкретним договором для кожної з його сторін. Певне юридичне значення для характеристики правової природи і класифікації договірних зобов'язань мають особливості правового становища кожної сторони як суб'єкта договірних правовідносин. Також специфіка відносин аграрного виробництва сама по собі та в поєднанні зі специфікою їх законодавчого регулювання зумовлює особливий підхід до визначення як поняття, змісту, так і класифікації договорів у сільському господарстві³.

Необхідно зазначити, що взагалі однією з найбільш ранніх класифікацій договорів, у більшості прийнятою сучасною наукою і юридичною практикою, є класифікація, закріплена статтями 1102–1107 ЦК Франції 1804 р. Відповідно до зазначених статей договори поділяються на синаллагматичні, або двосторонні зобов'язальні, односторонні зобов'язальні, мінові, ризикові, добродійні і відплатні, які мають особливу назву і не містяться в Кодексі або в інших законах, але стосуються торгівлі.

У спеціальній літературі з цивільного й торговельного права Росії, яка видавалася до 1917 року, з урахуванням норм римського права подається досить докладна класифікація договорів, які мають такі види:

¹ Див.: Аграрне право [Текст] : підручник / за ред. В. П. Жушмана, А. М. Статівки. – Х. : Право, 2010. – С. 78.

² Семчик, В. И. Имущественные правоотношения в сельском хозяйстве [Текст] / В. И. Семчик. – К., 1984. – С. 178.

³ Див.: Аграрне право [Текст] : підручник / за ред. В. П. Жушмана, А. М. Статівки. – Х. : Право, 2010. – С. 78–79.

речові (*contractus reals*) і здійснюються згідно з простою угодою (*contractus consensuales*), або, інакше, консенсуальні; словесні або письмові; поділені на кріпосні, нотаріальні, явочні й домашні; самостійні (іменні) і несамотійні (безіменні); майнові й особисті, сутність яких полягає в особистій послугі¹.

Першим ЦК РРФСР від 31 жовтня 1992 р. (введений у дію 1 січня 1993 р.) були сприйняті деякі із зазначених підстав для класифікації, а також було запроваджені нові. Наприклад, у примітці до ст. 139 подається поняття двостороннього договору. А у другій примітці до ст. 130, яка закріпила поняття суттєвих умов договору, мова йде про попередню угоду, хоча поняття попереднього договору було закріплено ст. 60 Основ цивільного законодавства СРСР і союзних республік 1991 р., у ЦК РРФСР 1922 р. мова також йде про укладання договору між присутньою та відсутньою особою (статті 131–132); розкриваються основні елементи договорів на користь третьої особи (ст. 140). Стаття 61 згаданих Основ тільки відтворила правила про цей договір. Проблеми систематизації або класифікації договірних правовідносин у науці завжди приділялася значна увага. О. С. Іоффе зазначав, що договори відрізняються один від одного лише за характером опосередкування відносин, наприклад, договори купівлі-продажу, дарування, або суттєвими, такими, що не збігаються, прийомами регулювання відносин одного й того ж виду, наприклад, доручення і комісія. Тому вони і створюють самостійні договірні типи, а їх значимість ніколи не ставилася під сумнів у радянській цивілістичній доктрині².

Завдання систематизації договорів у кожній підгалузі приватного права має важливе як теоретичне, так і практичне значення. У літературі з цивільного права стверджується, що система цивільно-правових договорів як єдина система зі складними взаємозв'язками її елементів характеризується як внутрішньою єдністю, так і диференціацією договірних відносин, що зумовлено особливостями конкретних майнових відносин, опосередкованих договорами³.

Наукову класифікацію договорів можна проводити за різними ознаками (критеріями) залежно від цілей, які при цьому ставляться. Класифікація договорів має сприяти глибшому з'ясуванню природи і зміс-

¹ Див. наприклад: Мейер Д. И. Русское гражданское право [Текст] : в 2 ч. Ч. 2 / Д. И. Мейер. – М., 1997. – С. 157–160.

² Иоффе, О. С. Развитие цивилистической мысли в СССР [Текст]. Ч. 2 / О. С. Иоффе. – М., 1978. – С. 87.

³ Див.: Цивільне право України [Текст] : підручник : у 2 кн. Кн. 1 / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. – К. : Юрінком Інтер. – 2002. – С. 623.

ту, виявленню властивих їм спільних рис та особливостей, подальшому вдосконаленню законодавства про договори¹. На нашу думку, систематизація договорів буде сприяти також правильному їх тлумаченню, перш за все визначенню типу договору, смислу використання в ньому окремих умов і договору в цілому; з урахуванням пропозиції щодо систематизації можлива розробка науково обґрунтованих рекомендацій для юристів та інших спеціалістів сільськогосподарських підприємств з укладання й належного виконання договорів.

Учені, які раніше займалися проблемами правового регулювання відносин за участю колгоспів, радгоспів та інших сільськогосподарських підприємств і громадян, пропонували класифікувати договори за різними ознаками. Так, Т. М. Нусупов вважав за необхідне поділяти договірні відносини за предметом правового регулювання². У сучасних умовах така класифікація є недоцільною, оскільки договори, які використовуються в сільському господарстві, регулюються нормами цивільного й аграрного права. У цьому сенсі зберігають своє значення висловлювання Ю. О. Вовка, який запропонував поділяти договори на два основних види: договори, які вичерпно регулюються нормами Цивільного кодексу, і договори, які регулюються як нормами Цивільного кодексу, так і спеціальними актами законодавства³. Запропонована Ю. О. Вовком класифікація дозволяє поділити в сучасних умовах договори за участю сільськогосподарських підприємств на поіменовані договори у ЦК України і непоіменовані, але які не суперечать основним засадам і суті цивільного законодавства. Окрім непоіменованих договорів цивільно-правового характеру, сільськогосподарські товаровиробники укладають і комплексні договори.

Пізніше договори за участю сільськогосподарських товаровиробників стали класифікувати за виробничим і правовим результатом, якого прагнуть сторони⁴. А. Г. Первушин, критикуючи вчених, що класифікують договори за однією або двома ознаками, пропонує таку класифікацію договорів: а) за предметом правового регулювання, застосовувати які необхідно при проведенні кодифікації законодавства і прийнятті спеціального акта про господарські договори; б) за поряд-

¹ Див.: Цивільне право України [Текст] : підручник : у 2 кн. Кн. 1 / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. – К. : Юрінком Інтер. – 2002. – С. 623.

² Нусупов, Т. Н. Роль договора в регулировании имущественных отношений колхозов [Текст] / Т. Н. Нусупов. – Фрунзе : Кыргызстан, 1969. – С. 29–32.

³ Вовк, Ю. А. Договорные отношения колхозов с организациями и предприятиями [Текст] / Ю. А. Вовк. – М., 1962. – С. 16–18.

⁴ Див.: Гуревич, Г. С. Договоры в сельскохозяйственном производстве [Текст] / Г. С. Гуревич. – Минск, 1979. – С. 21–22.

ком укладання договорів на основі як типових (примірних), так і не пов'язаних з типовою формою; в) за сферою застосування договору (у сфері товарообігу і у сфері виробництва). Остання класифікація договорів ним доповнена за цільовим призначенням, дозволяючи згрупувати договори таким чином: про передачу майна у власність або оперативне управління (договір контрактації, замовлення на сільськогосподарську техніку); договори про передачу майна в тимчасове користування (оренда, прокат); договори на виконання робіт (підряду, ремонт техніки, підряд на капітальне будівництво, виконання проектних і науково-дослідних робіт); договори про надання послуг (комісії, технічного обслуговування тваринницьких і птахівницьких ферм, зберігання, перевезення сільськогосподарських вантажів); договори про спільну діяльність з метою досягнення загальної господарської мети (спільна діяльність, організація державних сортовипробувальних діляниць та ін.); договори банківського кредиту (короткострокове й довгострокове кредитування)¹.

В останні роки в юридичній літературі вчені пропонують класифікацію договорів проводити за ознакою поєднання звичайних цивільно-правових договорів з договорами, які зберігають сільськогосподарську специфіку. Так, З. С. Беляєва і М. І. Козир називають такі групи договорів, які укладаються сільськогосподарськими товаровиробниками: а) договори у сфері оренди земельних ділянок, земельних паїв (часток) і нерухомого майна; б) договори на матеріально-технічне забезпечення сільськогосподарських підприємств (купівля-продаж знаряддя і засобів виробництва, поставка, енергозбереження, купівля-продаж нерухомості і підприємств); в) договори банківського вкладу, рахунка, кредиту; д) договори на реалізацію продукції сільськогосподарських товаровиробників (контрактації, поставки сільськогосподарської продукції для державних потреб, купівлі-продажу, комісії); е) інші господарські договори сільськогосподарських товаровиробників, наприклад договір простого товариства².

На нашу думку, із перерахованих авторами договорів, не мають сільськогосподарської специфіки такі: енергозбереження, банківського вкладу й рахунку; купівля-продаж будь-якого нерухомого майна

¹ Див.: Первушин, А. Г. Хозяйственный договор в деятельности предприятий сельского хозяйства [Текст] / А. Г. Первушин. – М., 1976. – С. 79–81.

² Беляєва, З. С. Договорные отношения сельскохозяйственных товаропроизводителей в сфере материально-технического обеспечения и реализации сельскохозяйственной продукции [Текст] / З. С. Беляєва, М. И. Козырь // Предпринимательская деятельность в сельском хозяйстве России. Правовые вопросы. – М., 1998. – С. 56.

(окрім сільськогосподарських угідь); підрядні договори, які не пов'язані з обслуговуванням аграрного виробництва і не мають сільськогосподарської специфіки; кредитні договори з будь-якою установою банку і який не виконує функції банка-агента.

На сьогодні, як правило, по кожному виду сільськогосподарської діяльності приймають законодавчі акти. Наприклад, правовою основою договорів на створення й використання племінного тваринництва є Закон України «Про племінну справу у тваринництві» від 15 грудня 1993 р. (у редакції від 21 грудня 1999 р.), який визначає загальні правові, економічні та організаційні основи племінної справи у тваринництві, спрямовані на поліпшення племінних і продуктивних якостей тварин, підвищення економічної ефективності та конкурентоспроможності галузі. Тому договори на створення та використання племінних (генетичних) ресурсів (нові високопродуктивні породи тварин) у сфері сільського господарства на замовлення сільськогосподарських товаровиробників за своїми цілями суттєво відрізняються від договорів купівлі-продажу й поставки, а також від договору контрактації, який стосується виробництва й реалізації товарної сільськогосподарської продукції, продовольства і сировини для державних і регіональних потреб, що передбачено Законом України «Про державне замовлення для задоволення пріоритетних державних потреб» від 22 грудня 1995 р.¹ та Положенням Кабінету Міністрів України «Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти» від 17 жовтня 2008 р.²

Предметом зазначеної групи договорів, на нашу думку, є результат діяльності двох сторін зі створення нових високопродуктивних пород тварин. Саме в цьому проявляється їх схожість із цивільно-правовим договором підряду. Разом з тим реалізація племінних тварин і племінних стад та отримання прибутку не є безпосередньо цілями договору. Передача племінних тварин або племінних стад від підприємства (об'єднання) з племінної роботи, селекційного, селекційно-технологічного, селекційно-гібридного центру, іподрому (тобто суб'єктів племінної справи у тваринництві) до сільськогосподарського підприємства (покупця) у власність здійснюється за договором купівлі-продажу.

У зазначеній сфері можуть укладатися договори, коли роботи або послуги зі штучного запліднення сільськогосподарських тварин виконують відповідні підприємства, які здійснюють племінну роботу. Підрядник зобов'язується не тільки доставляти спермопродукцію від

¹ Відом. Верхов. Ради України. – 1996. – № 3. – Ст. 9.

² Офіц. вісн. України. – 2008. – № 80. – Ст. 2692.

закріплених виробників, рідкий азот, зооветтовари для штучного запліднення тварин, але і проводити штучне запліднення, здійснювати постійний контроль за веденням племінної роботи (облік приплоду, відгодівля молодняка за призначенням), за веденням обліку і звітності, за своєчасну достовірну інформацію про хід штучного запліднення. Підприємство (замовник) у свою чергу надає підряднику приміщення, яке відповідає зооветеринарним вимогам, для організації пунктів зі штучного запліднення, а також забезпечує роботу пунктів у зимовий і літній період; виконує зооветеринарні та інші аналогічні вимоги підрядника щодо підготовки й утримання корів, телят до і після проведення штучного запліднення; кожного місяця складає акти прийняття робіт за фактом їх виконання; своєчасно здійснює оплату виконаних робіт, використаних матеріалів і зносу устаткування підрядника відповідно до названих рахунків.

На практиці нерідко укладаються договори, відповідно до яких підприємства з племінної роботи забезпечують сільськогосподарських товаровиробників – замовників – необхідним устаткуванням і надають методичну або консультативну допомогу, а безпосереднє штучне запліднення здійснюється господарствами. Відповідно до договору на проведення штучного запліднення великої рогатої худоби основним обов'язком підприємства з племінної роботи є постачання господарству згідно з узгодженим графіком сперми відповідної племінної тварини (бика, барана, хряка, жеребця) і рідкого азоту; здійснення допомоги господарству у правильній організації штучного запліднення тварин та здійснення контролю за станом і роботою пунктів штучного запліднення. Отже, викладене дозволяє зробити висновок, що договори у зазначеній сфері мають як змішаний (який містить елементи різних цивільно-правових договорів), так і комплексний характер.

У спеціальній літературі висловлена думка, що комплексні договори є основою виникнення двох і більше зобов'язань, які належать до різних галузей права, але об'єднуються вони однією господарською метою¹.

Комплексні договори необхідно відрізнити від змішаних цивільно-правових договорів, про які мова йде в ЦК України. Сутність змішаних договорів полягає в тому, що вони містять елементи різних цивільно-правових договорів, тому на практиці у відносинах сторін за змішаним договором застосовуються у відповідних частинах правила про ті по-

¹ Див.: Собчак, А. А. Смешанные и комплексные договоры в гражданском праве [Текст] / А. А. Собчак // Сов. гос. и право. – 1989. – № 11. – С. 61–66.

іменовані цивільно-правові договори, елементи яких містяться у змішаному договорі, якщо інше не впливає з угоди сторін або сутності змішаного договору.

Сьогодні зустрічаються випадки, коли відгодівля молодняка великої рогатої худоби, свиней, птиці здійснюється в межах внутрішньогосподарської виробничої діяльності або спеціальних договорів на вирощування або відгодівлю зазначеного молодняка худоби і птиці, де сільськогосподарські підприємства укладають договори з фермерами або громадянами, які ведуть особисті селянські господарства. Варто погодитися з висловленою думкою про те, що безпосередньою метою останніх є забезпечення середньодобового приросту худоби¹. Власне кажучи, цією метою визначається й назва такого договору. При укладенні такого договору сільськогосподарське підприємство (замовник) переслідує мету щодо реалізації тварин, вирощених до закріпленої договором необхідної кондиції, для задоволення інтересів переробного підприємства в товарній продукції.

Вважається, що при внутрішньовидовій диференціації аграрних договорів необхідно враховувати і безпосередню, і подальшу мету відповідного виду сільськогосподарської діяльності. Але в будь-якому випадку при вирішенні проблем необхідно, наскільки це можливо, не відходити від законодавчої системи договорів, закріпленої в ЦК України. Такий підхід буде більше сприяти точному визначенню природи договору, не залишаючи без уваги частину майнових відносин, які існують одночасно з іншими відносинами організаційного характеру і внутрішньогосподарськими. Наприклад, договори у сфері племінного тваринництва мають схожість із договором підрядного характеру про виконання робіт і надання послуг. Разом з тим наявність зустрічних обов'язків господарств – замовників на виконання конкретних робіт при одночасній відсутності у них безпосередньої мети отримання прибутку не дозволяє договори у сфері використання продукції племінного тваринництва повністю визначати однотипним цивільно-правовим договором підряду.

У правовій літературі протилежні думки висловлені щодо групи договорів, які традиційно називають договорами на матеріально-технічне забезпечення сільськогосподарських підприємств. Так, М. М. Веденін і В. С. Шишкіна до матеріально-технічного забезпечення сільськогосподарських товаровиробників в широкому значенні зараховують не

¹ Див.: Максакова, Г. Откорм скота по договору [Текст] / Г. Максакова // Хозяйство и право. – 1981. – № 4. – С. 26–27.

тільки власне матеріально-технічне забезпечення господарств, яке здійснюється з використанням таких традиційних форм, як поставка продукції виробничо-технічного призначення, купівля-продаж засобів виробництва, інших ресурсів виробництва, але і будівництво, яке здійснюється на підрядній основі, виробничо-технічне обслуговування, що опосередковується договорами підрядного типу, а також створення і передача науково-технічної продукції, інформаційного обслуговування. Вони здійснюються на підставі спеціальних договорів, які враховують специфіку такої діяльності¹. Пізніше автори із договорів у сфері матеріально-технічного забезпечення виділяють договори виробничого, науково-технічного й інформаційного обслуговування сільськогосподарських підприємств².

Ц. В. Бичкова в основу класифікації сільськогосподарських договорів покладає не один, а декілька критеріїв: предмет договору, сферу правового регулювання, ступінь сільськогосподарської спеціалізації, метод регулятивного впливу на відносини сторін³.

Аналіз аграрно-правової літератури дозволяє зробити висновок, що класифікація договорів у сільському господарстві за певними ознаками здійснюється по-різному⁴. Одні дослідники поділяють договори в сільському господарстві на такі групи: загальноцивілістичні договори; договори, специфічні для сільськогосподарського сектору економіки; договори, що регулюють міжгосподарські відносини та трудові відносини в сільськогосподарських підприємствах⁵.

Інші автори визначають єдність таких груп договорів: перша група – з матеріально-технічного, фінансового, електроенергетичного та фінансово-кредитного забезпечення суб'єктів АПК; друга група – з надання суб'єктам аграрного виробництва різноманітних послуг щодо виробничо-технічного, меліоративного, гідромеліоративного, агрохімічного, транспортного забезпечення їх діяльності; третю групу договорних зв'язків в аграрному секторі складають договори з реалізації товаровиробниками сільськогосподарської продукції; до четвертої

¹ Див.: Аграрное право [Текст] : учебник / отв. ред. Г. Е. Быстрая, М. И. Козырь. – М., 1996. – С. 459–460.

² Там само. – С. 380–384.

³ Бичкова, Ц. В. Проблемы использования договора в агропромышленном комплексе [Текст] : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / Ц. В. Бичкова. – Харьков, 1981. – С. 10.

⁴ Див.: Аграрное право [Текст] : підручник / за ред. В. П. Жушмана, А. М. Статівки. – Х. : Право, 2010. – С. 79.

⁵ Див.: Аграрное право [Текст] : учебник / под ред. С. А. Боголюбова, Е. Л. Мининой. – М. : Эксмо, 2008. – С. 204.

групи слід віднести договори з наукового забезпечення АПК, зокрема із запровадження наукових розробок щодо вирощування нових сортів рослин, розведення нових видів та порід худоби, застосування нових технологій виробництва та ін.¹

Недоліком наведеної вище класифікації договорів є те, що автори не визначили, за якими критеріями поділяються договори за участю сільськогосподарських товаровиробників.

На наш погляд, викладене свідчить про доцільність при внутрішньовидовій класифікації договорів за участю сільськогосподарських товаровиробників враховувати три критерії: а) виробничий; б) цільовий; в) класифікацію, яка міститься в ЦК України.

З урахуванням наведених критеріїв договори за участю сільськогосподарських товаровиробників можна диференціювати: 1) аграрно-правові договори, метою яких є створення у процесі виробничого співробітництва визначеної продукції (вирощування цукрових буряків, інших технічних культур, високопродуктивних зернових культур; виробництво продукції рослинного і тваринного походження; вирощування і відгодівля молодняку худоби і птиці; сортовипробування сільськогосподарських культур; проведення штучного запліднення сільськогосподарських тварин; виробництво і переробка кормів для тваринництва; вирощування спільними зусиллями фермерських господарств та інших сільськогосподарських підприємств визначеної продукції на земельних ділянках господарства; 2) договори, метою яких є реалізація виробленої продукції (товарів); придбання матеріально-технічних засобів для забезпечення функціонування основного аграрного виробництва: за держконтрактами; на основі купівлі-продажу, комісії сільськогосподарської техніки й інших матеріально-технічних засобів; лізингу; міни (бартерні угоди); енергозбереження аграрних підприємств; фінансового забезпечення; договори, метою яких є надання різних послуг, які сприяють нормальному здійсненню аграрного виробництва; щодо агрохімічного обслуговування сільськогосподарських підприємств, виконання меліоративних робіт, виконання робіт з ремонту сільськогосподарської техніки і її технічного обслуговування; надання наукових послуг сільськогосподарським підприємствам.

Запропонована класифікація договорів за участю сільськогосподарських підприємств дозволяє визначити місце спеціалізованих до-

¹ Див.: Жушман, В. П. Аграрне право та законодавство України: в питаннях та відповідях [Текст] : навч.-практ. посібник / В. П. Жушман. – Х. : Тов. «Одіссей», 2006. – С. 70.

говорів, які регулюють майнові відносини в сільському господарстві, у системі права. Такий підхід буде сприяти вирішенню практичних завдань: по-перше, забезпечення узгодженості норм про договори, які регулюють майнові відносини в сільському господарстві, а також будуть закріплені в запропонованому для прийняття Аграрного кодексу України, з нормами ЦК України про поіменні договори; по-друге, застосування імперативних і диспозитивних норм ЦК України про поіменні договірні типи або види при аналізі і тлумаченні договорів за участю сільськогосподарських товаровиробників у випадку відсутності необхідних правил у запропонованому для прийняття Аграрному кодексі України або спеціальних нормативних актах про договори в АПК, наприклад, «Про лізинг сільськогосподарської техніки за участю держави», «Про державний товарний кредит для сільськогосподарських підприємств» тощо.

Таким чином, є очевидною актуальність питань, пов'язаних із теоретичними дослідженнями проблем договірних правовідносин за участю сільськогосподарських товаровиробників. Це означає, що є простір як для законодавчої діяльності, так і для вдосконалення практики укладання договорів з метою формування їх умов, які найбільше відповідають специфіці сільськогосподарського виробництва.

Глава 2

Договір контрактації сільськогосподарської продукції: проблеми вдосконалення правового регулювання

Договірна форма опосередкування суспільних відносин використовується в різних сферах суспільного життя. У науковій літературі застосування договору протягом багатьох століть пояснюється тим, що він є найбільш гнучкою формою, за допомогою якої оформлюються численні й різноманітні суспільні відносини. Договір становить один з найунікальніших правових засобів, у рамках якого інтерес кожної сторони, у принципі, може бути задоволений лише за допомогою задоволення інтересу іншої сторони¹.

Договори є поширеними в усіх сферах економічних відносин. Аграрний сектор економіки України не є винятком, адже саме за допомогою договірної форми численні суб'єкти та учасники аграрних відносин упорядковують свої взаємини.

Вивчення наукової аграрно-правової літератури дозволяє констатувати, що у сфері сільськогосподарського виробництва при вирощуванні сільськогосподарської продукції, її переробці й реалізації застосовуються різні форми договірних відносин. Сутність аграрно-правових договорів й аграрно-правових зобов'язань дослідив А. М. Статівка, пропонуючи визначати аграрно-правовий договір як угоду двох або більше сторін, спрямовану на встановлення, зміну, припинення прав і обов'язків, заснованих на взаємному вільному волевиявленні або ж на правових приписах з метою забезпечення ефективного розвитку аграрного виробництва й реалізації взаємних інтересів². Науковець говорить про такі характерні ознаки аграрно-правового договору: у багатьох випадках він безпосередньо виступає юридичною формою організації виробничого процесу; права й обов'язки в договорі визначаються специфікою аграрного виробництва; є правовою формою реалізації вза-

¹ Див.: Брагинский, М. И. Договорное право [Текст]. Кн. 1. Общие положения / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – М. : Статут, 2000. – С. 13.

² Статівка, А. Н. Новые виды договорных отношений с участием аграрных товаропроизводителей [Текст] / А. Н. Статівка. – Харьков : Право, 1999. – С. 17.

ємних інтересів сторін з урахуванням юридичних, природно-кліматичних, економічних можливостей; виступає юридичною формою відносин, що опосередковано забезпечують розвиток аграрного виробництва з використанням науково-технічного прогресу, товарного обміну й інших аграрно-економічних способів¹.

Ученими запропоновано систему договорів, використовуваних у сфері сільського господарства. Так, О. А. Поліводський зазначає, що при реалізації сільськогосподарської продукції застосовується така система договорів: а) договір контрактації сільськогосподарської продукції; б) договір купівлі-продажу сільськогосподарської продукції; в) договір міни; г) договір комісії². Підтримується ця точка зору і в інших роботах з аграрного права³, у зв'язку з чим ми зупинимося на характеристиці такої специфічної договірної форми, як договір контрактації сільськогосподарської продукції, яка використовується винятково в сільському господарстві й стосується лише аграрної продукції.

Сутність договору контрактації сільськогосподарської продукції закріплена у ст. 713 ЦК України, згідно з ч. 1 якої за договором контрактації сільськогосподарської продукції виробник сільськогосподарської продукції зобов'язується виробити визначену договором сільськогосподарську продукцію і передати її у власність заготівельникові (контрактанту) або визначеному ним одержувачеві, а заготівельник зобов'язується прийняти цю продукцію та оплатити її за встановленими цінами відповідно до умов договору. Майже аналогічно визначається договір контрактації сільськогосподарської продукції й у ГК України. Так, згідно з ч. 2 ст. 272 зазначеного Кодексу за договором контрактації виробник сільськогосподарської продукції зобов'язується передати заготівельному (закупівельному) або переробному підприємству чи організації (контрактанту) вироблену ним продукцію у строки, кількості, асортименті, що передбачені договором, а контрактант

¹ Стативка, А. Н. Договори в агропромисловому комплексі України в умовах ринка [Текст] / А. Н. Стативка. – Харків : Право, 1997. – С. 40–41.

² Поліводський, О. А. Правове регулювання реалізації сільськогосподарської продукції [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.06 / О. А. Поліводський ; [ІДП НАН України]. – К., 1999. – С. 6.

³ Див.: Проблеми права власності та господарювання у сільському господарстві [Текст] : моногр. / за ред. В. І. Семчика. – К. : ІДП НАН України, 2001. – С. 102–122; Організаційно-правові питання аграрної реформи в Україні [Текст] : монографія / за ред. В. І. Семчика. – К. : ІДП НАН України, 2003. – С. 194–196; Організаційно-правові засади розвитку аграрного і земельного ринків в Україні [Текст] : монографія / за ред. В. І. Семчика. – К. : Юрид. думка, 2005. – С. 120–133.

зобов'язується сприяти виробникові у виробництві зазначеної продукції, прийняти і оплатити її¹. При цьому ч. 1 зазначеної статті ГК України визначає, що державна закупка сільськогосподарської продукції здійснюється за договорами контрактації, які укладаються на основі державних замовлень на поставку державі сільськогосподарської продукції.

З приводу останнього законодавчого припису в наукових дослідженнях звертається увага на те, що він обмежує сферу застосування договору контрактації лише випадками державної закупівлі сільськогосподарської продукції. Незважаючи на те, що в аграрно-правовій літературі свого часу висловлювалася думка про договір контрактації як одну з правових форм залучення до державних ресурсів продовольства і сировини аграрних підприємств усіх форм власності й організаційно-правових форм господарювання², потребувати сільськогосподарську продукцію може не лише держава, виробництво (вирощування) й постачання якої може здійснюватися, зокрема, й за договорами контрактації. Звідси правильним є те, що ч. 1 ст. 272 ГК України необхідно викласти в такій новій редакції: «Закупка сільськогосподарської продукції (у тому числі й державна) здійснюється за договорами контрактації. У разі здійснення державної закупки сільськогосподарської продукції договір контрактації укладається на основі державних замовлень на поставку державі сільськогосподарської продукції»³. Поки що можна погодитися з тим, що до законодавчого врегулювання названих положень ГК України застосовуватиметься лише у сфері регулювання державної закупівлі сільськогосподарської продукції, в інших же випадках за участю широкого кола суб'єктів господарювання необхідно керуватися вимогами ЦК України⁴.

¹ Майже аналогічно визначається поняття договору контрактації, наприклад, у ст. 506 ЦК Республіки Білорусь, згідно з яким договором контрактації вважається такий договір, коли виробник сільськогосподарської продукції зобов'язується передати вирощену (вироблену) ним сільськогосподарську продукцію особі, що здійснює закупівлю такої продукції для переробки або продажу (заготівнику) (див.: <http://www.pravo.by/WEBNPA/text.asp?RN=hk9800218#&Chapter=48>).

² Див.: Аграрне право України [Текст] : підручник / за ред. В. З. Янчука. – К. : Юрінком Інтер, 1996. – С. 434.

³ Див.: Святченко, Л. О. Правове регулювання цукробуряківництва в Україні [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.06 / Л. О. Святченко ; [Нац. ун-т біоресурсів і природокористування України]. – К., 2010. – С. 15.

⁴ Див.: Правові основи майнових і земельних відносин [Текст] : навч. посібник / за заг. ред. В. М. Єрмоленка. – К. : Магістр – XXI ст., 2006. – С. 149–150.

Продовжуючи характеристику сутності договору контрактації сільськогосподарської продукції, зазначимо, що з наведених законодавчих приписів можна виокремити такі елементи подібного договору. Його суб'єктами виступають, з однієї сторони, виробник сільськогосподарської продукції, а з другої – контрактант-заготівельник, заготівельне (закупівельне) або переробне підприємство чи організація. В окремих випадках контрактант може визначити іншого одержувача продукції за договором контрактації. Предметом цього договору є сільськогосподарська продукція, а головними серед обов'язків його сторін є такі: а) виробника сільськогосподарської продукції – виробити сільськогосподарську продукцію у строки, кількості, асортименті, передбачених договором, передати вироблену продукцію контрактанту; б) контрактанта – сприяти виробникові у виробництві сільськогосподарської продукції, прийняти її від виробника, оплатити вартість продукції за встановленими цінами. Охарактеризуємо зазначені елементи детальніше.

Обов'язковою стороною договору контрактації сільськогосподарської продукції виступає виробник названої продукції. Проте відразу слід зауважити, що законодавство України легального визначення поняття «виробник сільськогосподарської продукції» не містить. Натомість в аграрному законодавстві визначається сільськогосподарський товаровиробник як фізична або юридична особа, яка займається виробництвом сільськогосподарської продукції, переробкою власновиробленої сільськогосподарської продукції та її реалізацією (ст. 1 Закону України «Про стимулювання розвитку сільського господарства на період 2001–2004 років»¹ від 18 січня 2001 р. № 2238-III²), або ж як фізична або юридична особа незалежно від форми власності та господарювання, у якої валовий дохід, отриманий від операцій з реалізації сільськогосподарської продукції власного виробництва та продуктів її переробки, за наявності сільськогосподарських угідь (ріллі, сіножатей, пасовищ і багаторічних насаджень тощо) та (або) поголів'я сільськогосподарських тварин у власності, користуванні, в тому числі й на умовах оренди, за попередній звітний (податковий) рік перевищує 75 відсотків загальної суми валового доходу (ст. 1 Закону України «Про

¹ Незважаючи на зазначення в назві цього Закону часових меж його дії, цей нормативно-правовий акт є чинним і нині, оскільки Верховною Радою України будь-якого закону чи постанови про його скасування не було прийнято. Більше того, лише в окремих статтях Закону (6, 7 і 8) безпосередньо зазначалося, що вони діють до 1 січня 2004 р.

² Відом. Верхов. Ради України. – 2001. – № 11. – Ст. 52.

сільськогосподарську кооперацію» від 17 липня 1997 р. № 469/97-ВР¹). Сільськогосподарське ж підприємство легально визначається як юридична особа, основним видом діяльності якої є вирощування та переробка сільськогосподарської продукції. При цьому така діяльність названого підприємства має бути основною, тобто надавати йому основну частину доходів.

Тобто, іншими словами, категорія «сільськогосподарський товаровиробник» є доволі широкою та включає в себе як сільськогосподарські підприємства різних організаційно-правових форм (фермерські господарства, сільськогосподарські кооперативи, аграрні господарські товариства, приватні сільськогосподарські підприємства та ін.), так і фізичних осіб (селян, приватних підприємців та ін.), що займаються веденням сільськогосподарської діяльності, виробництвом сільськогосподарської продукції. Звідси вважаємо, що в договорі контрактації сільськогосподарської продукції розглядувана його сторона має іменуватися як сільськогосподарський товаровиробник, а до ч. 1 ст. 713 ЦК України та ч. 2 ст. 272 ГК України слід внести відповідні уточнення.

Як уже зазначалося, контрагентом сільськогосподарського товаровиробника за договором контрактації виступає контрактант, – заготівельник, заготівельне (закупівельне) або переробне підприємство чи організація. У законодавстві України визначення названих суб'єктів відсутнє. На відміну від цього в законодавстві, наприклад, Російської Федерації під заготівельником розуміється комерційна організація або індивідуальний підприємець, що здійснює професійну підприємницьку діяльність із закупівлі сільськогосподарської продукції для її наступного продажу або переробки². Звідси під контрактантом у договорі контрактації слід розуміти особу (фізичну чи юридичну), яка закуповує сільськогосподарську продукцію, має відповідні потужності для її переробки, виробляє харчові продукти, продовольство. Саме такі особи й можуть виступати стороною договору контрактації сільськогосподарської продукції.

З приводу наведеного складу контрактантів за розглядуваним договором можна зауважити, що саме такий їх суб'єктний склад (заготівельники, заготівельні (закупівельні) або переробні підприємства, організації) певним чином може обмежувати застосування договору контрактації сільськогосподарської продукції й не дозволить заку-

¹ Відом. Верхов. Ради України. – 1997. – № 39. – Ст. 261.

² Див.: Брагинский, М. И. Договорное право [Текст]. Кн. 2. Договоры о передаче имущества / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – 4-е изд, стер. – М. : Статут, 2002. – С. 28.

півлю на підставі названих договорів аграрної продукції іншим суб'єктам. Однак з іншої точки зору таке обмеження можна вважати цілком обґрунтованим, оскільки договір контрактації виступає особливою договірною формою заготівлі сільськогосподарської продукції суб'єктами, які надалі здійснюють її переробку, передпродажну підготовку та продаж, постачання споживачеві.

Відповідно до умов договору контрактації в окремих випадках контрактант може визначити іншу особу (одержувача), яка має одержати від сільськогосподарського товаровиробника аграрну продукцію за таким договором. Включення до договору контрактації таких приписів можна пояснити тим, що сільськогосподарську продукцію недовготривалого зберігання й транспортування слід якомога швидше передати переробному, заготівельному підприємству через неможливість окремих її видів (наприклад, овочів, фруктів). Саме через це законодавець і передбачив можливість передачі такої продукції не безпосередньо контрактанту, а іншому одержувачу для переробки чи іншого використання. Такий одержувач має бути визначений сторонами в договорі контрактації при його укладенні.

Переходячи до характеристики предмета договору контрактації зазначимо, що ним виступає незамінна в життєдіяльності людини і суспільства сільськогосподарська продукція. Навіть сама назва розглядуваного договору свідчить про те, що контрактаційна договірна форма може застосовуватися винятково щодо продукції, яка виробляється в аграрному секторі економіки, сільськогосподарськими підприємствами, сільськогосподарськими товаровиробниками.

У спеціальній літературі під сільськогосподарською продукцією пропонують розуміти унікальну за своїми властивостями, відмінну від інших видів продукції у сфері господарювання, – як продукт харчування, готовий до безпосереднього вживання, так і незамінну сировину для промисловості. Особливість сільськогосподарської продукції, на думку В. І. Федоровича, полягає в нетривалості її збереження, що зумовлює необхідність застосування спеціальних режимів збирання, зберігання й доставки до споживача¹.

Сільськогосподарську продукцію В. М. Єрмоленко визначає як «усю сиру продукцію культурного рослинництва, тваринництва та рибництва, одержувану від сільськогосподарської діяльності, а також

¹ Федорович, В. І. Про співвідношення земельного та аграрного права [Текст] / В. І. Федорович // Стан та перспективи розвитку аграрного права : матеріали міжнар. наук.-теор. конф., присв. 80-річчю В. З. Янчука; 26–27 трав. 2005 р., м. Київ / за ред. В. М. Єрмоленка, В. І. Курила. – К. : Магістр – XXI ст., 2005. – С. 192.

продукти її первісної переробки, здійснюваної безпосереднім її виробником»¹. У цілому, погоджуючись із таким тлумаченням, вважаємо не зовсім правильним називати сільськогосподарською ту продукцію, яка одержується від сільськогосподарської діяльності. Адже зважаючи на те, що сільськогосподарська діяльність полягає у виробництві (вирощуванні) сільськогосподарської продукції, її переробці й реалізації, фактично складно окреслити, яка ж продукція належить до сільськогосподарської. Отже, при визначенні названої продукції необхідно вказувати на те, що вона виробляється внаслідок дії біологічних процесів її вирощування, акцентуючи увагу на її природному походженню від землі, від біологічних організмів.

Законодавчо ж сільськогосподарська продукція визначається як така, що виробляється в сільському господарстві й відповідає кодам 01.11–01.42 та 05.00.1–05.00.42 Державного класифікатора продукції та послуг ДК 016-97 (ст. 1 Закону України «Про стимулювання розвитку сільського господарства України на період 2001–2004 років» від 18 січня 2001 р. № 2238-III). Згідно з названим Класифікатором, затвердженим наказом Державного комітету стандартизації, метрології та сертифікації від 30 грудня 1997 р. № 822, до сільськогосподарської продукції віднесено близько 470 видів рослинницької, понад 120 видів тваринницької й 80 видів рибницької продукції. На відміну від цього в п. 2.15 ст. 2 Закону України «Про державну підтримку сільського господарства України» від 24 червня 2004 р. № 1877-IV² сільськогосподарська продукція визначається як товари, які підпадають під визначення 1–24 груп Української класифікації товарів зовнішньоекономічної діяльності.

Зважаючи на викладене, сільськогосподарську продукцію можна визначити як продукцію (рослинницьку, тваринницьку та рибницьку), що виробляється (вирощується) внаслідок дії біологічних процесів її вирощування, має природне походження від землі й (або) від живих біологічних організмів³. Саме така продукція може виступати предметом договору контрактації.

Важливим є уточнення, що предметом договору контрактації слід розуміти ту продукцію, яка ще має бути вирощена (зроблена, створена) у майбутньому, тобто на момент укладення зазначеного договору у виробника такої продукції немає. Можна погодитися з В. П. Ста-

¹ Єрмоленко, В. Сільськогосподарська продукція як аграрно-правова категорія [Текст] / В. Єрмоленко // Підприємництво, госп-во і право. – 2006. – № 6. – С. 62.

² Відом. Верхов. Ради України. – 2004. – № 49. – Ст. 527.

³ Див.: Уркевич, В. Ю. Аграрні правовідносини в Україні [Текст] : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.06. / В. Ю. Уркевич. – Х., 2007. – С. 122.

ніславським, що це положення є істотним, оскільки якби така продукція була на момент укладання договору контрактації, то ці відносини були б оформлені іншим договором, наприклад, договором поставки або купівлі-продажу¹.

Слід зазначити, що в практичній діяльності договори контрактації сільськогосподарської продукції застосовуються передусім для заготівлі продукції рослинництва. Йдеться, зокрема, про цукрові буряки, що вирощуються сільськогосподарськими товаровиробниками й здаються потім цукровим заводам, про овочі та фрукти, що постачаються заготівельним організаціям, та ін.

Далі охарактеризуємо зміст договірних відносин за договором контрактації. Відповідно до наведених вище положень законодавства України до основних обов'язків сільськогосподарського товаровиробника належить передусім обов'язок виробити сільськогосподарську продукцію у строки, кількості, асортименті, передбачені договором контрактації. Названий обов'язок є визначальним, оскільки він кореспондує з предметом договору контрактації, яким є сільськогосподарська продукція певної кількості, асортименту та якості.

Зазначена продукція виробляється сільськогосподарським товаровиробником за замовленням контрагента за договором контрактації, відповідно, з'являється наступний обов'язок сільськогосподарського товаровиробника – передати вироблену продукцію контрагенту. Особливості виконання цього обов'язку встановлюються договором контрактації і, зокрема, це можуть бути такі умови.

Так, згідно з ч. 1 ст. 273 ГК України договором контрактації має передбачатися обов'язок сільськогосподарського товаровиробника не пізніше як за п'ятнадцять днів до початку заготівлі продукції повідомити контрагента про кількість і строки здачі сільськогосподарської продукції, що пропонується до продажу, та погодити календарний графік її здачі. Встановлення цього обов'язку для виробника має важливе значення, оскільки контрагент повинен мати час для підготовки заготівельних площ, виробничих потужностей для заготівлі й переробки сільськогосподарської продукції.

Співвідносно до названих обов'язків сільськогосподарського товаровиробника контрагент наділяється відповідними правами. Це, зокрема, право вимагати виробництва сільськогосподарської продукції у строки, кількості, асортименті та якості, передбачених договором

¹ Станіславський, В. П. Правове регулювання насінницької діяльності в Україні [Текст] : монографія / В. П. Станіславський. – Х. : Право, 2006. – С. 105.

контрактації, а також право вимагати передачу виробленої сільськогосподарської продукції.

Переходячи до характеристики обов'язків контрактанта, зазначимо, що головним серед них є сприяння виробникові у виробництві сільськогосподарської продукції, адже договір контрактації зв'язує закупівлі із сільськогосподарським виробництвом, через що є можливість здійснювати вплив на планування виробництва, на обсяг товарної продукції, на спеціалізацію, асортимент продукції тощо¹, і, зокрема, контрактант має право впливати на якість вироблюваної сільськогосподарської продукції².

Розглядуваний обов'язок контрактанта щодо надання допомоги сільськогосподарському товаровиробнику у виробництві сільськогосподарської продукції є характерним саме для договорів контрактації названої продукції. Це є їх визначальна риса, яка чітко відокремлює договори контрактації від інших договорів, використовуваних у сфері сільськогосподарської діяльності.

У спеціальній літературі висловлювалася думка, що надавати зазначену вище допомогу сільськогосподарському товаровиробнику може лише держава шляхом надання відповідних субсидій, дотацій із державного бюджету, допомоги у придбанні сільськогосподарської техніки, забезпеченні необхідною науковою літературою і кваліфікованими кадрами³. Проте, на нашу думку, назване сприяння, допомога контрактанта сільськогосподарському товаровиробнику у виробництві сільськогосподарської продукції може надаватися не лише державою, а й іншими суб'єктами в різних формах. Це, наприклад, може бути надання насінневого матеріалу сільськогосподарських культур, добрив, матеріально-технічна допомога в організації виробництва (надання паливно-мастильних, будівельних матеріалів), попереднє фінансування виробництва сільськогосподарської продукції або ж навіть надання кадрової допомоги в організації сільськогосподарського виробництва, організація перевезення виробленої продукції та ін.

Наявність розглядуваного обов'язку щодо сприяння у виробництві сільськогосподарської продукції має важливе значення для організації

¹ Див.: Ойгензихт, В. А. Договор контрактації в агропромисловому комплексі [Текст] / В. А. Ойгензихт // Актуальні проблеми агропромислових комплексів : матеріали Всесоюзної науч.-теор. конф. – Алма-Ата : Наука, 1985. – С. 152.

² Див.: Правове регулювання розвитку АПК України [Текст] : моногр. – К. : Наук. думка, 1993. – С. 45.

³ Див.: Станіславський, В. П. Правове регулювання насінницької діяльності в Україні [Текст] : монографія / В. П. Станіславський. – Х. : Право, 2006. – С. 111.

й заготівлі певних видів сільськогосподарської продукції. Зацікавленість сільськогосподарського товаровиробника щодо отримання такої допомоги є зрозумілою, бо вона дозволяє виконати умови договору контрактації й отримати певні доходи від реалізованої продукції. Проте й контрактант не менше, ніж контрагент, зацікавлений у належному виконанні своїх обов'язків аграрним товаровиробником. Справа в тому, що за допомогою договірної контрактаційної форми контрактант може не лише впливати на якість вироблюваної сільськогосподарської продукції, а й брати безпосередню участь у процесі її виробництва. Більше того, на підставі укладених договорів контрактації сільськогосподарської продукції контрактант може планувати обсяги власного виробництва, гарантувати завантаженість власних виробничих, переробних потужностей. Особливо яскраво викладене можна проілюструвати на прикладі діяльності цукрових заводів, що за допомогою договорів контрактації цукрових буряків формують власну виробничу програму на відповідний сезон цукроваріння, який триває лише декілька місяців на рік.

Наступним обов'язком контрактанта є обов'язок прийняти від виробника вироблену сільськогосподарську продукцію. Елементи цього обов'язку конкретизовані законодавством України. Так, частинам 2 та 3 ст. 273 ГК України передбачено, що контрактант зобов'язаний прийняти від виробника всю пред'явлену ним продукцію на умовах, передбачених у договорі. Нестандартну продукцію, яка швидко псується, придатну для використання у свіжому або переробленому вигляді, та стандартну продукцію, яка швидко псується, що здається понад обсяги, передбачені договором, контрактант приймає за цінами і на умовах, погоджених сторонами.

Також у договорі контрактації можуть передбачатися обсяги сільськогосподарської продукції, приймання якої контрактант здійснює безпосередньо у виробника, та продукції, яка доставляється безпосередньо виробником торговельним підприємствам. Решта продукції приймається контрактантом у визначених договором приймальних пунктах, розташованих у межах адміністративного району за місцезнаходженням виробника. Більш конкретні умови та порядок виконання обов'язку контрактанта щодо прийняття від виробника виробленої сільськогосподарської продукції визначаються сторонами в договорі контрактації.

Цілком логічним є покладення на контрактанта також і обов'язку з оплати вартості сільськогосподарської продукції за встановленими

цінами. Такою оплатою контрактант проводить відшкодування витрат сільськогосподарського товаровиробника на виробництво сільськогосподарської продукції, а її розмір визначається згідно з цінами, зафіксованими сторонами в договорі контрактації сільськогосподарської продукції. Названі ціни визначаються сторонами вільно, виходячи з попиту та пропозиції на певний вид сільськогосподарської продукції, а також зважаючи на витрати сільськогосподарського товаровиробника на її виробництво. При проведенні оплати вартості отриманої сільськогосподарської продукції враховується вартість окремих засобів виробництва, витратних матеріалів, грошові кошти, що надавалися контрактантом сільськогосподарському товаровиробнику в порядку сприяння у виробництві сільськогосподарської продукції.

Наведеним обов'язкам контрактанта кореспондують відповідні права сільськогосподарського товаровиробника. Останній має право на отримання сприяння у виробництві сільськогосподарської продукції, вимагати прийняття її контрактантом та оплати її вартості.

Окрім охарактеризованих елементів, для договорів контрактації сільськогосподарської продукції законодавством передбачені певні істотні умови. Так, згідно з ч. 3 ст. 272 ГК України в договорах контрактації повинні передбачатися: види сільськогосподарської продукції (асортимент), номер державного стандарту або технічних умов, гранично допустимий вміст у продукції шкідливих речовин; кількість продукції, яку контрактант приймає безпосередньо у виробника; ціна за одиницю, загальна сума договору, порядок і умови доставки, строки здавання-приймання продукції; обов'язки контрактанта щодо подання допомоги в організації виробництва сільськогосподарської продукції та її транспортування на приймальні пункти і підприємства; взаємна майнова відповідальність сторін у разі невиконання ними умов договору; інші умови, передбачені Типовим договором контрактації сільськогосподарської продукції, затвердженим у порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України.

На відміну від цього цивільне законодавство України безпосередньо істотні умови договорів контрактації сільськогосподарської продукції не визначає, вказуючи лише в частинах 2 та 3 ст. 713 ЦК України, що до договору контрактації застосовуються загальні положення про купівлю-продаж та положення про договір поставки, якщо інше не встановлено договором або законом. Останнім можуть бути передбачені особливості укладення та виконання договорів контрактації сільськогосподарської продукції.

Зазначимо, що наведені істотні умови договору контрактації є лише певним орієнтиром для сільськогосподарських товаровиробників і контрактантів, оскільки насправді названі договори можуть містити й інші умови, щодо яких сторони дійшли згоди. Звідси актуальною є проблема затвердження Типового договору контрактації сільськогосподарської продукції. Як було зазначено раніше, такий Типовий договір має бути затвердженим у порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України. Як справедливо вказує В. М. Корнієнко, метою Типового договору є однакове регулювання основних умов контрактації, хоча такі договори не можуть у повному обсязі охопити взаємини сторін та специфіку заготовок усіх видів сільськогосподарської продукції¹.

Вважаємо, що Типовий договір контрактації сільськогосподарської продукції може бути затверджений за дорученням уряду Міністерством аграрної політики та продовольства України. Адже останнє, згідно з п. 1 Положення про Міністерство аграрної політики та продовольства України, затвердженого указом Президента України від 23 квітня 2011 р. № 500/2011², є центральним органом виконавчої влади, діяльність якого спрямовується і координується Кабінетом Міністрів України та головним органом у системі центральних органів виконавчої влади з питань забезпечення реалізації державної аграрної політики, продовольчої безпеки держави, державного управління у сфері сільського господарства, садівництва, виноградарства, харчової і переробної промисловості та комплексного розвитку сільських територій. Звідси саме названий центральний орган виконавчої влади і має затвердити Типовий договір контрактації сільськогосподарської продукції.

Зазначимо, що в законодавстві України вже існують певні договірні форми, застосовувані в окремих сферах сільськогосподарської діяльності, які можуть бути використані при розробці Типового договору контрактації сільськогосподарської продукції. Ідеться, зокрема, про те, що на виконання ст. 7 Закону України «Про державне регулювання виробництва і реалізації цукру» від 17 червня 1999 р. № 758-XIV³ наказом Міністерства аграрної політики України «Про затвердження Типових умов господарських договорів між цукровими заводами, бурякозаводами та іншими суб'єктами бурякоцукрового

¹ Корнієнко, В. Н. Правовое регулирование контрактации сахарной свеклы [Текст] : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.06 / В. Н. Корнієнко. – Х., 1991. – С. 27.

² Офіц. вісн. України. – 2011. – № 13. – Ст. 662.

³ Відом. Верхов. Ради України. – 1999. – № 32. – Ст. 268.

комплексу незалежно від форми власності щодо вирощування та закупівлі цукрових буряків для виробництва цукру квоти «А»» від 13 травня 2005 р. № 201, зареєстрованим у Міністерстві юстиції України 25 липня 2005 р. за № 795/11075¹, затверджено Типові умови господарських договорів між цукровими заводами, бурякосіючими господарствами та іншими суб'єктами бурякоцукрового комплексу незалежно від форми власності щодо вирощування та закупівлі цукрових буряків для виробництва цукру квоти «А». З аналізу названих Типових умов господарських договорів вбачається, що вони становлять договори контрактації, оскільки серед іншого вміщують зобов'язання виробника виростити цукрові буряки, а цукрового заводу – надати допомогу першому в організації виробництва названої продукції та ін.

Господарським законодавством України передбачено особливості відповідальності сторін за договором контрактації сільськогосподарської продукції. Так, згідно зі ст. 274 ГК України на сільськогосподарського товаровиробника покладається відповідальність за нездачу сільськогосподарської продукції у строки, передбачені договором контрактації, а також за несвоєчасну підготовку сільськогосподарської продукції до здавання-приймання контрактанту без попередження про це останнього. Контрактант же несе відповідальність за невиконання зобов'язання щодо приймання сільськогосподарської продукції безпосередньо у виробника, а також за відмову від приймання продукції, пред'явленої виробником у строки і в порядку, що погоджені сторонами. Заходи відповідальності за названі правопорушення є різними.

Так, у разі прострочення сільськогосподарським товаровиробником здачі сільськогосподарської продукції контрактанту у строки, передбачені договором, виробник сплачує контрактанту неустойку в розмірі, встановленому договором, якщо інший розмір не передбачений законом. Як відомо, неустойка може встановлюватися у вигляді штрафу або ж пені. Вважаємо, що в цьому випадку можна говорити як про неустойку у вигляді штрафу (у фіксованому в договорі розмірі), так і про пеню. Така пеня може закріплюватися в договорі контрактації у відсотковому значенні та розраховуватися залежно від вартості незданої сільськогосподарської продукції або ж від загальної її вартості, що має поставлятися відповідно до названого договору.

У разі ж, якщо продукцію не було своєчасно підготовлено до здавання-приймання і про це не було попереджено контрактанта, сільськогосподарський виробник має відшкодувати контрактанту завдані

¹ Офіц. вісн. України. – 2005. – № 30. – Ст. 1842.

цим збитки, тобто відшкодуванню згідно зі ст. 22 ЦК України підлягають не лише реальні збитки, а також упущена вигода.

За невиконання зобов'язання щодо приймання сільськогосподарської продукції безпосередньо у виробника, а також у разі відмови від приймання продукції, пред'явленої виробником у строки і в порядку, погоджені сторонами, контрактант сплачує виробнику штраф у розмірі п'яти відсотків вартості неприйнятої продукції, враховуючи надбавки і знижки, а також відшкодовує завдані виробникові збитки, а щодо продукції, яка швидко псується, – повну її вартість.

Крім викладеного, для контрактанта також встановлена відповідальність за несвоєчасне здійснення сільськогосподарському товаровиробнику оплати вартості отриманої від нього сільськогосподарської продукції. Адже згідно з ч. 2 ст. 625 ЦК України боржник, який прострочив виконання грошового зобов'язання, на вимогу кредитора зобов'язаний сплатити суму боргу з урахуванням встановленого індексу інфляції за весь час прострочення, а також три проценти річних від простроченої суми, якщо інший розмір процентів не встановлений договором або законом.

У договорі контрактації можуть бути передбачені також інші санкції за невиконання або неналежне виконання договірних зобов'язань як сільськогосподарським товаровиробником, так і контрактантом.

Зазначимо, що ч. 5 ст. 273 ГК України передбачено встановлення інших особливостей виконання договорів контрактації Положенням про контрактацію сільськогосподарської продукції, яке затверджується Кабінетом Міністрів України. Як і у випадку з Типовим договором контрактації сільськогосподарської продукції, Положення про контрактацію названої продукції Кабінетом Міністрів України поки що не затверджено. Вважаємо, що відсутність названого Положення, у якому мають визначатися особливості контрактаційних відносин із заготівлі сільськогосподарської продукції, у тому числі й опосередкування їх договірною формою, стримує застосування договорів контрактації сільськогосподарської продукції. Адже, зважаючи на наведені вище особливості й істотні умови розглянутих договорів, у практиці невеликих сільськогосподарських товаровиробників вони застосовуються не дуже часто, у тому числі й через відсутність кваліфікованої правової допомоги.

До сьогодні в Україні є чинним Положення про порядок укладання і виконання договорів контрактації сільськогосподарської продукції,

затверджене наказом Держагропрому СРСР від 15 квітня 1987 р. № 300¹. Назване Положення регулювало відносини між організаціями, підприємствами, що здійснюють закупівлю сільськогосподарської продукції (заготівельні, переробні тощо), та колгоспами, радгоспами й іншими сільськогосподарськими підприємствами та організаціями, що виникали при укладенні та виконанні договорів контрактації сільськогосподарської продукції. У Положенні встановлювалися обов'язки контрактантів та сільськогосподарських підприємств (зокрема, обов'язок укласти договір контрактації не пізніше 1 січня кожного року та надати його до Державної інспекції по заготівлях та якості сільськогосподарської продукції), строки продажу продукції, порядок здійснення розрахунків та майнової відповідальності за невиконання зобов'язань за договором контрактації тощо². У частині, що не суперечить законодавству України, назване Положення про порядок укладання і виконання договорів контрактації сільськогосподарської продукції може застосовуватися і зараз, проте з урахуванням змін як у системі аграрного господарювання, так і в нормативно-правовому регулюванні аграрних відносин.

Якщо взяти до уваги історичний аспект, то договір контрактації використовується в галузі виробництва та постачання сільськогосподарської продукції тривалий час. Зазначений договір регламентувався ЦК Української РСР від 18 липня 1963 р. № 1540-VI, відповідно до ст. 254 якого державна закупка сільськогосподарської продукції у колгоспів і радгоспів здійснювалася за договорами контрактації, які укладали на основі державних замовлень на поставку державі сільськогосподарської продукції і планів розвитку сільськогосподарського виробництва в колгоспах і радгоспах, а його ст. 255 встановлювала вимоги щодо змісту договору контрактації. Існували також затверджені у встановленому порядку підзаконні нормативні акти, якими регламентувалися відносини з контрактації, зокрема Положення про порядок укладання і виконання договорів контрактації сільськогосподарської продукції, які приймалися у 1966, 1976, 1983, 1987 роках. Свого часу в спеціальній юридичній літературі були широко досліджені поняття, особливості, суб'єктний

¹ Бюллетень нормативных актов Министерств и ведомств СССР. – 1988. – № 2. – С. 25.

² Детальніше див.: АПК: радикальная экономическая реформа: нормативно-правовые акты [Текст] : сборник. – Киев : Изд-во Укр. с.-х. акад., 1991. – С. 317–331.

склад та характерні риси договорів контрактації сільськогосподарської продукції¹.

Загалом можна погодитися із Ц. Бичковою в тому, що договір контрактації сільськогосподарської продукції охоплює елементи виробничого характеру. Він містить певні зобов'язання з організації й оплати праці за вирощування законтракованих культур. Надання різних пільг сільськогосподарським підприємствам у ряді випадків покладається на заготівельну організацію, що є властивим лише для відносин контрактації. За договором контрактації закупається тільки сільськогосподарська продукція, вироблена в господарстві, що є стороною в договорі. Особливістю договору контрактації є також наявність зобов'язань заготівельних організацій надавати допомогу сільськогосподарським підприємствам в організації виробництва, первинної обробки, пакування, транспортування продукції².

Попередній виклад цілком підтверджує, що договір контрактації за юридичною природою є складною формою, він регулює товарно-грошові, майнові і навіть організаційні відносини у сфері сільськогосподарського виробництва³. Використання саме такої договірної форми виробництва й реалізації сільськогосподарської продукції дозволяє відносити договір контрактації до спеціалізованого правового інституту аграрного права⁴, адже за допомогою договорів контрактації упорядковуються відносини, пов'язані саме з виробництвом (вирощуванням) сільськогосподарської продукції.

У підсумку зазначимо, що в результаті проведеного дослідження виявлена необхідність уточнення в ч. 1 ст. 713 ЦК України та ч. 2

¹ Див. наприклад: Баховкіна, Л. Н. Регулирование государственных закупок сельскохозяйственных продуктов у колхозов и совхозов (правовые проблемы) [Текст] : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.06 / Л. Н. Баховкіна. – М. : Ин-т государства и права, 1976. – 34 с.; Бичкова, Ц. В. Договірні відносини з державних закупівель продукції у сільськогосподарських підприємств [Текст] / Ц. В. Бичкова. – К. : Наук. думка, 1969. – 212 с.; Бичкова, Ц. Правове регулювання взаємовідносин колгоспів із заготівельними організаціями [Текст] / Ц. Бичкова // Радянське право. – 1988. – № 5. – С. 20–24; Остапенко, В. Договір контрактації сільськогосподарської продукції потребує доповнення і уточнення / В. Остапенко, С. Липовравський // Радянське право. – 1967. – № 11. – С. 45–48 та ін.

² Див.: Бичкова, Ц. Про сферу застосування договору контрактації сільськогосподарської продукції [Текст] / Ц. Бичкова // Радянське право. – 1966. – № 5. – С. 59.

³ Див.: Батурич, В. М. Договір контрактації зернових і масличних культур [Текст] / В. М. Батурич. – М. : Агропромиздат, 1988. – С. 5–6.

⁴ Див.: Правове регулювання розвитку АПК України [Текст] : монографія. – Київ : Наук. думка, 1993. – С. 48.

ст. 272 ГК України найменування в договорі контрактації виробника сільськогосподарської продукції, якого слід називати «сільськогосподарський товаровиробник». Також варто затвердити у встановленому порядку Положення про контрактацію сільськогосподарської продукції, а також Типовий договір контрактації сільськогосподарської продукції.

Проведений аналіз договірної контрактаційної форми, яка може використовуватися у сфері виробництва сільськогосподарської продукції, повністю підтверджує справедливість думки В. І. Семчика про важливість відображення специфіки договірних відносин у сільському господарстві, що виявляється в кожному структурному елементі договору (суб'єкти, предмет, об'єкти, зміст)¹. Це має враховуватися і при вдосконаленні правового регулювання договорів контрактації сільськогосподарської продукції.

¹ Семчик, В. И. Имущественные правоотношения в сельском хозяйстве [Текст] / В. И. Семчик. – Киев : Наук. думка, 1984. – С. 172.

Розділ VIII

Еколого-правові договори: законодавча ретроспектива й сучасність

Договірна практика в екологічному законодавстві є відносно новим правовим явищем, яке останнім часом отримує значне поширення на тлі ринкових відносин у всіх сферах господарювання, у т. ч. в процесі використання (експлуатації) природних ресурсів, охорони навколишнього природного середовища, забезпечення екологічної безпеки. На думку науковців, з точки зору юридичної природи договорів у публічно-правовій сфері основною ознакою договорів в екологічному праві слід визнати публічний інтерес, загальні блага, які передбачають спільну діяльність учасників договору для досягнення соціально значимої мети. Публічний екологічний інтерес та загальні блага як основні об'єкти й умови суспільного еколого-правового договору визначені Конституцією України, а саме: правовий режим природних ресурсів як об'єктів права власності українського народу, від імені якого повноваження власника реалізують державні органи (ст. 13); земля є національним багатством, що знаходиться під особливою охороною держави (ст. 14); обов'язок держави забезпечувати екологічну безпеку на території України (ст. 16); право людини на безпечне для життя і здоров'я довкілля (ст. 50); обов'язок кожного берегти природу, відшкодувати завдану їй шкоду (ст. 66)¹.

Одним із перших наукових досліджень договірних відносин, яке було проведено в науковій доктрині екологічного права незалежної України, стало дисертаційне дослідження А. К. Соколової «Договори на користування природними ресурсами»². На її думку, в умовах пере-

¹ Див.: Краснова, М. Актуальні питання регулювання еколого-правових договірних відносин в Україні [Текст] / М. Краснова // Право України. – 2011. – № 2. – С. 132; Краснова, М. В. Договори в екологічному праві України [Текст] : навч. посіб. / М. В. Краснова. – К. : Алерта, 2012. – С. 16.

² Соколова, А. К. Договори на пользование природными ресурсами [Текст] : дис. ... канд. юрид. наук / А. К. Соколова. – Х., 1993. – 176 с.

ходу до ринкових відносин особливого значення набуває використання природних ресурсів на підставі договорів, які забезпечують найбільшу самостійність сторін договору щодо прийняття оптимальних рішень та сприяють високоефективному використанню природних ресурсів. Ось чому в останні роки намітилась тенденція в розвитку екологічного законодавства, спрямована на застосування широкого кола договірних форм у природокористуванні¹. У юридичній літературі 80-х років минулого століття такі договори були названі земельно-правовими, водно-правовими, договорами лісового права².

Не беручи до уваги розвиток орендних відносин на землю та інші природні ресурси в 20-х роках минулого століття, першим законодавчим актом на теренах колишнього СРСР (а відповідно й колишньої УРСР) в повоєнні роки, яким була передбачена можливість надання природних ресурсів у користування на договірних засадах, став Указ Президії Верховної Ради СРСР «Про оренду і орендні відносини в СРСР» від 7 квітня 1989 р.³ Зазначеним Указом було передбачено, що в оренду, тобто строкове оплатне господарське користування, могли передаватися (окрім майна державного, кооперативного або іншого господарського підприємства тощо) земля та інші природні об'єкти. Оренда землі застосовувалась у сільськогосподарському виробництві, промисловості, будівництві, на транспорті та в інших галузях народного господарства. Особам, які займалися індивідуальною трудовою діяльністю в сільському господарстві (селянським господарствам), надавалися в оренду земельні ділянки, розміри яких встановлювалися земельним законодавством союзних республік, з урахуванням можливості їх обробітку особистою працею членів селянського господарства.

Указ також містив важливе положення стосовно права орендаря на використання для власних потреб загальнопоширених корисних копалин (корисних копалин місцевого значення), торфу і водних об'єктів, які знаходяться на орендованій земельній ділянці, якщо інше не було передбачено договором оренди. Строки оренди визначалися договором. При цьому оренда землі повинна мати довгостроковий характер – від 5 до 50 років і на більш тривалий строк. При наданні землі та інших природних об'єктів в оренду їх первинним користувачем орендна плата надходила орендодавцеві в частині, яка покриває його витрати на

¹ Див.: Соколова, А. К. Договоры на пользование природными ресурсами [Текст] : дис. ... канд. юрид. наук / А. К. Соколова. – Харьков, 1993. – С. 3.

² Див.: Договор в народном хозяйстве: (вопросы общей теории) [Текст] / М. К. Сулейменов, Б. В. Покровский, В. А. Жакенов и др. – Алма-Ата : Наука, 1987. – С. 11.

³ Відом. Верхов. Ради СРСР. – 1989. – № 15. – Ст. 105.

утримання і поліпшення цих об'єктів, а також виробничу інфраструктуру, необхідну для задоволення потреб орендаря. Решта орендної плати направляється як дохід районній (міській), районній у місті раді.

Наступним етапом становлення та розвитку договірних відносин при використанні природних ресурсів стали Основи законодавства Союзу РСР і союзних республік про оренду від 23 листопада 1989 р.¹ Відповідно до цих Основ в оренду могли бути передані, окрім підприємств (об'єднань), організацій, структурних одиниць об'єднань тощо, земля та інші природні ресурси. Оренда розглядалася як засноване на договорі строкове платне володіння й користування землею, іншими природними ресурсами, підприємствами (об'єднаннями) та іншими майновими комплексами, а також іншим майном, необхідним орендареві для самостійного провадження господарської чи іншої діяльності. Орендарями землі були відповідні ради народних депутатів, орендодавцями – юридичні особи і громадяни, спільні підприємства, міжнародні об'єднання і організації за участю вітчизняних та іноземних юридичних осіб, а також іноземні держави, міжнародні організації, іноземні юридичні особи і громадяни.

Основним документом, який регламентував відносини орендодавця з орендарем, був договір оренди. Він укладався на засадах добровільності і повної рівноправності сторін. У договорі оренди передбачалися: склад і вартість землі та інших природних ресурсів, що передавалися в оренду; розмір орендної плати; строки оренди; розподіл обов'язків сторін щодо охорони та збереження землі й інших природних ресурсів; обов'язок орендодавця надати орендареві землю або інші природні ресурси у стані, який відповідає умовам договору; обов'язок орендаря користуватися землею або іншими природними ресурсами відповідно до умов договору, вносити орендну плату і повернути землю або інші природні ресурси після припинення договору орендодавцеві у стані, обумовленому договором.

Строки оренди визначалися договором. Разом із тим орендне підприємство зобов'язане було забезпечувати ефективне використання та відтворення природних ресурсів і користування ними відповідно до цілей, для яких вони йому надані. Воно зобов'язувалося охороняти навколишнє природне середовище від забруднення та інших шкідливих впливів.

¹ Відом. З'їзду народних депутатів СРСР і Верховної Ради СРСР. – 1989. – № 25. – Ст. 481.

ЗК Української РСР, який було введено в дію постановою Верховної Ради України від 18 грудня 1990 р., значно розширив сферу застосування договірних засад при використанні земель. Договірні відносини отримали нове забарвлення. Зокрема, відповідно до цього Кодексу у тимчасове користування на умовах оренди земля надавалася громадянам України, підприємствам, установам і організаціям, громадським об'єднанням і релігійним організаціям, спільним підприємствам, міжнародним об'єднанням і організаціям за участю українських, іноземних юридичних осіб і громадян, підприємствам, що повністю належать іноземним інвесторам, а також іноземним державам, міжнародним організаціям, іноземним юридичним особам та фізичним особам без громадянства.

Орендодавцями землі були сільські, селищні, міські, районні ради і власники землі. Оренда поділялася на короткострокову – до трьох років і довгострокову – до п'ятдесяти років.

Була значно розширена можливість надання в оренду земель сільськогосподарського призначення. Громадяни, які мали земельні ділянки у власності, мали право надавати їх в оренду без зміни цільового призначення на строк до трьох років, а в окремих випадках – до п'яти років.

При успадкуванні земельних ділянок неповнолітніми допускалося надання цих ділянок в оренду під контролем місцевих рад на строк до досягнення спадкоємцем повноліття.

На виконання положень ЗК про договір оренди землі Радою Міністрів УРСР було затверджено постанову «Про форму договору на право тимчасового користування землею (у тому числі на умовах оренди)» від 10 квітня 1991 р.¹

Договірні засади використання земель на умовах оренди отримали своє подальше втілення в Законі України «Про сільське (фермерське) господарство» від 20 грудня 1991 р.²

Так, відповідно до ст. 5 цього Закону земельні ділянки для ведення селянського (фермерського) господарства надаються громадянам за їх бажанням у довічне успадкування, володіння, приватну власність або в оренду. Надання земельної ділянки в оренду здійснюється із земель запасу, а також із вилучених у колгоспів, інших сільськогосподарських кооперативів і підприємств земель (п. 1 ст. 7 Закону України «Про селянське (фермерське) господарство»). Граничні розміри орендної плати за землю визначалися Верховною Радою України.

¹ ЗП УРСР. – 1991. – № 4. – Ст. 35.

² Відом. Верхов. Ради України. – 1992. – № 14. – Ст. 186.

На думку вчених, які досліджували питання договірних відносин у сфері природокористування, договірна форма має суттєві переваги перед адміністративними актами, які засвідчують право користування природними (у т. ч. земельними) ресурсами. По-перше, у договорі чітко визначаються права та обов'язки сторін стосовно земельної ділянки, що надається у користування. По-друге, сторони в договорі встановлюють відповідні санкції за його порушення, що стимулює їх до належного виконання умов договору¹.

У 80-х роках минулого століття договірна форма знайшла своє часткове застосування також при використанні лісових ресурсів, зокрема побічних лісових користувань. До побічних лісових користувань Основи лісового законодавства Союзу РСР і союзних республік (ст. 30) та Лісовий кодекс УРСР (гл. 19) відносили: сінокосіння, випасання худоби, розміщення вуликів і пасік, заготівля деревинних соків, заготівля та збирання дикорослих плодів, горіхів, грибів, ягід, лікарських рослин та технічної сировини. Відповідно до Інструкції по здійсненню побічних лісових користувань в лісах СРСР, затвердженої наказом Державного комітету СРСР по лісовому господарству від 13 грудня 1982 р.², було передбачено, що при наданні ділянок для виробничої заготівлі на термін більше одного сезону лісгоспи укладають з лісокористувачами договори на здійснення побічних лісових користувань. Типовим (примірним) договором про надання в довгострокове користування підприємствам, установам і організаціям ділянок лісу і земель державного лісового фонду, не вкритих лісом, для здійснення побічних лісових користувань була передбачена низка обов'язків, які покладалися на користувачів. Зокрема, це такі обов'язки: здійснювати побічні лісові користування способами, які не призводять до виникнення ерозії ґрунту, виключають або обмежують негативний вплив цих користувань на стан і відтворення лісів, а також на стан водойм й інших природних ресурсів; застосовувати технологію заготівлі і збирання продукції, що виключає виснаження наявних ресурсів, здійснювати заходи щодо їх відновлення та підвищення продуктивності угідь; дотримуватися пожежної безпеки, здійснювати в місцях проведення робіт протипожежні заходи, а при виникненні лісових пожеж здійснювати їх гасіння; найбільш повно і раціонально використовувати надані ділянки лісу і землі державного лісового фонду, не вкриті лісом, здій-

¹ Див.: Соколова, А. К. Договоры на пользование природными ресурсами [Текст] : дис. ... канд. юрид. наук / А. К. Соколова. – Х., 1993. – С. 12.

² Див.: Сборник нормативных материалов по лесному хозяйству [Текст] / сост. Л. Е. Михайлов, А. Б. Бронина. – М. : Лесная промышленность, 1984. – С. 172–185.

снювати лише ті побічні лісові користування, які йому дозволені, лише на наданих ділянках, в розмірах та відповідно до мети і вимог, передбачених лісовим квитком, та деякі інші.

Важливим нормативно-правовим документом для подальшого розвитку договірних відносин при використанні лісових ресурсів стала постанова ЦК КПРС та Ради Міністрів СРСР «Про вдосконалення управління лісовим господарством і лісовою промисловістю держави» від 10 березня 1988 р.¹ Зазначеним правовим актом передбачалася розробка проекту Положення про оренду лісів СРСР. У постанові зазначалося, що оренда ґрунтується на платності всіх лісових ресурсів з урахуванням їх диференціації по природно-економічним зонам, а лісовий фонд, що надається в довгострокову оренду, повинен забезпечити безперервне і невичерпне користування лісом з урахуванням розмірів розрахункової лісосіки. Правовою основою орендних лісових відносин повинен стати договір оренди. Але передбачене постановою Положення про оренду лісів СРСР не було розроблено і його прийняття не відбулося. Натомість Радою Міністрів Російської Федерації 17 січня 1991 р. була прийнята постанова «Про вдосконалення управління лісами», у якій встановлювалася необхідність розробки та прийняття Положення про оренду лісових ресурсів РФСР².

Таким чином, як вважали науковці, кінець 80-х років минулого століття став періодом розширення сфери договірних відносин при використанні лісів. Окрім республіканських положень про оренду лісів, повинні бути розроблені та затверджені типові або тимчасові договори про надання лісів в оренду, у яких слід передбачити основні права та обов'язки сторін, порядок укладання і виконання договорів, юридичні санкції за порушення покладених на сторони зобов'язань³.

На теренах колишнього СРСР застосування договірної форми пропонувалося також при використанні водних ресурсів. У науковій літературі вперше про можливість договірних відносин у водокористуванні було згадано в монографічному дослідженні С. Б. Байсалова «Водне право Казахської РСР (деякі проблеми теорії і практики)». Незважаючи на штучне обмеження назви роботи географічною назвою союзної республіки колишнього СРСР, змістовна частина наукових висновків

¹ Див.: Полный хозяйственный расчет и самофинансирование [Текст] : сб. док. – М., 1988. – С. 197.

² СП РСФСР. – 1991. – № 10. – Ст. 130.

³ Див.: Соколова, А. К. Договоры на пользование природными ресурсами [Текст] : дис. ... канд. юрид. наук / А. К. Соколова. – Х., 1993. – С. 14.

стосовно предмета, методу, системи, принципів та деяких інших питань охоплювала водне законодавство в цілому держави, а не окремої її структурної частини, – Казахської РСР¹.

Характерним для дослідження джерел водного права стало те, що автором були піддані аналізу не лише закони, укази, постанови і розпорядження, рішення, правила, положення, інструкції, накази але й деякі *договори нормативного характеру* (виділено мною – А. Г.). С. Б. Байсалов запропонував розглядати договір як форму регулювання водних відносин, у якості одного з джерел водного права. На його думку, такі договори укладаються між союзними республіками й регулюють міжреспубліканські водогосподарські відносини. У тих випадках, коли вони затверджуються Радою Міністрів відповідних союзних республік, вони набувають змісту урядових нормативних актів².

Але необхідно констатувати, що договір як форма правового регулювання водогосподарських відносин, відносин комунального і водогосподарського водокористування з прийняттям Основ водного законодавства Союзу РСР та союзних республік (1970 р.) і Водного кодексу УРСР (1972 р.) не знайшов свого практичного втілення і не отримав підтримки в доктрині радянського права. Винятком із цього слід вважати лише приписи Водного кодексу РРФСР (1971 р.). У ст. 24 зазначеного Кодексу було передбачено право первинних водокористувачів на надання відповідних водних ресурсів у вторинне водокористування. У дозволах на вторинне водокористування зазначалися мета, головні умови користування водними об'єктами та вторинного водокористування. Взаємні права та обов'язки сторін передбачалися в договорі, який укладався між первинним та вторинним водокористувачами.

Верховною Радою УРСР від 28 лютого 1990 р. приймається постанова «Про екологічну обстановку в республіці та заходи по її докорінному поліпшенню»³. У постанові наголошувалося на необхідності забезпечити розробку й реалізацію екологічно обґрунтованої концепції подальшого розвитку народного господарства республіки в умовах економічної самостійності, яка передбачала б структурні зміни, спрямовані на різке обмеження розвитку видобувних, ресурсо- і водомістких, енергоємних галузей та окремих виробництв, перехід на сучасні екологічно чисті, безвідходні й маловідходні технології та продукцію; перехід від адміністративно-командних до економічних методів управління природокористуванням

¹ Байсалов, С. Б. Водное право Казахской ССР (некоторые проблемы теории и практики) [Текст] / С. Б. Байсалов. – Алма-Ата : Наука, 1966. – 208 с.

² Там само. – С. 108–126.

³ Відом. Верхов. Ради УРСР. – 1990. – № 11. – Ст. 165.

шляхом запровадження та підвищення плати за використання природних ресурсів і забруднення навколишнього природного середовища, економічного стимулювання екологічно чистих виробництв, підприємств з переробки промислових та побутових відходів; всебічну економію свіжої води. У зв'язку з прийняттям цієї постанови в юридичній літературі пропонувалося розробити механізм надання водних об'єктів у довгострокове користування на умовах оренди та прийняття Типового договору оренди водних об'єктів. Ця форма в умовах госпрозрахунку, самофінансування і плати за водні ресурси повною мірою змогла б забезпечити раціональне та економічне використання водних ресурсів і матеріальну зацікавленість водокористувачів у збереженні вод¹.

Договірна форма частково була наявна в екологічному законодавстві колишнього СРСР та союзних республік і при використанні інших об'єктів навколишнього природного середовища – тваринного світу та корисних копалин. Зокрема, в Інструкції про порядок відводу та закріплення мисливських угідь в РРФСР, затвердженій наказом Головного управління мисливського господарства при Раді Міністрів РРФСР від 18 липня 1975 р., були передбачені декілька видів типових договорів на користування мисливськими угіддями: на користування мисливськими угіддями для ведення промислового господарства; типовий генеральний договір на користування мисливськими угіддями; на користування мисливськими угіддями для ведення мисливського господарства; типовий договір на користування мисливськими угіддями між генеральним та підвідомчим користувачами².

Відповідно до постанови Ради Міністрів СРСР «Про затвердження Типового статуту артілі старателів» від 10 березня 1975 р. розробка родовищ корисних копалин (ділянок родовищ) здійснювалась артіллю старателів на підставі договору з гірничодобувним підприємством. Договір укладався на термін більше одного року. Надання артілі старателів родовища корисних копалин або ділянок родовищ для розробки здійснювалось гірничодобувним підприємством на підставі акта, який був невід'ємною частиною договору³.

Прийняття Верховною Радою України 16 липня 1990 р. Декларації про державний суверенітет України⁴ та Закону України «Про охорону

¹ Див.: Соколова, А. К. Договоры на пользование природными ресурсами [Текст] : дис. ... канд. юрид. наук / А. К. Соколова. – Х., 1993. – С. 16–17.

² Див.: Сборник нормативных актов по охотничьему хозяйству [Текст] / сост. А. А. Улитин. – М. : Лесная промышленность, 1984.

³ СП СССР. – 1975. – № 9. – Ст. 47.

⁴ Відом. Верхов. Ради України. – 1990. – № 31. – Ст. 429.

навколишнього природного середовища» від 25 червня 1991 р.¹ стало правовим підґрунтям для розвитку договірних відносин у сфері природокористування, охорони довкілля та забезпечення екологічної безпеки в нашій державі. Безпосередньо ці законодавчі акти не містять приписів щодо договорів у сфері природокористування, але ними передбачено регулювання порівняно нових для екологічного законодавства суспільних відносин, механізм реалізації яких не спрацьовує за відсутності укладених договорів.

М. В. Краснова справедливо стверджує, що відповідно до вимог екологічного законодавства на договірних засадах в Україні реалізуються зобов'язання стосовно проведення обов'язкової екологічної експертизи, екологічного страхування, екологічного аудиту, екологічної стандартизації, екологічного нормування, екологічного інформування, екологічної сертифікації тощо (статті 25¹, 26–30, 31–33, 49 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища»). У межах цих вимог суб'єкти здійснення екологічно небезпечних видів діяльності шляхом укладення договорів з відповідними організаціями на виконання експертних, аудиторських, страхових, науково-дослідних, пошукових та інших робіт забезпечують необхідні документи – висновки, проекти гранично допустимих викидів і скидів, розміщення відходів у навколишньому природному середовищі, договори з метою одержання дозволів на здійснення такої діяльності, тобто підтверджують свою екологічну правосуб'єктність².

Як приклад реалізації приписів Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» механізмом договірних засад можливо навести положення про екологічну експертизу, екологічну стандартизацію тощо. Відповідно до ст. 26 зазначеного закону в Україні здійснюється державна, громадська та інші види екологічної експертизи. Проведення екологічної експертизи є обов'язковою у процесі законотворчої, інвестиційної, управлінської, господарської та іншої діяльності, що впливає на стан навколишнього природного середовища. Порядок проведення екологічної експертизи визначається Законом України «Про екологічну експертизу» від 9 лютого 1995 р. Зокрема, до основних завдань екологічної експертизи відносяться: визначення ступеня екологічного ризику і безпеки запланованої чи здійснюваної

¹ Відом. Верхов. Ради України. – 1991. – № 41. – Ст. 546.

² Див.: Краснова, М. Актуальні питання регулювання еколого-правових договірних відносин в Україні [Текст] / М. Краснова // Право України. – 2011. – № 2. – С. 135; Краснова, М. В. Договори в екологічному праві України [Текст] : навч. посібник / М. В. Краснова. – К. : Алерта, 2012. – С. 17–18.

діяльності; організація комплексної, науково обґрунтованої оцінки об'єктів екологічної експертизи; встановлення відповідності об'єктів експертизи вимогам екологічного законодавства, будівельних норм і правил; оцінка впливу діяльності об'єктів екологічної експертизи на стан навколишнього природного середовища і якість природних ресурсів; оцінка ефективності, повноти, обґрунтованості та достатності заходів щодо охорони навколишнього природного середовища; підготовка об'єктивних, всебічно обґрунтованих висновків екологічної експертизи.

Основними принципами екологічної експертизи є: гарантування безпечного для життя та здоров'я людей навколишнього природного середовища; збалансованість екологічних, економічних, медико-біологічних і соціальних інтересів та врахування громадської думки; наукова обґрунтованість, незалежність, об'єктивність, комплексність, варіантність, превентивність, гласність, екологічна безпека, територіально-галузева й економічна доцільність реалізації об'єктів екологічної експертизи, запланованої чи здійснюваної діяльності; державне регулювання; законність.

Відповідно до Закону України «Про екологічну експертизу» здійснення державної екологічної експертизи є обов'язковим для видів діяльності та об'єктів, що становлять підвищену екологічну небезпеку. Перелік видів діяльності та об'єктів, що становлять підвищену екологічну небезпеку, встановлюється Кабінетом Міністрів України за поданням спеціально уповноваженого центрального органу виконавчої влади з питань екології та природних ресурсів і спеціально уповноваженого центрального органу виконавчої влади з питань охорони здоров'я. Проведення додаткових державних екологічних експертиз здійснюється за ініціативою заінтересованих осіб *на підставі договору про надання еколого-експертних послуг* (виділено мною. – А. Г.) або за рішенням Кабінету Міністрів України, Ради Міністрів Автономної Республіки Крим, місцевих рад чи їх виконавчих комітетів.

Як уже зазначалося, екологічна експертиза поділяється на державну, громадську та інші види. До інших видів екологічної експертизи відносять договірні, міжнародні та деякі інші¹. Вони можуть здійснюватися за ініціативою заінтересованих юридичних і фізичних осіб *на договірній основі* (виділено мною. – А. Г.) із спеціалізованими еколого-експертними органами і формуваннями. Окрім того, одним із шляхів проведення державної

¹ Див.: Науково-практичний коментар Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» [Текст] / за заг. ред. О. М. Шуміла. – Х. : Фактор, 2006. – С. 239.

екологічної експертизи є залучення *на договірних засадах* (виділено мною. – А. Г.) спеціалізованих організацій для попереднього експертного розгляду та підготовки відповідних пропозицій.

Договірний механізм частково характерний і для реалізації положень Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» щодо екологічної стандартизації. Відповідно до ст. 32 зазначеного закону державні стандарти в галузі охорони навколишнього природного середовища є обов'язковими для виконання і визначають поняття і терміни, режими використання й охорони природних ресурсів, методи контролю за станом навколишнього природного середовища, вимоги щодо запобігання забрудненню навколишнього природного середовища, інші питання, пов'язані з охороною навколишнього природного середовища та використання природних ресурсів.

Питання екологічної стандартизації мають комплексний характер і регулюються низкою законодавчих та нормативно-правових актів, у т. ч. й Законом України «Про стандартизацію» від 17 травня 2001 р.¹ Стандарт становить документ, розроблений на основі консенсусу та затверджений уповноваженим органом, що встановлює призначені для загального і багаторазового використання правила, інструкції або характеристики, які стосуються діяльності чи її результатів, включаючи продукцію, процеси або послуги, дотримання яких є необов'язковим. Стандарт може містити вимоги до термінології, позначок, пакування, маркування чи етикетування, які застосовуються до певної продукції, процесу чи послуг. Натомість Закон України «Про охорону навколишнього природного середовища» у цитованій вище статті (ст. 32) встановлює, що державні стандарти в галузі охорони навколишнього природного середовища є обов'язковими для виконання, що свідчить про їх особливу значимість для забезпечення раціонального природокористування, охорони довкілля та екологічної безпеки.

Залежно від рівня органу, який приймає чи схвалює нормативні документи із стандартизації, вони поділяються на такі види: національні стандарти, правила усталеної практики та класифікатори, прийняті чи схвалені центральним органом виконавчої влади з питань стандартизації, а також видані ним каталоги та реєстри загальнодержавного застосування; стандарти, технічні умови та правила усталеної практики, прийняті чи схвалені іншими органами та організаціями, що займаються питаннями стандартизації, а також видані ними каталоги (ст. 11 Закону України «Про стандартизацію»).

¹ Відом. Верхов. Ради України. – 2001. – № 31. – Ст. 145.

Держстандарт України наказом № 495 від 18 серпня 1997 р. затвердив та ввів у дію державні стандарти України ДСТУ ISO 14001-97 «Система управління навколишнім середовищем. Склад та опис елементів і настанов щодо їх застосування» та ДСТУ ISO 14004-97 «Система управління навколишнім середовищем. Загальні постанови щодо принципів управління, систем та засобів забезпечення»¹. Особливість цих стандартів полягає в тому, що при опису систем екологічного управління в них залишається значне місце для ініціативної діяльності підприємств, у т. ч. й такої, яка здійснюється на підставі договірних відносин. Зокрема, у вступі до ДСТУ ISO 14001-97 «Система управління навколишнім середовищем. Склад та опис елементів і настанов щодо їх застосування» передбачено, що зазначений стандарт не встановлює конкретних вимог до екологічних характеристик, окрім обов'язку дотримуватись чинного законодавства і нормативних актів, а також обов'язку щодо постійного вдосконалення. Різні організації, які здійснюють подібну діяльність, але мають різні екологічні характеристики, можуть відповідати його вимогам. Таким чином, при здійсненні виробничого екологічного управління досягаються як обов'язкові, визначені в законодавстві цілі (такими найчастіше виступають екологічні нормативи, стандарти, ліміти, тощо), так і добровільні, тобто ті, які визначає для себе кожен суб'єкт господарської діяльності², реалізація яких відбувається на договірних засадах.

Після Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» в Україні приймається ціла низка законодавчих актів, у яких була продовжена традиція договірних засад регулювання відносин з використання окремих природних ресурсів: Кодекс України про надра (1994 р.), Водний кодекс України (1995 р.), Лісовий кодекс України (1994 р., у ред. 2006 р.), закони «Про оренду землі» (1998 р.), «Про мисливське господарство і полювання» (2000 р.), «Про питну воду і питне водопостачання» (2002 р.), «Про рибу, водні живі організми і харчову продукцію з них» (2003 р.) та деякі інші.

Але найбільш повно договірні відносини отримали своє відображення в земельному законодавстві України. Їх правові засади, які беруть свій початок з Указу Президії Верховної Ради СРСР «Про оренду

¹ ДСТУ ISO 14001-97, 14004-97. Система управління навколишнім середовищем [Текст] : Наказ Держстандарту України № 495 від 18.08.1997 р. – К. : Держстандарт України. – 1997.

² Див.: Науково-практичний коментар Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» [Текст] / за заг. ред. О. М. Шуміла. – Х. : Фактор, 2006. – С. 259.

і орендні відносини в СРСР» від 7 квітня 1989 р.¹, знайшли своє втілення в ЗК Української РСР від 18 грудня 1990 р. в редакції від 13 березня 1992 р. Незважаючи на те, що в ньому було передбачено лише один різновид договору – оренда землі, це стало революційним кроком на шляху до подальшого становлення та розвитку договірних відносин не тільки в земельному, але й у водному, лісовому, фауністичному та інших підгалузях екологічного законодавства України.

Відповідно до Земельного кодексу України від 18 грудня 1990 р. (в редакції від 13 березня 1992 р.) земля надавалася в тимчасове користування на умовах оренди (ст. 8 ЗК України). Орендарями землі могли бути громадяни України, підприємства, установи і організації, громадські об'єднання і релігійні організації, спільні підприємства, міжнародні об'єднання і організації за участю українських, іноземних юридичних осіб і громадян, підприємства, що повністю належать іноземним інвесторам, а також іноземні держави, міжнародні організації, іноземні юридичні особи та фізичні особи без громадянства. Орендодавцями землі були сільські, селищні, міські, районні ради, а також власники землі.

Земля надавалася в оренду у короткострокове користування до трьох років (для випасання худоби, сінокосіння, городництва, державних та громадських потреб) і довгострокове – до п'ятдесяти років. Умови, строки, а також плата за оренду землі визначалися за згодою сторін і обумовлювалися в договорі.

Орендарі земельних ділянок сільськогосподарського призначення мали переважне право на одержання орендованих земельних ділянок у власність, крім випадків, коли їх орендарями були спільні підприємства, міжнародні об'єднання і організації з участю українських, іноземних юридичних і фізичних осіб, підприємства, що повністю належать іноземним інвесторам, а також іноземні держави, міжнародні організації, іноземні юридичні особи та фізичні особи без громадянства.

У ЗК України було передбачено, що тимчасово невикористовувані сільськогосподарські угіддя, що перебувають у колективній власності колективних сільськогосподарських підприємств, сільськогосподарських кооперативів і сільськогосподарських акціонерних товариств, можуть надаватися в оренду винятково для сільськогосподарського використання на строк не більше п'яти років.

Громадяни, які мали земельні ділянки у власності, мали право надавати їх в оренду без зміни цільового призначення на строк до трьох

¹ Відом. Верхов. Ради СРСР. – 1989. – № 15. – Ст. 105.

років, а у разі тимчасової непрацездатності, призову на дійсну військову службу до Збройних Сил України, вступу до навчального закладу – до п'яти років. При успадкуванні земельних ділянок неповнолітніми допускалося надання цих ділянок в оренду під контролем місцевих рад на строк до досягнення спадкоємцем повноліття.

На виконання зазначених положень ЗК України постановою Кабінету Міністрів України від 17 березня 1993 р. був затверджений Договір на право тимчасового користування землею (у тому числі на умовах оренди), а 12 липня 1995 р. Президентом України приймається Указ «Про приватизацію та оренду земельних ділянок несільськогосподарського призначення для здійснення підприємницької діяльності». Відповідно до зазначеного указу земельні ділянки несільськогосподарського призначення можуть бути передані в оренду, в т. ч. довгострокову (до 50 років з переважним правом орендаря на продовження строку дії договору на наступні 50 років). Право на оренду могло бути придбано на конкурентних засадах через проведення земельних аукціонів або конкурсів. Порядок придбання права на оренду земельної ділянки на конкретних засадах визначався органами місцевого самоврядування.

Але слід зазначити, що цей указ виходив за межі правового регулювання, передбачені ст. 8 ЗК України, і розширював сферу договірних засад у земельно-правових відносинах. Зокрема, право на оренду земельної ділянки несільськогосподарського призначення могло бути *продано, подаровано, успадковано, обміняно, заставлено або іншим законним способом відчужено чи передано* (виділено мною. – А. Г.) відповідно до договору оренди земельної ділянки.

Закон України «Про оренду землі» приймається лише в жовтні 1998 р.¹, тобто за шість років після набрання чинності новою редакцією ЗК України від 13 березня 1992 р. Цим законом оренда землі визначалася як засноване на договорі строкове, платне володіння і користування земельною ділянкою, необхідною орендареві для здійснення підприємницької та іншої діяльності. Об'єктами оренди є земельні ділянки, що перебувають у власності громадян та юридичних осіб України, територіальних громад сіл, селищ, міст (комунальній власності), держави. Законом було також передбачено, що об'єктами оренди можуть бути земельні ділянки з насадженнями, будівлями, спорудами, водоймами, що розташовані на них, якщо це передбачено договором оренди. У правовий обіг вводився інститут суборенди землі.

¹ Відом. Верхов. Ради України. – 1998. – № 46–47. – Ст. 280.

Орендована для несільськогосподарського використання земельна ділянка або її частина могла за згодою орендодавця передаватися у володіння і користування іншій особі (суборенда) у разі переходу до неї права володіння і користування на будівлю або споруду, яка розташована на орендованій земельній ділянці, а також в інших випадках і межах, передбачених законом. Землі сільськогосподарського призначення могли бути передані орендарем визначеним Законом України «Про оренду» особам лише у разі і на строк: тимчасової непрацездатності (хвороби); інвалідності; призову на строкову військову службу до Збройних Сил України, інших військових формувань, створених відповідно до законодавства України; навчання з відривом від виробництва; обрання на виборні посади в органи місцевого самоврядування та органи державної влади України, якщо згідно з законами України особа не може суміщати свою службову діяльність з іншою посадою, займатися підприємницькою діяльністю, одержувати від цього прибуток. Термін суборенди не може перевищувати строк дії договору оренди земельної ділянки.

Орендодавцями земельних ділянок відповідно до цього закону є громадяни та юридичні особи України, у власності яких перебувають земельні ділянки; органи місцевого самоврядування: сільські, селищні, міські ради щодо земель комунальної власності; районні, обласні, Київська і Севастопольська міські державні адміністрації, Рада Міністрів Автономної Республіки Крим та Кабінет Міністрів України у межах їх повноважень щодо земель державної власності.

Орендарями земельних ділянок є юридичні або фізичні особи, яким на підставі договору оренди належить право володіння і користування земельною ділянкою, а також ними можуть бути: районні, обласні, Київська і Севастопольська міські державні адміністрації, Рада Міністрів АРК та Кабінет Міністрів України, органи місцевого самоврядування; громадяни України, юридичні особи, релігійні, громадські організації, міжнародні об'єднання та організації, а також іноземні держави, іноземні юридичні та фізичні особи, особи без громадянства.

Орендарями земельних ділянок сільськогосподарського призначення для ведення товарного сільськогосподарського виробництва можуть бути юридичні особи, установчими документами яких передбачено здійснення цього виду діяльності, а також фізичні особи, які мають необхідну кваліфікацію або досвід роботи в сільському господарстві.

ЗК України, який було прийнято 25 жовтня 2001 р. (діє з наступними змінами та доповненнями) суттєво розширив сферу договірних

відносин у земельному законодавстві порівняно із ЗК України, що діяв у редакції від 13 березня 1992 р. Окрім уже відомого земельному законодавству права оренди земельної ділянки як заснованого на договорі строкового платного володіння і користування земельною ділянкою, необхідною орендареві для провадження підприємницької та іншої діяльності, чинним ЗК передбачено декілька нових земельно-правових інститутів, реалізація яких здійснюється винятково/або на договірних засадах. Зокрема, ЗК України передбачено право земельного сервітуту як право власника або землекористувача земельної ділянки на обмежене платне або безплатне користування чужою земельною ділянкою (ділянками). Відповідно до ч. 2 ст. 100 ЗК України земельний сервітут може бути встановлений договором між особою, яка вимагає його встановлення, та власником (володільцем) земельної ділянки. Крім того, право користування чужою земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (емфітевзис) і право користування чужою земельною ділянкою для забудови (суперфіцій) виникають на підставі договору між власником земельної ділянки та особою, яка виявила бажання користуватися цією земельною ділянкою для таких потреб (ст. 102¹ ЗК України). Укладення договорів про надання права користування земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб або для забудови здійснюється відповідно до ЦК України з урахуванням вимог ЗК України.

ЗК України також передбачено можливість купівлі-продажу, міни, ренти, дарування, успадкування, застави та здійснення інших цивільно-правових угод із земельними ділянками. За договором купівлі-продажу одна сторона (продавець) передає або зобов'язується передати іншій стороні (покупцю) право власності на земельну ділянку в обмін на грошову компенсацію. Особливості купівлі-продажу земельних ділянок державної або комунальної власності визначаються главами 20–22 ЗК України, а особливості викупу земельних ділянок приватної власності для суспільних потреб та з мотивів суспільної необхідності – Законом України «Про відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у приватній власності, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності» від 17 листопада 2009 р. Земельні ділянки державної чи комунальної власності або права на них (оренда, суперфіцій, емфітевзис), у тому числі з розташованими на них об'єктами нерухомого майна державної або комунальної власності, підлягають продажу окремими лотами на кон-

курентних засадах (земельних торгах), крім випадків, передбачених ч. 2 ст. 134 ЗК України.

За договором міни земельної ділянки кожна зі сторін зобов'язується передати у власність іншій стороні земельну ділянку в обмін на іншу земельну ділянку або інше еквівалентне майно. Договір міни, як і договір купівлі-продажу, спрямований на передачу земельної ділянки у власність. Від договору купівлі-продажу земельної ділянки та інших оплатних договорів договір міни відрізняється характером зустрічного задоволення – інша земельна ділянка або інше майно. До відносин міни земельних ділянок застосовуються загальні положення про купівлю-продаж, положення про договір поставки, договір контрактації або інші договори, елементи яких містяться в договорі міни, якщо це не суперечить суті зобов'язання.

Чинне земельне законодавство передбачає можливість відчуження земельних ділянок за договором ренти, згідно з яким одна сторона (одержувач ренти) передає другій стороні (платникові ренти) у власність земельну ділянку, а платник ренти замість цього зобов'язується періодично виплачувати одержувачеві ренту у формі певної грошової суми або в іншій формі. Відповідно до ч. 2 ст. 734 ЦК України до відносин ренти земельних ділянок можуть застосовуватися правила про купівлю-продаж (якщо земельна ділянка передається у власність платника ренти за плату) або дарування (якщо земельна ділянка передається безоплатно, але з урахуванням наступної періодичної сплати ренти).

Договір дарування земельної ділянки – це правочин, на підставі якого одна сторона (дарувальник) передає або зобов'язується передати в майбутньому другій стороні (обдарованому) безоплатно земельну ділянку у власність. Він направлений на безповоротне припинення права власності у дарувальника і виникнення права власності у обдарованої особи. Дарувальник повинен бути власником земельної ділянки, що дарується. Договір дарування земельної ділянки завжди є безоплатним, тому дарувальник не має права вимагати від обдарованої особи зустрічних дій майнового або немайнового характеру. Це свідчить про те, що зазначений договір не передбачає будь-яких зустрічних домагань і спрямований винятково на надання майнової вигоди лише одній стороні (обдарованій особі).

Право власності на земельну ділянку виникає також у порядку спадкування. ЦК України спадкування визначається як перехід прав та обов'язків (спадщина) від фізичної особи, яка померла (спадкодавця), до інших осіб (спадкоємців). Спадкування земельних ділянок здійсню-

ється за заповітом або за законом. Обидва види спадкування детально врегульовані ЦК України.

Договір застави земельної ділянки передбачений ст. 133 ЗК України. Відповідно до зазначеної статті у заставу можуть передаватися земельні ділянки, які належать громадянам та юридичним особам на праві власності, а також права на них – оренда, емфітевзис, суперфіцій, якщо інше не передбачено законом. У заставу можуть передаватися земельні ділянки, які належать громадянам та юридичним особам на праві власності, але тільки ті з них, які можуть бути відчужені і на які відповідно до законодавства може бути звернене стягнення. Не можуть бути заставаодавцем такі суб'єкти правовідносин, як держава, територіальні громади та державні і комунальні підприємства.

Наведений вище перелік земельно-правових угод, передбачений чинним ЗК України, не є вичерпним, що дозволяє укласти й інші угоди із земельними ділянками, наприклад договір довічного утримання¹.

Договірні засади в регулюванні екологічних суспільних відносин були сприйняті й іншими законодавчими актами поресурсового спрямування (Водним кодексом (далі – ВК) України, Лісовим кодексом (далі – ЛК) України, законами України «Про рослинний світ», «Про тваринний світ» тощо), але, на відміну від ЗК України, не так всебічно і повно. Так, ВК України, прийнятим Верховною Радою України 6 червня 1995 р. (на сьогодні діє з відповідними змінами і доповненнями), передбачено користування водними об'єктами (їх частинами) на умовах оренди. При цьому на умовах оренди водні об'єкти (їх частини) місцевого значення та ставки, що знаходяться в басейнах річок загальнодержавного значення, можуть надаватися водокористувачам лише для риборозведення, виробництва сільськогосподарської і промислової продукції, а також у лікувальних і оздоровчих цілях (ст. 51 ВК України). Суборенда водних об'єктів або їх частин забороняється. Орендодавцями водних об'єктів (їх частин) місцевого значення є Верховна Рада Автономної Республіки Крим і обласні ради, а водних об'єктів загальнодержавного значення – Кабінет Міністрів України та місцеві державні адміністрації. Право водокористування на умовах оренди оформляється договором, погодженим з державними органами екології і природних ресурсів та водного господарства. Умови, строки й збір за оренду водних об'єктів (їх частин) визначаються в договорі

¹ Мірошниченко, А. М. Науково-практичний коментар Земельного кодексу України [Текст] / А. М. Мірошниченко, Р. І. Марусенко. – К. : Правова єдність, 2009. – С. 308.

оренди за згодою сторін. Слід також наголосити на тому, що зареєстрований у Верховній Раді України проект змін до ВК України передбачає передачу в оренду водних об'єктів як цілісних комплексів (водний об'єкт, землі, зайняті прибережними захисними смугами, землі, зайняті гідротехнічними захисними смугами, землі, зайняті гідротехнічними спорудами, іншими водогосподарськими спорудами, що використовуються на водних об'єктах) за єдиним договором оренди¹.

ЛК України, прийнятий Верховною Радою України 8 лютого 2006 р., передбачає наявність договірних засад як механізму реалізації лісових відносин у таких випадках: довгострокове тимчасове користування лісами; лісові сервітути. Відповідно до ст. 18 ЛК України тимчасове користування лісами може бути довгостроковим – терміном від одного до п'ятдесяти років і короткостроковим – терміном до одного року. Довгострокове тимчасове користування лісами здійснюється на підставі платного строкового договору на використання лісових ділянок, які виділяються для потреб мисливського господарства, культурно-оздоровчих, рекреаційних, спортивних, туристичних і освітньо-виховних цілей, а також проведення науково-дослідних робіт. Зазначене користування лісами державної та комунальної власності здійснюється без вилучення земельних ділянок у постійних користувачів лісами на підставі рішення відповідних органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування, прийнятого в межах їх повноважень за погодженням з постійними користувачами лісами та органами виконавчої влади з питань лісового господарства Автономної Республіки Крим, територіальними органами центрального органу виконавчої влади з питань лісового господарства. Користування лісами приватної власності здійснюється без вилучення земельних ділянок шляхом укладення між власником лісів та тимчасовим лісокористувачем договору, який підлягає реєстрації у відповідних, визначених ЛК України, органах виконавчої влади.

Лісовий сервітут розглядається як право на обмежене платне або безоплатне користування чужою земельною лісовою ділянкою (ст. 23 ЛК України). Права власників лісів або лісокористувачів можуть бути обмежені на користь інших заінтересованих осіб на підставі закону, *договорів* (виділено мною. – А. Г.), заповіту або за рішенням суду. Лісовий сервітут здійснюється способом, найменш обтяжливим для власників лісів або користувачів земельних лісових ділянок, щодо яких він установлений.

¹ Див.: Про внесення змін до Водного кодексу України [Текст] : Проект Закону // Текст законопроекту до другого читання 16.12.2009 р. Реєстраційний № 2634 від 12.06.2008 р.

Законодавство про рослинний світ не виключає можливості застосування договірних відносин при використанні об'єктів рослинного світу. На думку науковців, зміст договору оренди об'єктів рослинного світу має надзвичайно важливе значення для досягнення раціональності та ефективності експлуатації останніх. Кожен вид договорів має свої відмінності, але найважливішою з них є його предмет. Для договору оренди предметом служать об'єкти рослинного світу – рослинність (ліс, луки тощо) або флора (види рослин). Як правило, більшість договорів оренди об'єктів рослинного світу укладається стосовно двох природних об'єктів – земельної ділянки і об'єкта рослинного світу. Існування різнорідних об'єктів в одному договорі є цілком виправданим як із практичної, так і з теоретичної точки зору¹.

Договірні відносини є характерними для фауністичного законодавства, особливо там, де мова йде про використання об'єктів тваринного світу за допомогою таких спеціальних видів, як мисливство та рибальство. Зокрема, це ведення мисливського господарства та користування мисливськими угіддями (Закон України «Про мисливське господарство та полювання» від 22 лютого 2000 р.), забезпечення якості та безпеки риби, інших водних живих ресурсів, виготовленої з них харчової продукції для життя і здоров'я населення (Закон України «Про рибу, інші водні живі ресурси та харчову продукцію з них» від 16 квітня 2003 р.), лов, добування й використання рибних та інших водних живих ресурсів виключної (морської) економічної зони України іноземними юридичними та фізичними особами (постановою Кабінету Міністрів України від 13 серпня 1999 р. «Порядок і умови використання рибних та інших водних живих ресурсів виключної (морської) економічної зони України іноземними юридичними та фізичними особами») та деякі інші еколого-договірні відносини у цій сфері.

Таким чином, договірні відносини в екологічному законодавстві України посіли чинне місце і поряд із публічним (державно-правовим) впливом на забезпечення раціонального використання природних ресурсів, охорону навколишнього природного середовища та забезпечення екологічної безпеки відіграють важливу роль у подальшому становленні і розвитку взаємовідносин «суспільство – довкілля».

¹ Див.: Соколова, А. К. Флористичне право України: проблеми формування та розвитку [Текст] / А. К. Соколова. – Х. : Право, 2009. – С. 229–230.

Розділ ІХ

Адміністративний договір: система ознак

Проблема адміністративного договору є однією з найбільш суперечливих у науці адміністративного права. Пов'язані з нею питання почали підніматись майже сто років тому¹, однак тривалий час серйозних комплексних досліджень у цьому напрямку не проводилось. Це зумовило відсутність єдиного більш-менш сталого підходу до таких категорій, як сутність, зміст та сфера застосування адміністративних договорів. Більше того, окремими науковцями ставився під сумнів факт існування таких договорів.

Розбудова демократичного суспільства та принципова зміна підходу до державного управління істотно пожвавили науковий інтерес до адміністративного договору. За останні п'ятнадцять років на теренах колишнього Радянського Союзу було захищено не менше двох десятків дисертацій, де розглядалися як загальні питання договірної регулювання адміністративних правовідносин, так і вузькоспеціалізовані проблеми застосування адміністративних договорів в окремих сферах державного управління чи в діяльності окремих органів виконавчої влади. Але, як не дивно, така кількість досліджень не змінила існуючого стану справ. Відсутність напрацьованої термінології, обмежений обсяг юридичної практики, широке використання іноземного досвіду за умови неможливості його кореляції з правовими реаліями, критика вітчизняних напрацювань як застарілих зумовили ситуацію, коли різними вченими з аналогічних посилянь робляться прямо протилежні висновки...

До плутанини в цьому напрямку доклав зусиль і законодавець. У Кодексі адміністративного судочинства України (далі – КАС України)

¹ Див., наприклад: Елистратов, А. И. Основные начала административного права [Текст] / А. И. Елистратов. – М., 1917. – С. 11; Кобалевский, В. Советское административное право [Текст] / В. Кобалевский. – Харьков : Изд-во Наркомюста УССР, 1929. – С. 166–167.

закріплено легальне визначення адміністративного договору¹. Назвати його вдалим ми не можемо з двох причин. По-перше, воно не мало чіткого теоретичного підґрунтя, тобто не відповідало жодному з більш-менш поширених визначень адміністративного договору, напрацьованих наукою адміністративного права на момент запровадження Кодексу. По-друге, зміст його складний для розуміння та тлумачення. Звернімося до самого визначення: «Адміністративний договір – дво- або багатостороння угода, зміст якої складають права та обов'язки сторін, що впливають із владних управлінських функцій суб'єкта владних повноважень, який є однією із сторін угоди». Одним з ключових є термін «владні управлінські функції суб'єктів владних повноважень», однак у законодавстві він не застосовується, наука ж адміністративного права оперує двома різними термінами: «функції державного управління» та «функції органу державного управління». Що мається на увазі в нашому випадку, не зрозуміло. Також дивним є твердження стосовно змісту договору, який складають права та обов'язки сторін, що впливають з функцій суб'єкта владних повноважень, адже з функцій (основних напрямів діяльності) органу державного управління (якщо мова йде про них) можуть впливати лише права та обов'язки самого органу державного управління.

Та ми не маємо на меті піддавати детальній критиці приписи КАС України, тим більше, що законодавця частково виправдовує відсутність єдиного доктринального підходу до цілого кола складних теоретичних проблем. Спробуємо провести аналіз питань щодо рис, притаманних адміністративному договору, які дають можливість розкрити його сутність і відмежувати від близьких за змістом юридичних категорій.

У значній частині наукових робіт при розгляді питань адміністративного договору робились спроби напрацювати перелік його специфічних ознак. Підходи сучасних авторів з цього приводу надзвичайно різняться. Так, зокрема, Д. М. Бахрах, чи не найповажніший серед дослідників у цій сфері, виділяє широке коло ознак адміністративного договору, основними з яких є такі:

1. Принаймні одна зі сторін адміністративного договору є суб'єктом державного управління (виконавчої влади або адміністративної влади).
2. До предмета договору обов'язково належать публічні, громадські чи загальнодержавні інтереси.

¹ Див.: Кодекс адміністративного судочинства України [Текст] // Відом. Верхов. Ради України. – 2005. – № 35–36, 37. – Ст. 446.

3. До предмета адміністративного договору входять дії управлінського (адміністративного) характеру, і, таким чином, ці договори за своїм характером є організаційними.

4. В адміністративний договір можуть вноситись «застереження про виключні повноваження» органу державного управління. Таким чином, фіксуються його переваги, певне домінування над іншою стороною. Це не дозволяє говорити навіть про формальну рівність сторін договору.

5. Свобода волевиявлення сторін адміністративного договору не носить характеру абсолютного принципу, а в окремих випадках право договору взагалі заміняється обов'язком укласти договір.

6. Органам державного управління, як правило, надається право контролювати виконання адміністративного договору у позадоговірному порядку¹.

Також широке коло ознак адміністративного договору знаходимо й у дисертаційному дослідженні І. А. Сіндеевої. На її думку, до числа цих ознак належать:

1) наявність двох чи більше сторін, наділених адміністративною правосуб'єктністю, одна з яких є суб'єктом державно-владних повноважень;

2) основу договору складають норми адміністративного права;

3) рівноправність (формально-юридична рівність) суб'єктів;

4) визначена адміністративно-правовими нормами форма адміністративного договору;

5) мета – публічно-правові інтереси;

6) обов'язковість виконання договірних умов².

Ще більш розгорнутий перелік можна знайти у праці А. В. Дьоміна, який налічує дев'ять специфічних ознак адміністративних договорів³.

Спільним недоліком згаданих позицій є те, що автори об'єднують різні за значущістю ознаки, причому частина з них притаманна більшості, однак не всім договорам.

На противагу російським авторам вітчизняна дослідниця Ж. В. Завальна виділяє лише дві ознаки, характерні для адміністративного

¹ Див.: Бахрах, Д. Н. Административное право России [Текст] : учебник / Д. Н. Бахрах. – 3-е изд., испр. и доп. – М. : Эксмо, 2007. – С. 174–180.

² Див.: Синдеева, И. Ю. Административный договор как институт административного права [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / И. Ю. Синдеева. – М., 2009. – С. 6–7.

³ Демин, А. В. Нормативный договор как источник административного права [Текст] / А. В. Демин // Государство и право. – 1998. – № 2. – С. 17–18.

договору. На її думку, основою виокремлення адміністративного договору є правосуб'єктність та предмет. Відповідно, вона визначає адміністративний договір як укладений між суб'єктами владних повноважень, предметом якого є вчинення дій, що впливають з адміністративно-правового статусу сторін договору¹. Така лаконічність видається надмірною, і використовується авторкою з метою докорінної перебудови уявлень щодо сфери застосування адміністративних договорів.

Також дві ознаки адміністративного договору виділяють у своїй статті А. П. Коренев та А. А. Абдурахванов, однак їх підхід абсолютно відмінний від вищезгаданого. Із загального аналізу тексту можна зробити висновок, що автори поділяють ознаки адміністративних договорів на три групи. Це основні ознаки договору, основні ознаки адміністративного договору та неосновні (факультативні) ознаки. На їх думку, будь-який договір має бути угодою, що проявляється у спільній волі сторін щодо єдиної мети. Ця мета повинна мати юридичне значення, а її досягнення допускаться правом, причому сторони договору повинні бути формально рівними.

До числа основних ознак адміністративного договору віднесено: участь у договорі органу державного управління; зміст договору носить організаційно-управлінський характер, а його метою є регулювання управлінських відносин. Можна виділити й ряд інших ознак, але вони будуть мати факультативний характер².

Останнім часом в Україні широкого розповсюдження набув підхід установлення ознак адміністративного договору шляхом поділу на елементи визначення, закріпленого в КАС України³.

Можна було б назвати й ряд інших позицій, однак ми обмежимось наведеними, оскільки вони відображають основні підходи, які зараз існують до ознак адміністративного договору в літературі. Однак у дисертаційних дослідженнях про вузькоспеціалізовані види адміністративних договорів автори, детально знайомлячись зі специфікою правозастосування, досить часто пропонують оригінальні, хоча й не

¹ Див.: Завальна, Ж. В. Адміністративний договір: теоретичні засади та застосування [Текст] : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / Ж. В. Завальна. – Х., 2010. – С. 20.

² Коренев, А. П. Административные договоры: понятие и виды [Текст] / А. П. Коренев, А. А. Абдурахванов // Журн. рос. права. – 1998. – № 7.

³ Див., наприклад: Основи адміністративного судочинства в Україні [Текст] : навч. посіб. / О. П. Рябченко та ін. – Суми : МакДен, 2008.

досить обґрунтовані ознаки адміністративних договорів, що не згадуються, а то й заперечуються в теоретичних дослідженнях¹.

На нашу думку, складність напрацювання ознак адміністративного договору зумовлена різноплановістю самого явища. Про це згадують фактично всі вчені, однак чомусь забувають у процесі роботи над установленням кола ознак. Виняток складає позиція А. П. Коренева та А. А. Абдурахванова. Автори намагались не просто встановити ряд ознак, а й систематизувати їх таким чином, щоб максимально повно розкрити сутність досліджуваного явища. Цей підхід є, безперечно, конструктивним, але й він не відображає всієї складності категорії «адміністративний договір». Крім того, схвалюючи сам методологічний підхід, ми не можемо погодитись з результатами його застосування.

Озброївшись ідеєю щодо класифікації ознак договору, свій пошук розпочнемо з наступних посилань. Адміністративний договір є одним з видів правових договорів, з іншого ж боку – адміністративний договір є однією з форм державного управління, про що теж не варто забувати. Відповідно, адміністративному договору мають бути притаманні типові риси як договорів, так і форм державного управління. Назвемо їх загальними.

Основні (специфічні) риси адміністративного договору мають забезпечити його відмежування, з одного боку, від інших договорів, а з другого – від актів державного управління. Тут слід зауважити, що сучасні вчені багато уваги приділили встановленню відмінностей адміністративних договорів від цивільно-правових. На нашу думку, ці відмінності досить чітко проглядаються і не потребують такої уваги. Важливіше визначити відмінності між адміністративними та іншими публічно-правовими договорами. Щодо актів державного управління, то відмежування їх від адміністративних договорів досліджувалось переважно на початку минулого сторіччя. Сучасні ж науковці залишають цю проблему поза увагою як цілком вирішену або таку, якої не існує.

Крім того, адміністративним договорам притаманні факультативні риси. Вони не дають можливості відмежувати адміністративні договори від інших юридичних категорій, однак сприяють розкриттю їх сутності та правової природи.

¹ Див., наприклад: Балицкая, Н. В. Административный договор как форма публичного управления в сфере организации услуг по перевозке пассажиров автомобильным транспортом общего пользования: региональный аспект [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Н. В. Балицкая. – М., 2008.

Щодо загальних рис адміністративних договорів, то їх можна поділити на власне договірні та адміністративні. Перші притаманні будь-яким юридичним договорам, і відсутність цих рис у правовій категорії виключає можливість називати її договором. До числа цих ознак слід віднести наступні:

- 1) у договорі бере участь принаймні два суб'єкти, які традиційно називаються сторонами;
- 2) у договорі виявляється воля всіх його сторін, причому волевиявлення мають збігатись і не суперечити одне одному;
- 3) договір має бути спрямований на досягнення конкретних, юридично вагомих наслідків;
- 4) мета, на досягнення якої спрямований договір, не повинна бути заборонена законом.

Щодо рис, притаманних усім формам державного управління, то їх можна виділити дві. Згідно з першою формою державного управління складаються лише у процесі здійснення виконавчої та розпорядчої діяльності органів державного управління. За межами державного управління згаданим формам місця немає. Важливо пам'ятати, що державне управління може здійснюватись лише спеціально уповноваженим державним органом або органом, якому делеговані владні повноваження.

Друга ознака вказує, що форми державного управління є зовнішнім проявом методів державного управління, які складають їх зміст. Тобто застосування різноманітних прийомів та способів впливу суб'єкта державного управління на об'єкт можливе лише за умови набрання ними певного, визначеного законодавством, зовнішнього вигляду. Відсутність такого оформлення ставить під сумнів законність управління. Або ж навпаки: форми державного управління мають наповнюватись лише певними прийомами та способами управлінського впливу.

Щодо основних ознак адміністративного договору, то їх, на нашу думку, існує чотири. По-перше, адміністративний договір застосовується лише з метою врегулювання правовідносин у сфері державного управління. Багато науковців у своїх працях деталізують цю ознаку, акцентуючи увагу на її складниках. Дійсно, складно заперечувати проти того, що адміністративний договір має спиратись на норми адміністративного права, що він установлює права та обов'язки суб'єктів адміністративного права, що в межах договору реалізуються управлінські повноваження, тощо. Однак ми вважаємо наведене логічними висновками, які можна легко зробити з пропонованої нами ознаки, а не самостійними ознаками. Так, цілком зрозуміло, що адміністративні

правовідносини можуть встановлюватись, розвиватись, припинятись чи змінюватись лише на підставі норм адміністративного права чи що зміст адміністративних правовідносин складають права та обов'язки.

Більш цікавим є питання щодо того, чи можуть застосовуватись адміністративні договори для врегулювання суспільних відносин, які складають предмет комплексних галузей права. Ученими неодноразово піднімалась проблема складності відмежування адміністративних правовідносин від відносин, які входять до предмета аграрного чи екологічного права¹. Аналогічне питання поставало при виокремленні митного права в самостійну комплексну галузь права. Розв'язати його остаточно не вдалось і зараз. Ми пропонуємо дотримуватись точки зору, згідно з якою правові відносини, яким притаманні всі ознаки адміністративних, незалежно від сфери їх виникнення, можуть регулюватись адміністративним договором, якщо така можливість передбачена чинним законодавством. На користь такої позиції говорить те, що в іншому випадку виникне необхідність запроваджувати такі категорії, як управлінські сільськогосподарські чи управлінські митні договори. Зазначимо, що як свідчить практика, наш підхід поділяється Верховним Судом України.

По-друге, принаймні один з учасників адміністративного договору має бути органом державного управління. На перший погляд, пояснення тут не потрібні, однак більш детальний аналіз дозволяє підняти відразу кілька проблем. Перша з них полягає в тому, що згідно з уже згадуваною нормою КАС України обов'язковим учасником адміністративного договору є суб'єкт владних повноважень, а не орган виконавчої влади чи суб'єкт державного управління. До числа ж суб'єктів владних повноважень законодавцем віднесено органи державної влади, органи місцевого самоврядування, їх посадові чи службові особи, інші суб'єкти при здійсненні ними владних управлінських функцій на основі законодавства, у тому числі на виконання делегованих повноважень. Основну проблему в цьому переліку становлять органи місцевого самоврядування, їх посадові чи службові особи. Чи можуть вони укласти адміністративні договори? Згідно з приписом КАС України – так, однак діяльність цих органів жодним чином не пов'язана з державним управлінням. По суті, наведені правові норми спираються на радянську доктрину адміністративного права, яка розглядала місцеві ради як одні

¹ Детально питання проаналізоване в праці (див.: Курило, В. І. Адміністративні правовідносини в сільському господарстві України [Текст] : дис. ... д-ра юрид. наук / В. І. Курило. – К., 2007).

з основних органів державного управління. Законодавцем не врахований сучасний стан вітчизняної системи права та рівень розвитку правової науки. В Україні вже давно проведено межу між державним управлінням та місцевим самоврядуванням. Також у чинному законодавстві чітко відображено розмежування сфер правового регулювання муніципального та адміністративного права. Отож, у згаданій нормі КАС України ми маємо справу з істотним кроком назад, який, проте, охоче сприйнятий окремими вченими. Так, у згадуваному вище дослідженні Ж. В. Завальної виділяється шість видів адміністративних договорів, причому в трьох з них органи державного управління участі не беруть, а один пов'язаний з делегуванням повноважень щодо здійснення місцевого самоврядування органам державного управління.

На нашу думку, існування адміністративного договору без адміністративного органу є неприпустимим. Безперечно, органи місцевого самоврядування можуть укладати договори публічно-правового характеру, однак називати їх адміністративними немає жодних підстав. З урахуванням цього необхідно ставити питання про усунення неточностей та недоліків у чинному законодавстві.

Друге питання щодо суб'єктивного складу адміністративного договору полягає в тому, чи може укладатись такий договір між суб'єктами державного управління. У федеративній державі, де суб'єкти федерації розглядаються як носії державної влади, – безперечно, так. Більше того, російські вчені виділяють адміністративні договори між органами влади федерації та суб'єктами федерації в окрему групу, яка займає центральне місце у системі адміністративних договорів. А як же бути в державі унітарній? Ні законодавець, ні переважна більшість учених не заперечують такої можливості, але й не вказують на обставини, за яких така можливість може бути реалізована.

Адміністративні договори можуть застосовуватись для регулювання певних питань, які з тих чи інших причин не знайшли свого вирішення в актах державного управління. З цього витікає, що адміністративні договори можуть укладатись лише між органами виконавчої влади, не пов'язаними зв'язками влади-підпорядкування, адже наявність таких зв'язків дозволяє вирішити будь-яке питання шляхом видання індивідуального акта управління. Крім того, адміністративні договори можуть урегульовувати правовідносини лише тоді, коли таке регулювання не здійснене законом чи підзаконним актом.

Тривалий час до адміністративних договорів застосовується класифікація за таким критерієм, як коло осіб, на яких поширюється їх

дія. Виділяють індивідуальні договори та нормативні договори, причому останні відносять до числа джерел адміністративного права. Помилковою є позиція, відповідно до якої органи виконавчої влади можуть укладати адміністративні договори нормативного характеру з метою врегулювання кола суспільних відносин, що формуються на перетині їх сфер відання. Фахівець у сфері джерел адміністративного права О. В. Константий, досліджуючи проблему нормативного адміністративного договору, згадує про договори, укладені між органами влади та громадськими організаціями і не наводить жодного прикладу нормативних договорів між органами виконавчої влади¹. Чим це зумовлено?

Дійсно, ситуація, коли існує необхідність спільного регулювання, досить поширена, але для її вирішення напрацьовано інший механізм – прийняття спільного акта державного управління (наказу, розпорядження) кількома органами виконавчої влади. Причому такий акт може мати як нормативний, так і індивідуальний характер. Цей механізм узгодження дій має давню історію, пройшов випробування часом і показав себе як досить ефективний. Чи не є за таких обставин укладення адміністративних договорів між органами державної влади дещо надуманим? Видається, що ні.

Добре вибудована система органів державного управління передбачає чітке визначення повноважень, сфери відання, функцій та мети діяльності кожного з них, а також установлення прийомів та способів координації їх діяльності з метою підвищення ефективності державного управління загалом, і доцільність застосування в її межах адміністративних договорів сумнівна. Однак система органів виконавчої влади України дуже далека від ідеалу, саме тому застосування адміністративного договору може бути цілком виправданим.

Звернемо увагу й на ту обставину, що спільні акти управління приймаються, як правило, органами виконавчої влади однакового рівня. Спільне ж вирішення питань органами виконавчої влади різного рівня, наприклад, Міністерством юстиції України та обласною державною адміністрацією, може здійснюватись саме із застосуванням адміністративних договорів. Крім того, динаміка змін у суспільних процесах час від часу ставить перед необхідністю розв'язувати проблеми навіть ідеально збалансованої системи державного управління, порядок вирішення яких не врегульований чинним законодавством і потребує

¹ Константий, О. В. Джерела адміністративного права України [Текст] : монографія / О. В. Константий. – К. : Укр. агентство інформації та друку «Рада», 2005.

виходу за межі існуючих управлінських процедур. Тут також може відіграти певну роль використання адміністративного договору.

З наведеного випливає цілком логічний висновок, що адміністративний договір може укладатись між органами виконавчої влади, однак сфера його застосування дуже обмежена. Це зумовлено існуванням більш звичної форми координації дій – спільного індивідуального акта державного управління. Відповідно, переважна більшість адміністративних договорів укладається між органами державного управління, з одного боку, та органами місцевого самоврядування чи приватними особами (як фізичними, так і юридичними) – з другого.

По-третє, укладаючи адміністративний договір, суб'єкт державного управління має діяти в межах своєї компетенції. Іншими словами, укладення адміністративного договору може здійснюватись лише у сфері відання органу державного управління, бути спрямованим на виконання його функцій та відповідати наданим йому повноваженням. Ця риса доповнює попередню, адже далеко не всі договори, укладені органом виконавчої влади чи іншим органом державного управління, є адміністративними. Значно частіше орган виконавчої влади вступає в договірні відносини приватно-правового характеру як звичайна юридична особа.

По-четверте, сторони адміністративного договору вільні при його укладенні, хоча, як правило, не є рівними у процесі виконання умов договору. Можливо, це найбільш суперечлива з ознак, які нами пропонується, тому потребує детального пояснення. Ми вже зазначали, що адміністративний договір є однією з форм державного управління. Відносини, які ним регулюються, мають управлінський характер, і їх сторонами виступають суб'єкт та об'єкт державного управління, рівність між якими суперечить самій сутності управління. Так звані горизонтальні адміністративні правовідносини, які передбачають рівність їх суб'єктів, зустрічаються у край рідко і виникають лише між органами виконавчої влади одного рівня, не пов'язаними відношеннями влади-підпорядкування. Але, як ми зазначили в поясненні до другої із пропонованих спеціальних ознак, переважна більшість адміністративних договорів укладається між органами виконавчої влади та суб'єктами, що не входять до системи державних органів. Отож, якщо адміністративні договори укладаються у сфері державного управління між державним органом та приватним суб'єктом, то говорити про рівність їх сторін немає жодних підстав. Більше того, напрацьовано цілий арсенал засобів, що забезпечують таку нерівність. До їх числа зокрема належать:

1) «застереження про виключні повноваження», тобто обов'язкові в договорі пільги, що надаються органу виконавчої влади, як-то: право

на зміну чи розірвання договору в односторонньому порядку, право на спеціальний порядок відшкодування збитків, обмеження застосування до державного органу договірних санкцій та засобів забезпечення виконання зобов'язань тощо;

2) здійснення державного контролю за виконанням адміністративного договору;

3) застосування заходів адміністративного примусу, у тому числі адміністративної відповідальності, до особи, що порушила умови адміністративного договору.

За таких обставин формальна рівність сторін адміністративного договору може розглядатись лише як теоретичне побажання. Однак те, що одна зі сторін під час виконання договору може отримати істотні переваги над іншою, жодним чином не заперечує принципу свободи договору. Адміністративний, як і будь-який інший договір, має укладатись лише за добровільною згодою сторін. Механізм укладення договору в нашому випадку можна пояснити таким чином. Приватна особа, прагнучи отримати певні позитивні результати від взаємодії з органом виконавчої влади, добровільно вступає з ним у договірні відносини, тим самим свідомо переходячи до сфери його відання. Рівність між суб'єктом та об'єктом управління неможлива, більше того, досить часто об'єкт управління не має змоги реально впливати на формування змісту договору, однак позитивна мета, яку приватна особа очікує отримати в результаті виконання адміністративного договору, виправдовує ті обмеження й обов'язки, які вона бере на себе, добровільно вступаючи до сфери відання органу виконавчої влади.

Нам не зрозуміла досить поширена позиція, згідно з якою під час укладення адміністративного договору свобода договору істотно обмежена чи відсутня взагалі. За радянських часів вважалось, що адміністративний договір може бути укладений на підставі акта державного управління. Багато послідовників такого підходу й зараз. Так, наприклад, С. М. Ольховська зазначає, що підставою для укладення адміністративного договору у сфері внутрішніх справ є владний управлінський припис органів внутрішніх справ¹.

На нашу думку, саме четверта ознака дозволяє чітко відмежувати адміністративний договір від акта державного управління. Перший базується на спільній волі кількох сторін, а другий – на одноособовому волевиявленні органу виконавчої влади. Її відсутність не дозволяє на-

¹ Ольховська, С. М. Адміністративний договір в діяльності органів внутрішніх справ України [Текст] : дис. ... канд. юрид. наук / С. М. Ольховська. – Х., 2010.

звати правове явище адміністративним договором. Коли суб'єкта адміністративного права, незалежно від його бажання, змушують підписати «договір» з іншим, як правило, чітко визначеним суб'єктом, причому він не може впливати на істотні умови договору, то ми маємо справу із закамуюльованим індивідуальним актом державного управління. Така форма надається, як правило, сумнівним індивідуальним актам державного управління, спрямованим на вилучення коштів чи надання інших пільг органам виконавчої влади за рахунок приватних осіб.

Пропонована ж нами четверта ознака пов'язана з першою, замикаючи коло необхідних рис адміністративного договору. Це відбувається таким чином. Погоджуючись на укладення адміністративного договору чи навіть ініціюючи його, приватна особа не просто переходить до сфери відання органу державного управління, а забезпечує формування між сторонами договору адміністративно-правових відносин, які розвиваються уже у сфері державного управління.

Важливо пам'ятати, що лише наявність усіх згаданих ознак дає змогу говорити про договір як про адміністративний. На практиці ж досить часто зустрічаються ситуації, коли одна з них відсутня. Так, наприклад, останнім часом органи виконавчої влади, уповноважені здійснювати міжгалузевий контроль з метою забезпечення законності в тій чи іншій сфері, почали застосовувати у своїй діяльності соціальну рекламу як досить ефективний засіб переконання. Договір на надання рекламних послуг укладається між органом виконавчої влади і засобом масової інформації за спільним волевиявленням обох сторін. При цьому орган виконавчої влади діє в межах своєї компетенції. Однак хоча результатом застосування соціальної реклами має стати управлінський ефект, то сам договір укладений поза межами державного управління, а тому не може бути визнаний адміністративним. Другий приклад. Договір про прийняття на державну службу укладається у сфері державного управління за участю органу виконавчої влади та з доброї волі обох сторін, однак, не може бути визнаний адміністративним, оскільки не охоплюється метою діяльності та сферою відання державного органу, тобто не входить до компетенції органу виконавчої влади.

Насамкінець розглянемо факультативні ознаки адміністративних договорів. Їх досить багато і вони не досить досліджені. Особливої уваги заслуговують наступні.

Укладення адміністративного договору має регулюватись нормами адміністративного процесу. Наявність цієї ознаки покликана забезпе-

чити дотримання вимог законності під час укладення адміністративних договорів і сприяти захисту свободи укладення договору.

Ряд учених навіть піднімали питання про існування окремого адміністративного договірного провадження, однак термін не прижився. Це зумовлено тим, що нині законодавством урегульовано порядок укладення не всіх адміністративних договорів. А в тих випадках, коли він існує, то виступає як окрема стадія чи етап іншого адміністративного провадження. Так, наприклад, укладення адміністративного договору складає останню стадію приватизаційного провадження. Отже, хоча не всі адміністративні договори укладаються у спеціальному порядку, однак вважаємо, що формалізація цього процесу є вимогою часу і зараз є актуальною, тому кількість договорів, яким притаманна ця риса, постійно зростатиме.

Друга факультативна ознака полягає в тому, що адміністративні договори укладаються з метою задоволення публічних чи громадських інтересів та потреб. Ця мета не завжди чітко виражена в тексті адміністративного договору і може не поділятися обома його сторонами, однак саме вона є визначальною. Так, наприклад, укладаючи договір про закупівлю продукції для державних потреб, підприємець-продавець має на меті лише отримання прибутку, однак державний орган має на меті саме задоволення публічних потреб, і коли б такі потреби не виникли, то згаданий договір не був би укладений.

Третя факультативна ознака набула значного поширення і полягає в тому, що адміністративний договір укладається лише в письмовій формі та за типовим зразком. Можливість приватної особи впливати на формування змісту договору істотно обмежується. Вона може його або прийняти загалом, або відмовитись від укладення такого договору. Однак, на нашу думку, ця риса має бути оцінена як позитивна, адже запровадження типового договору дозволяє запобігти зловживанням з боку органу виконавчої влади та державного управління під час його укладення. Більше того, розробляючи типовий договір, можна забезпечити його чітку орієнтацію на задоволення публічних чи громадських інтересів.

Ряд факультативних ознак є спірним і потребує детального дослідження. Так, у згадуваній статті А. В. Дьоміна зазначено, що адміністративні договори не можуть бути конфіденційними та що вони часто є підставою для прийняття актів державного управління. Інші автори вказують як на окрему рису на необхідність державної реєстрації адміністративних договорів тощо.

Підсумовуючи викладене зазначимо, що ознаки адміністративних договорів поділяються на три групи. Першу складають ті з них, що дозволяють довести належність адміністративного договору до правових категорій вищого рівня узагальнення, а саме правових договорів та форм державного управління.

До другої групи належать ознаки, які дозволяють відмежувати адміністративний договір від близьких до нього за сутністю та змістом правових категорій, а саме – від інших публічно-правових договорів та від актів державного управління. Саме завдяки цій групі ознак максимально повно розкривається сутність адміністративного договору. До їх числа належать такі:

1) адміністративний договір застосовується лише з метою врегулювання правовідносин у сфері державного управління;

2) одним з учасників адміністративного договору має бути орган державного управління, а в окремих випадках такими органами є всі учасники договору;

3) укладаючи адміністративний договір, суб'єкт державного управління має діяти в межах компетенції, визначеної законом чи підзаконним актом;

4) сторони адміністративного договору є вільними при його укладенні, хоча самим договором надаються певні переваги органу державного управління і сторони не є рівними під час виконання договору.

Третю групу складають факультативні ознаки адміністративного договору, притаманні не всім договорам, які, однак, мають істотне значення для розкриття їх сутності.

Розділ X

Договори та угоди в конституційному праві

Угоди в конституційному праві зазвичай визнаються одним з головних його джерел нарівні з конституцією, міжнародними договорами, законами, підзаконними та локальними нормативно-правовими актами, а також актами органів конституційної юрисдикції. Конституційна угода – це форма (або засіб) конституційно-правового врегулювання державно-політичних відносин владарювання, заснована на політичних домовленостях. Це, зазвичай, публічно-правовий договір нормативного змісту, що містить загальні правила поведінки і не має персоніфікованого характеру, визначає повноваження, права і обов'язки органів публічної влади (а інколи й інших суб'єктів конституційного права) та порядок їх реалізації. Історично так склалося, що за невиконання або неналежне виконання суб'єктами конституційного права добровільно взятих на себе зобов'язань за конституційною угодою досить часто наставала не юридична, а політична відповідальність.

У різних державах угоди в конституційному праві відіграють неоднакову роль. Особливого значення такі угоди набувають у тих державах, що не мають писаної конституції. Так, наприклад, у Великобританії, де вперше виникло поняття «конституційна угода», вони є складовою частиною неписаної британської Конституції та традиційно регулюють значне коло суспільних відносин, пов'язаних зі здійсненням державної влади: відносини між монархом, законодавчою та виконавчою владою; між урядовцями; між міністрами та посадовцями. На основі статутних норм укладалися численні угоди, згідно з якими королева мала відмовитися від використання права вето, розпускати та скликати парламент лише за пропозицією прем'єр-міністра, призначати прем'єр-міністром особу, яка отримала підтримку більшості

членів палати громад, а за його пропозицією – інших членів кабінету¹. Прикладом конституційної угоди також вважається порядок голосування у британському парламенті шляхом «розподілу»: прихильникам і супротивникам законопроекту пропонується увійти до різних приміщень, спеціально призначених для підрахунку голосів. Характеризуючи британську Конституцію, В. О. Серьогін зазначає: «Історично конституційні угоди мають різне походження. Вони виникають в силу певних обставин у результаті міжпартійної боротьби: відіграє певну роль і млява еволюція існуючої практики, пристосування її до змінюваних умов... Точного списку конституційних угод не існує. Практично вони діють у всіх елементах британської політичної системи»². Із самого початку конституційні угоди у британській правовій системі склалися як такі загальні правила державно-політичної практики, консенсус щодо яких складався між попередниками, але вони вважалися (і досить часто вважаються й дотепер) обов'язковими для усіх наступних суб'єктів конституційно-правових відносин, на яких вони поширювалися. Їх дотримання і виконання гарантувалося не юридичною, а політичною відповідальністю та не могло забезпечуватися судом чи палатами британського парламенту. Конституційні угоди як своєрідне джерело конституційного права безпосередньо впливають на зміст законів, ухвалених парламентом. Конституційні угоди, що склалися у британській системі здійснення державної влади, умовно можна поділити на дві основні групи: 1) конституційні угоди, що регулюють відносини між монархом та кабінетом міністрів; 2) конституційні угоди, що регулюють відносини між палатами парламенту. Разом з тим деякі конституційні угоди фактично уже припинили свою дію у зв'язку з тим, що їх норми набули втілення в парламентських законах.

Значного поширення конституційні угоди набули в Австралії, Канаді, Індії, Малайзії, Багамських островах, Ямайці. Використовуються вони також у конституційному праві США, Швейцарії та деяких інших держав. Однак питання про їх правову природу залишається дискусійним. Одні науковці заперечують обов'язковий правовий характер так званих конвенційних норм у сфері конституційно-правового регулювання, вважаючи їх лише тимчасовими політичними документами, інші – навпаки визнають. Дехто з конституціона-

¹ Див.: Сравнительное конституционное право [Текст] / под ред. В. Е. Чиркина. – М. : МАНУСКРИПТ, 1996. – С. 40–41.

² Див.: Конституції зарубіжних країн [Текст] : навч. посіб. / авт.-упоряд.: В. О. Серьогін, Ю. М. Коломієць, О. В. Марцеляк та ін. ; заг. ред. В. О. Серьогіна. – Х. : ФІНН, 2009. – С. 10.

лістів, як наприклад Ю. А. Юдін, вважає конституційні угоди лише правовими звичаями¹.

Саме з використанням своєрідних договірних форм публічно-правового характеру тривалий час будувалися відносини між державою та релігійними організаціями в Іспанії та Італії. Католицька церква у цих державах традиційно відігравала значну роль у розвитку суспільства, культури і права. У 1851 р. була укладена угода – конкордат між католицькою церквою та іспанським урядом, згідно з яким церква отримала фінансову підтримку з державного бюджету і великі пільги в оподаткуванні, однак позбавлялася понад 90 % своєї власності, насамперед земельної ренти. У часи Другої республіки (1931–1936 рр.) в Іспанії набули поширення антимонархічні та антиклерикальні ідеї. Відносини між церквою та державою в цей період характеризувалися відокремленням церкви від держави, ворожим ставленням до католицизму. Однак народ, який зумів зберегти прихильність до католицької віри, не сприймав ці зміни, що стало однією з головних причин громадянської війни 1936–1939 рр. Згодом і політичний режим генерала Б. Франко, що існував у країні з 1939 по 1975 рр., уклав конкордат 1953 р., тобто угоду, що надавала католицькій церкві привілейованого правового статусу офіційної церкви і визнавала її юрисдикцію на всій іспанській території.

Папський престол, розташований у Римі, традиційно забезпечував католицькій церкві значний вплив на політичні та соціальні події в Італії. Тому побудова церковно-державних відносин в Італії спирається на ідею співробітництва, що завжди підтримувалася католицькою доктриною і здійснювалася через укладання угод у формі конкордату між церквою та різними урядами. У ст. 7 Конституції Італійської Республіки 1947 р. встановлено: «Держава і Католицька Церква, кожна у своїй сфері, незалежні і суверенні. Їх відносини регулюються Лютеранськими угодами. Зміни до цих угод, прийняті обома сторонами, не вимагають перегляду Конституції»². Йдеться про визнання конкордату у вигляді Лютеранських угод 1929 р., підписаних урядом Б. Муссоліні. У результаті цих угод було розв'язане так зване «римське питання», що виникло ще в 1870 р. у зв'язку із завершенням об'єднання Італії та

¹ Див.: Сравнительное конституционное право [Текст] / под ред. В. Е. Чиркина. – М.: МАНУСКРИПТ, 1996. – С. 43.

² Конституції зарубіжних країн [Текст] : навч. посіб. / авт.-упоряд.: В. О. Серьогін, Ю. М. Коломієць, О. В. Марцеляк та ін. ; заг. ред. В. О. Серьогіна. – Х. : ФІНН, 2009. – С. 135.

ліквідацією Папської області. За цими угодами була створена держава Ватикан, відновлена частина привілеїв церкви в економічній сфері, поновлена релігійна освіта в державних школах, досягнуто низки інших домовленостей, зокрема у сфері мистецтва та науки (утворені Академія наук, Академія мистецтв). До того ж відповідно до ст. 8 Конституції Італійської Республіки усі інші, окрім католицької, конфесії мають право утворювати організації відповідно до своїх статутів, а їх відносини з державою «визначаються законом на основі угод з органами, що представляють ці конфесії»¹.

Договірні форми опосередкування правовідносин у публічно-правовій сфері, що на сьогодні складають предмет конституційно-правового регулювання, здавна були властиві державотворчій практиці українського народу. Ще в Київській Русі віче і князь-іноземець домовлялися та укладали угоду як рівний з рівним, як незалежні самостійні сторони, однак це ще не були конституційні угоди у їх сучасному розумінні. Усвідомлення окремих елементів парадигми «обмеженого правління» та поширення ідей, близьких до конституціоналізму, сталися на теренах України значно пізніше.

Український конституціоналізм пройшов у своєму розвитку кілька етапів, для першого з яких характерним є створення у публічно-правовій сфері окремих передконституційних актів та проектів договірних характеру (середина XVII – початок XVIII ст.). Як зазначав Д. І. Дорошенко, характер державності України та «форми відносин до Москви означувалися кожного разу при виборі нового гетьмана окремим договором – конституцією, заключуваним між гетьманом і московським урядом»². Так само О. М. Мироненко відносить до актів українського конституціоналізму Зборівський договір (1649), Білоцерківський договір (1651), Переяславські (1654), Другі Переяславські статті (1659), Батуринські (1663), Московські (1665), Глухівські (1669), Конотопські (1672), Переяславські (1674), Коломацькі (1687) та інші «гетьманські статті-конституції»³. Він переконливо доводить, що «конституції Б. Хмельницького мали правову силу протягом майже 100 років: їх дієвість підтверджувалась практично

¹ Див.: Конституції зарубіжних країн: навч. посіб. / авт.-упоряд.: В. О. Серьогін, Ю. М. Коломієць, О. В. Марцеляк та ін. / заг. ред. В. О. Серьогіна. – Х. : ФІНН, 2009. – С. 135.

² Дорошенко, Д. І. Нарис історії України [Текст] / Д. І. Дорошенко : у 2-х т. Т. II (від половини XVII століття). – К. : Глобус, 1991. – С. 114.

³ Мироненко, О. М. Історія Конституції України [Текст] / О. М. Мироненко. – К. : Ір юре, 1997. – С. 19–20.

всіма наступними гетьманами Війська Запорізького»¹. Схожої точки зору дотримується А. Р. Крусян, яка «договори козацької епохи» називає «важливими віхами розвитку українського конституціоналізму»². Так само А. Г. Слюсаренко та М. В. Томенко наголошують, що «Березневі статті» та жалувані грамоти 27 березня 1654 р. забезпечували Україні «самостійність у діяльності адміністрації та судочинстві, стосунках з іноземними державами (із застереженнями щодо Польщі і Туреччини), збиранні податків для українського скарбу, утриманні 60-тисячного війська»³.

Більшість положень практично усіх «гетьманських статей-конституцій» сприяли збереженню автономного статусу України у складі Російської імперії. В. А. Дядиченко наголошує: «Договірні статті, що уклалися між царським урядом і старшиною при поставленні нового гетьмана, визначали загальні положення адміністративно-політичного устрою Лівобережної України в складі Російської держави. Ці статті підтверджували автономне становище України у складі Російської держави, але поряд з тим вони фіксували зміни, які з кожним разом звужували цю автономію і розширювали владу російського царизму. У кінці XVII ст. на Лівобережну Україну не поширювалося загальноросійське законодавство...»⁴.

Проте окремі положення «статей-конституцій» мали спірний та навіть відверто реакційний характер. Так, у Батуринських статтях-конституціях 1663 р. на українську старшину покладался обов'язок повертати панам російських селян-утікачів. У Глухівських статтях-конституціях 1669 р. права українських селян були обмежені таким чином, що їх перехід у козацький стан став практично неможливим. У 1687 р. вперше в історії українсько-російських відносин до Коломацьких статей-конституцій було внесено пункт про обов'язок гетьмана й старшини дбати про зміцнення зв'язків українського та російського народів, про їх зближення, зокрема – сприяти укладенню змі-

¹ Мироненко, О. М. Історія Конституції України [Текст] / О. М. Мироненко. – К. : Ір юре, 1997. – С. 21.

² Крусян, А. Р. Публичный договор в конституционном праве Украины // Договоры в публичном праве: сб. науч. ст. / под общ. ред. Е. В. Гриценко, Е. Г. Бабелюк. – М. : Wolters Kluwer Russia, 2009. – С. 52.

³ Слюсаренко, А. Г. Історія української конституції [Текст] / А. Г. Слюсаренко, М. В. Томенко. – К. : Т-во «Знання» України, 1993. – С. 8.

⁴ Дядиченко, В. А. Нариси суспільно-політичного устрою Лівобережної України кінця XVII – початку XVIII ст. [Текст] / В. А. Дядиченко. – К. : Вид-во АН УРСР, 1959. – С. 314–315.

шаних шлюбів між українцями й росіянами з метою усунення підстав для твердження про те, що Україна є іншим краєм¹. Отже, саме Коломацькі статті-конституції поклали початок здійснення цілеспрямованої політики штучної асиміляції та денаціоналізації в Україні.

Разом з тим «Коломацькі конституції мали найвищу юридичну силу понад два десятиліття, тобто найдовше з усіх аналогічних правових актів. Генеральна козацька рада від імені «і гетьмана, і всієї старшини, і Війська Запорізького, і народу Малоросійського», з одного боку, царівна і малолітні царі, В. Голіцин та ще більше десятка російських бояр, воевод, окольничих, стольників і думних дяків, присутніх під час обрання І. Мазепи, – з іншого, уклали договір конституційного характеру, яким підтверджувалися козацькі права і вольності, надані Олексієм Михайловичем»².

У контексті договірної характеру конституційних угод варто поглянути й на Переяславську угоду 1654 р., згідно з якою Україна тривалий час зберігала цілу низку важливих елементів обмеженої державності у складі Російської імперії. Але у 1667 році Росія уклала Андрусівський договір з Річчю Посполитою, за яким поступилася Правобережною Україною, фактично і юридично відмовившись боронити Україну як цілісне утворення всупереч Переяславській угоді. Згодом руйнування Запорізької Січі та скасування Гетьманщини так само було здійснене з порушенням Переяславської угоди, що, по суті, призвело до втрати української автономії. Пізніше було доведено, що намір скасувати елементи української державності та відмовитися від попередніх угод конституційно-договірної характеру виникли задовго до спроби І. Мазепи та його прихильників вибороти українську незалежність за допомогою військового союзу зі Швецією³.

Переконливим свідченням використання договірної форми опосередкування правовідносин у сфері організації публічної влади є перша українська конституція, що мала назву «Пакти і конституції законів

¹ Полонська-Василенко, Н. Історія України [Текст] : у 2 т. / Н. Полонська-Василенко. – К. : Либідь, 1992. – Т. 2. Від середини XVII ст. до 1923 р. – С. 54; Дорошенко, Д. І. Історія України [Текст] : в 2-х т. / Д. І. Дорошенко. – К. : Глобус, 1991. – Т. II (від половини XVII століття). – С. 102; Мироненко, О. М. Історія Конституції України [Текст] / О. М. Мироненко. – К.: Ір юре, 1997. – С. 23.

² Див.: Мироненко, О. М. Вітчизняний конституціоналізм від І. Мазепи до К. Розумовського (1687–1764) [Текст] / О. М. Мироненко // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2000. – № 1 (20). – С. 83.

³ Див.: Міносян, А. С. Руйнація української державності наприкінці XVIII ст.: історико-історіографічний аспект [Текст] / А. С. Міносян, В. В. Смирнов // Проблеми розбудови державності та народовладдя в Україні : XXII Харківські політологічні читання ; 23 жовтня 2009 р. – Х., НІОАУ, 2009. – С. 113.

і вольностей Війська Запорізького» та була укладена 5 квітня 1710 р. саме як договір між гетьманом, старшиною, полковниками і власне Військом Запорізьким, що переконливо доводить її консенсусну та договірну юридичну природу. Крім того, у запорізьких козаків існував характерний ритуал. На Хортиці традиційно тричі звертали до особи з проханням стати гетьманом. Людина, яку запрошували володарювати, двічі відмовлялася, а на третій раз погоджувалася¹. Як тут не згадати відомі ще з часів римського права оферта і акцепт – пропозицію про укладення договору і прийняття такої пропозиції?

Саме шляхом укладення договору між гетьманом і запорожцями головні ідеї українського конституціоналізму вперше були викладені в узагальненому вигляді більше, ніж за сім десятиліть до ухвалення Конституції США. Цінність першої української конституції полягає насамперед у тому, що вона стала результатом не лише теоретичних пошуків, але й узагальнила одночасно досвід демократичного самоврядування попередніх поколінь. На думку В. В. Речицького, ця конституція «стала підсумком і пам'ятником колективних законотворчих зусиль П. Орлика та близької йому козацької старшини, який поєднав у собі головні політичні і правові ідеї свого часу. Викладені в порівняно короткому документі, ці ідеї були результатом довготривалого розвитку України, реальним свідченням демократичної свідомості українського народу, конкретним свідченням його політичної культури»².

Б. Футей теж досить високо оцінив першу українську Конституцію: «Цей історичний документ є не лише значним юридичним досягненням, а й доказом політичної зрілості того часу. Конституція Пилипа Орлика 1710 року, написана майже за 80 років до Конституції США, мала такі демократичні основи, як розподіл влади, приватна власність та незалежний судовий трибунал, як основні засади для існування тодішньої козацької держави. Можна сказати, що Джеймс Мадісон, батько конституції США, користувався тими самими демократичними засадами гетьмана Пилипа Орлика»³.

У преамбулі Конституції Пилипа Орлика подавався фаховий і у той же час доволі реалістичний аналіз тодішньої суспільно-політичної ситуації в Україні та головних причин уповільнення її розвитку, йшлося про утиски, обмеження і навіть спроби відмінити права і вольності

¹ Див.: Завальна, Ж. Договір як регулятор суспільних відносин в контексті публічно-правових аспектів історичного розвитку України [Текст] / Ж. Завальна // Юрид. Україна. – 2007. – № 4. – С. 29.

² Речицкий, В. Политическая активность. Конституционные аспекты [Текст] / В. Речицкий. – К. : Сфера, 1999. – С. 398–399.

³ Футей Б. Становлення правової держави: Україна 1991–2001 рр. – К. : Юрінком Інтер, 2001. – С. 21.

українців, обумовлені попередніми угодами¹. Головними здобутками Конституції Пилипа Орлика було те, що у ній закладався прообраз поділу влади (ст. 6), встановлювалися незалежність та неупередженість Генерального Суду і неприпустимість здійснення правосуддя гетьманом (ст. 7), виборність усіх посадових осіб (ст. 10), визнавалося самоврядування міст (ст. 13). За словами А. Р. Крусян, «з цього тексту вбачаються паростки поділу публічної влади»² (с. 32–33). За Конституцією на гетьмана та його уряд покладался обов'язок «пильно дбати про те, щоб на рядовий і простий народ не покладали надмірних тягарів, утисків і надмірних вимог, бо підштовхнуті ними (люди), залишивши свої домівки, відходять, як правило, до чужих країв за межі рідної землі» (ст. 10), після війни передбачалося проведення ревізії «усіх видів публічних і приватних володінь» (ст. 12). Отже, Конституція Пилипа Орлика – це публічно-правова угода конституційно-правового характеру, за якою усі сторони досягли консенсусу щодо моделі та головних рис здійснення публічної влади, пріоритетних напрямків подальшого розвитку України, а також взяли на себе відповідні зобов'язання. Важливо, що ця Конституція стала одним із перших у світовій історії та практиці державотворення своєрідним офіційним втіленням ідеї «суспільного договору» зі збереженням демократичних традицій та демократичних здобутків попереднього етапу самоорганізації та самоврядування українського народу.

Консенсусно-договірний характер мала й перша польська Конституція від 3 травня 1791 р., яка має важливе значення і для України (адже до складу Речі Посполитої тоді входила значна частина українських етнічних земель). Проаналізувавши спосіб ухвалення та преамбулу цієї Конституції, П. Б. Стецюк слушно зауважує, що у ній «йшлося не про процедуру санкціонування королем прийнятого Сеймом закону, а власне про спільне прийняття конституції»³. Далі дослідник наголошує, що «надзвичайно важливою є теза не стільки про те, що конституція приймається спільно королем та «об'єднаними станами», а про те, що останні «репрезентують» польський народ»⁴. Тобто можна стверджувати, що перша польська Конституція за своєю юридичною природою також була своєрідним втіленням ідеї суспільного договору, тобто до-

¹ Національні процеси в Україні: історія і сучасність. Документи і матеріали [Текст] : довідник : у 2 ч. / за ред. В. Ф. Панібудьласки. – К. : Вища шк., 1997. – Ч. 1. – С. 210.

² Крусян, А. Р. Сучасний український конституціоналізм : моногр. [Текст] / А. Р. Крусян. – К. : Юрінком Інтер, 2010. – С. 32–33.

³ Стецюк, П. Перша Конституція Польщі 1791: спроба правового аналізу [Текст] / П. Стецюк. – Львів : Астролябія, 2010. – С. 36.

⁴ Там само. – С. 36.

говору всередині польського суспільства тодішньої Речі Посполитої, значну частину якого на той час складали й українці.

Разом з тим І. Я. Франко доволі критично зазначав, що «Конституція 3 мая, навіть якби була введена в життя, не була би багато помогла, бо не змінювала анархістських основ державного устрою»¹. Ще більш категоричною та різкою була оцінка В. Кубійовича, який підкреслював, що «в Конституції 3-го травня українські землі не здобули майже жодних прав і зокрема нічого не було зроблено для покращення долі селянства»².

Пізніше, протягом кількох етапів розвитку українського конституціоналізму, договірні форми регулювання відносин у сфері організації публічної влади на теоретичному рівні не розроблялися та не були витребувані у державно-правовій практиці через втрату української державності.

Новий і дуже складний етап українського державотворення, що символізував кілька спроб поновити українську державність, розпочався у 1917 р. після буржуазно-демократичної революції в Росії. Одним з її наслідків стало створення Української Народної Республіки, яке, з одного боку, було втіленням ідеї української державності, а з другого – суттєво вплинуло на підвищення національної свідомості широких верств населення в Україні. 1 грудня 1918 р. у Фастові між УНР та ЗУНР було укладено так званий передвступний договір, у якому сторони домовились про об'єднання в одну державу. Директорія Української Народної Республіки схвально сприйняла урочисте проголошення Українською Національною радою Західноукраїнської Народної Республіки 3 січня 1919 р. про об'єднання з Українською Народною Республікою. 22 січня Директорія ухвалила Акт про з'єднання всіх українських земель, у якому зазначалося: «Віднині зливаються в одно віками відділені одна від одної частини України – Галичина, Буковина, Закарпаття і Придніпрянська Україна в Одну Велику Україну»³. Однак через ряд об'єктивних та суб'єктивних обставин, військові дії та скрутне становище, у якому опинилися обидві українські республіки, процес створення об'єднаної української держави не завершився, а проведення Всеукраїнських установчих зборів, як передбачалося, не відбулося⁴.

¹ Див.: Стецюк П. Перша Конституція Польщі 1791: спроба правового аналізу [Текст] / П. Стецюк. – Львів : Астрологія, 2010. – С. 71.

² Там само. – С. 71.

³ Акт про з'єднання всіх українських земель // Національні процеси в Україні: історія і сучасність. Документи і матеріали [Текст] : довідник : у 2 ч. / за ред. В. Ф. Панібудьласки. – К. : Вища шк., 1997. – Ч. 1. – С. 527.

⁴ Див.: Мала енциклопедія етнодержавознавства [Текст] / НАН України. Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького; редкол.: Ю. І. Римаренко (відп. ред.) та ін. – К. : Довіра: Генеза, 1996. – С. 196.

Донедавна Договір про утворення СРСР, однією із сторін якого стала УРСР, вважався класичним прикладом конституційно-правового (чи, як стверджували за радянських часів, державно-правового) договору засновницького характеру¹. Проте не всі науковці з цим погоджуються, вважаючи його таким, що має ознаки міжнародного договору. Адже специфіка міжнародного договору, яка відрізняє його від інших видів угод, знаходить свій прояв у таких ознаках: 1) його сторонами можуть бути тільки держави та інші суб'єкти міжнародного права (наприклад, міжурядові чи міжнародні організації); 2) об'єктом регулювання такого договору можуть служити лише міждержавні відносини або відносини інших суб'єктів міжнародного права, що виникають з будь-яких питань, що входять у виняткову компетенцію цих суб'єктів; 3) вищезгадані обставини обумовлюють той факт, що правом, застосованим до такого договору, є міжнародне публічне право. При цьому усі зазначені ознаки мають бути наявними одночасно².

Загальновідомим та поширеним є твердження про те, що на 30 грудня 1922 р. (це офіційно визнаний день укладання Союзного договору та утворення СРСР) суб'єктами СРСР як новоутвореної федеративної держави стали Російська СФРР, Українська СРР, Білоруська СРР та Закавказька СФРР, що формально начебто мали державний суверенітет. Разом з тим характерною особливістю періоду 1918–1921 рр. були періодичні спроби радянських урядів перетворити Україну та інші радянські республіки з формально незалежних держав на фактичних суб'єктів РСФРР. З цього приводу створювалися комісії, проводилися політичні консультації та переговори, приймалися партійні директиви, рішення, декрети, підписувалися відповідні договори³. Майбутній голова Радянського уряду України Г. П'ятаков ще у 1917 р. відверто заявляв, що «й думки не може бути про якусь там Україну, тому що все це – вигадки націоналістів»⁴. У 1919 р. між УСРР та РСФРР було укладено воєнно-політичний союз, «який обертався злиттям управлінських

¹ Див.: Мироненко, О. М. Договір про утворення СРСР 1922 р. [Текст] / О. М. Мироненко // Юрид. енциклопедія: в 6 т. Т. 2 / редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К. : Укр. енцикл., 1999. – С. 259.

² Див.: Аметистов, Э. М. Соотношение международных договоров и контрактов в области внешних экономических и научно-технических связей [Текст] / Э. М. Аметистов // Проблемы совершенствования сов. зак-ва: труды ВНИИСЗ. – 1987. – Вып. 39. – С. 102.

³ Див.: Образование СССР [Текст] : сборник документов. – М. : Наука, 1972. – С. 28–29, 102–103, 110–112, 127–128, 166–167.

⁴ Див.: Романчук, О. Ультиматум: Хроніка одного конфлікту між Раднаркомом РСФСР і Центральною Радою [Текст] / О. Романчук. – К. : Т-во «Знання» УРСР, 1990. – С. 10.

структур Росії та України, у поєднанні з гаслом незалежності УСРР»¹. У травні-червні 1919 р. відбулося об'єднання кількох радянських республік у сферах: «1) військової організації та військового командування; 2) рад народного господарства; 3) залізничного управління та господарства; 4) фінансів; 5) комісаріатів праці... з тим щоб керівництво вказаними галузями народного життя було зосереджено в руках єдиних колегій»². У Резолюції VII Всеросійського з'їзду Рад про пригнічені нації від 5 грудня 1919 р. зазначалося, що «в теперішній час відносини між УСРР і РСФРР визначаються федеративним зв'язком на ґрунті резолюцій ЦВК України від 18 травня 1919 р. і Всеросійського ЦВК від 1 червня того ж року»³.

Майже через рік, а саме 20 травня 1920 р. IV Всеукраїнський з'їзд Рад ухвалив Резолюцію про державні відносини між УСРР та РСФРР, у якій стверджувалося, що «УСРР, зберігаючи свою самостійну державну конституцію, є членом Всеросійської Соціалістичної Радянської Федеративної Республіки, поєднаною спільністю політичного і соціального ладу»⁴. У цій же Резолюції зазначалося, що «IV Всеукраїнський з'їзд Рад, підтверджуючи угоду між Центральними Виконавчими Комітетами УСРР та РСФРР про об'єднання комісаріатів військового, фінансового, залізничного, народного господарства, пошт та телеграфів і праці – дає доручення майбутньому Центральному Виконавчому Комітету провадити й надалі ту ж саму політику найтіснішого зближення» (с. 128). Тобто ще у 1920 р. Всеукраїнський з'їзд Рад, який за Конституцією УСРР був вищим органом державної влади, у офіційному документі визнав, що УСРР є складовою частиною РСФРР.

Показовим є лист наркома юстиції РСФРР від 4 серпня 1920 р., яким на території України були введені навіть «Руководящие начала по уголовному праву РСФСР»⁵ від 1919 р. Згодом було розроблено так званий «союзний робітничо-селянський договір», який у день підписання, 28 грудня 1920 р., був урочисто затверджений Всеросійським з'їздом Рад, а 2 березня 1921 р. – V Всеукраїнським з'їздом Рад. С. Кульчицький зазначає, що «користуючись правом безпосереднього управління на всій території «договірної федерації», центральні орга-

¹ Див.: Кульчицький, С. Феномен радянської державності [Текст] / С. Кульчицький // Розбудова держави. – 1996. – № 6. – С. 60.

² Див.: Образование СССР [Текст] : сборник документов. – М. : Наука, 1972. – С. 103.

³ Там само. – С. 111.

⁴ Там само. – С. 127.

⁵ Див.: Портнов В. П. Этапы развития Советской конституции (историко-правовое исследование) [Текст] / В. П. Портнов, М. М. Славин. – М. : Наука, 1982. – С. 124.

ни впритул не бачили харківського державного центру і напрямки зв'язувалися з підвідомчими підприємствами та організаціями в українських губерніях. Прикладів безцеремонного ігнорування уряду УСРР було безліч, і в принципових випадках ЦК КП(б)У змушений був опротестовувати свавільні дії у вищій для всіх інстанції – ЦК РКП(б)»¹. У статті «Політика Радянської влади з національного питання в Росії» (1920 р.) Й. Сталін навіть зарахував до суб'єктів радянської автономії і Україну: «Від вузької, адміністративної автономії (німці Поволжя, чуваші, карели) вона переходить до більш широкої, політичної автономії (башкири, татари Поволжя, Киргизи), від широкої, політичної автономії – до ще більш розширеної її форми (Україна, Туркестан), нарешті від українського типу автономії – до вищої форми автономії, до договірних відносин (Азербайджан)»².

Дослідження останніх років доводять, що твердження про добровільність укладення Союзного договору 1922 р. та добровільність створення СРСР значною мірою перебільшені та не відповідають дійсності. У зв'язку з цим варто звернути увагу на п. 1 Постанови І з'їзду Рад Союзу РСР від 30 грудня 1922 р., згідно з яким ухвалено: «Декларацію та союзний договір в основному затвердити». Тобто тоді йшлося лише про попереднє затвердження, згодом передбачалося продовжити роботу над проектом Союзного договору та Декларацією, які мали ще розглядатися самими союзними республіками, а от остаточне їх затвердження мало відбутися на наступному з'їзді. Але насправді Постанова І з'їзду Рад СРСР так і не була виконана у повному обсязі. При цьому шляхом апаратних маніпуляцій було зроблено все, щоб не допустити вільних дискусій з цих питань та врахувати позиції союзних республік³.

На думку Г. Старовойтової, В. Свободи, Я. Дашкевича та інших науковців у 1922 р. Україна стала суб'єктом нової специфічної федеративної держави – СРСР – завдяки політичним інтригам та всупереч дійсному волевиявленню народу⁴. Практично відразу після утворення СРСР почалося відверте нехтування Союзним договором та поступове

¹ Див.: Кульчицький, С. Феномен радянської державності [Текст] / С. Кульчицький // Розбудова держави. – 1996. – № 6. – С. 61.

² Сталин И. В. Политика Советской власти по национальному вопросу в России [Текст] / И. В. Сталин // Собрание сочинений. – М.: Политиздат, 1954. – Т. 4 (ноябрь 1917–1920). – С. 355.

³ Див.: Дашкевич, Я. Національне питання в Україні [Текст] / Я. Дашкевич // Україна. Наука і культура. Вип. 28. – К.: Знання України, 1994. – С. 6–17; Колісник, В. П. Біловезька угода у контексті права та під тиском міфів [Текст] / В. П. Колісник // Віче. – 1995. – № 3. – С. 138–139.

⁴ Старовойтова, Г. В. Свобода: Остання імперія: народження і розпад [Текст] / Г. В. Старовойтова // Літ. Україна. – 1991. – 31 жовт. – № 44.

згортання федеративних відносин. До того ж федерацією СРСР залишався недовго та й обсяг повноважень суб'єктів федерації в СРСР періодично змінювався, інколи всупереч змісту Союзного договору 1922 р. Н. Деев зазначає, що «радянський національно-державний устрій протягом десятиліть панування адміністративно-командної системи являв собою фактичний унітаризм, одягнений у декларативно-федеральні конституційні та ідеологічні форми... Говорити про дійсний, фактичний федеративний устрій СРСР, а також і РРФСР в умовах авторитарного «адміністративного соціалізму» немає підстав»¹.

Таким чином, Договір про утворення СРСР 1922 р. через низку суб'єктивних та об'єктивних причин, тягар внутрішніх проблем та суперечностей (що супроводжували СРСР практично протягом усього періоду його існування), так і не було реалізовано² і він насправді не зміг виконати покладену на нього роль. Показово, що ще у 1969 р. А. Амальрик написав аналітичну статтю із красномовною назвою: «Чи проіснує Радянський Союз до 1984 року?»³. Та більше того, реальні втрати від так званого «соціалістичного експерименту» у формі СРСР (передусім йдеться про втрату значної частини інтелектуалів, митців, науковців, політиків, організаторів виробництва, селян, представників інших соціальних груп, втрату зв'язків між поколіннями, віри у людські чесноти, релігію, руйнацію духовності, культури, щирості та взаємної поваги у міжособистісних взаєминах, приниження людської гідності, впровадження системи тотального страху, брехні, доносительства, апатії, зневіри тощо) виглядають настільки трагічними та згубними, що будь-яке їх порівняння з так званими «здобутками» виглядають як мінімум блюзнірством⁴. Адже повністю поновити ті втрати і всі їх наслідки, навіть осягнути межі їх негативного впливу на сучасний стан нашого суспільства, громадську свідомість, культурну, економічну, політичну сферу життєдіяльності навряд чи вдасться навіть у найближчі кілька десятиліть. Значною мірою саме в результаті масштабного соціального експерименту, започаткованого Союзним договором 1922 р., більшість народів колишнього СРСР, значною мірою знесиле-

¹ Деев, Н. Н. К вопросу о путях возрождения советского федерализма [Текст] / Н. Н. Деев // Политическая реформа: цели, противоречия, этапы. – М. : ИГПАН, 1990. – С. 33–43.

² Див.: Про особливості правового механізму припинення існування СРСР та дії Союзного договору 1922 р. (див.: Колісник, В. П. Біловезька угода у контексті права та під тиском міфів [Текст] / В. П. Колісник // Віче. – 1995. – № 3. – С. 135–144.

³ Амальрик, А. Просуществует ли Советский Союз до 1984 года? [Текст] / А. Амальрик // Погружение в трясину. Анатомия застоя. – М. : Прогресс, 1991. – С. 643–675.

⁴ Див.: Снайдер, Т. Європа між Гітлером і Сталінін : монографія [Текст] / Т. Снайдер. – К. : Грані-Т, 2011. – 448 с.

ні й виснажені перш за все морально-психологічно, демографічно та економічно, опинилися на узбіччі цивілізаційних процесів та виявилися безпорадними в нових умовах, пов'язаних з жорсткою конкуренцією, постійними змінами у світі та новими викликами і загрозами, пов'язаними з глобалізаційними процесами.

Якщо спробувати осягнути та зрозуміти надмірне захоплення різного роду конституційними договорами, універсалами, угодами тощо, причому не лише в Україні, але й у деяких набагато стабільніших державах – таких, наприклад, як Франція – то найпростіше пояснення лежить на поверхні. Як вказує Л. В. Головка, «усі потужні держави, знаходячись у zenіті слави, завжди прагнуть забезпечити свій вплив не лише силою дипломатії або, на жаль, зброї, але й безболіснішими, менш ефективними засобами, не останнє місце серед яких займає правова експансія»¹. За правильним висловлюванням французького цивіліста Р. Кабріяка, право уподібнюється «шпазі нації», якою можна елегантно підкорювати інші народи². Не випадково саме тому США безпосередньо і через своїх протагоністів у всьому світі витрачають сьогодні колосальні зусилля і засоби на популяризацію американського бачення конституційного права, до числа стержневих елементів якого входять відмова від конституційного закріплення соціально-економічних прав (В. В. Речицкий), припинення у дусі першої поправки юридичного переслідування будь-яких ідей, включаючи ті, що суперечать основам правопорядку і моральності (О. В. Нестеренко), поступовий перехід до прецедентної системи (С. В. Шевчук) і т. д. У цьому сенсі імплементація практики конституційних угод цілком лежить в руслі «вестернізації» української правової системи, що вже давно стала очевидною.

Проте було б надмірним спрощенням пояснення моди на конвенційні норми винятково впливом пропагандистських зусиль прихильників англосаксонської правової системи. Як підкреслює той же Л. В. Головка, «пропагандистська машина може бути достатньо потужною, але її відносний успіх є неможливим без певного поживного середовища»³. Тож справа зовсім не у бажанні влади США або місцевих учених, що симпатизують їм, бачити у своїх країнах правові інститути, подібні до

¹ Головка, Л. В. Сделки с правосудием: объективная тенденция или модное поветрие? [Текст] / Л. В. Головка // Закон. – 2009. – № 9. – С. 188.

² Кабрьяк, Р. Кодификации [Текст] / Р. Кабрьяк. – М. : Статут, 2007. – С. 267.

³ Головка Л. В. Сделки с правосудием: объективная тенденция или модное поветрие ? [Текст] / Л. В. Головка // Закон. – 2009. – № 9. – С. 189.

американських. Тому потрібен інший формат, інші принципи розкриття сутності того, що відбувається.

На нашу думку, прагнення, в першу чергу вітчизняних політиків, впровадити західну договірну практику має неабияку психологічно-правову підоснову. Запекла політична боротьба, що відбувається в Україні упродовж останніх двадцяти років, призводить до того, що право все частіше і частіше перетворюється на жертву сумнозвісної політичної доцільності. Типовий приклад цьому – брутальне порушення парламентських процедур 8 грудня 2004 р. в ході прийняття конституційних поправок¹. Як наслідок, у свідомості багатьох можновладців та значної частини пересічних громадян, право починає сприйматися як щось аморфне, еластичне, розмите. Врешті-решт воно втрачає свій сакральний, метафізичний сенс, що певною мірою забезпечує дотримання його нормативних приписів. Інакше кажучи, право перестає сприйматися як еталон належного; воно розглядається вже як один з численних, причому не найбільш вдалих, продуктів політичних дій. Тому немає нічого дивного, що небажання та невміння українських політиків жити згідно з вимогами права, з правовими приписами штовхає їх на пошук нових джерел легітиматії своєї влади і регуляції власної діяльності. Тож бажано, щоб ці джерела самими ж політиками і створювалися. У цьому плані конституційні угоди у виконанні українських політиків нерідко стають засобом, що об'єктивує політичне свавілля і надає йому певної квазіюридичної форми.

У той же час можна вести мову й про об'єктивну необхідність «перереформатування» вітчизняного державознавства, що поступово йде від колишнього ригоризму в дусі «закон суворий, але це – закон», «нехай загине світ, але восторжествує право» і тому подібне (цікаво, що розуміючи всю надуманість цього протиставлення, Г. В. Ф. Гегель ще в 1821 р. дещо підкорегував останній вислів – «право торжествує для того, щоб не загинув світ»). У зв'язку з цим симптоматичним було повернення до концепції дискреційних повноважень глави держави, вихідною тезою якої визнається право глави держави діяти у певних випадках на власний розсуд, тобто не завжди у повній відповідності до закону². При цьому такий відхід від вимог закону, за логікою речей, має спрямовуватися у бік більшої гнучкості, більшого прагматизму,

¹ Євсєєв, О. П. Процедури в конституційному праві України [Текст] / О. П. Євсєєв. – Х. : ФІНН, 2010. – С. 57–59; Колісник, В. Процесуально-процедурні аспекти проведення конституційної реформи [Текст] / В. Колісник // Конституційна реформа: експертний аналіз. – Х. : Фоліо, 2004. – С. 63–72.

² Див.: Євсєєв, О. П. Процедури в конституційному праві України [Текст] / О. П. Євсєєв. – Х. : ФІНН, 2010. – С. 74–90.

більшого раціоналізму, тобто у бік усього того, що є характерним для цивільного права, універсальною юридичною формою якого саме і виступає договір, контракт. Однак, як показує сучасний український досвід, суб'єкти конституційно-правових відносин, перебуваючи у системі координат спотворених соціальних цінностей, часто діють спонтанно, ірраціонально, під тиском обставин, неправомірного та позаправового впливу, всупереч здоровому глузду та елементарній логіці.

В. Д. Зорькін зауважує: «Договір як правова форма політичних відносин складається не на основі субординації, командно-адміністративних наказових відносин між тим, хто володарює, і підпорядкованим, а на основі демократичної рівності сторін, їх вільного волевиявлення, координації і кооперації»¹. Таким чином, сама природа договірного регулювання, що допускає не одностороннє волевиявлення, а необхідність узгодження волі стосовно автономних учасників політичного спілкування – ось що, мабуть, приваблює суб'єкти конституційного права в їх прагненні засвоїти та впровадити в практику українського державотворення договірні форми взаємодії.

Варто нагадати, що позначена конвергенція приватних і публічних засад торували собі шлях ще за радянських часів завдяки зусиллям видатних правознавців. Досить згадати висловлювання професора В. П. Маслова про те, що «в кожній галузі стільки права, скільки в ній права цивільного»², чи статтю члена-кореспондента АН СРСР С. С. Алексєєва «Не просто право – приватне право»³, у якій йшлося про те, що майбутнє, поза сумнівом, за цивілістичним інструментарієм з його добровільністю, диспозитивністю, рівністю сторін як партнерів. Тому зараз, в умовах, коли Україна, відмовившись від однієї правової моделі, але так і не змогла створити нову й саме тому переживає своєрідний інституціональний хаос, ідеї такого роду знову отримують «друге дихання».

Нарешті, сама логіка політичного життя змушує українську еліту користуватися потенціалом конституційних угод. Справа в тому, що на політичній сцені доводиться мати справу з партіями і лідерами різної політичної орієнтації, досить часто шукати компроміс та точки дотику і навіть співпрацювати, по суті, зі своїми опонентами, особливо в тих випадках, коли жодна з політичних сил не має так званої блокуючої

¹ Зорькін, В. Советская правовая доктрина: опыт и уроки [Текст] / В. Зорькин // Коммунист. – 1989. – № 2. – С. 108.

² Див.: Сібільов, М. Василь Пилипович Маслов (1922–1987 рр.) [Текст] / М. Сібільов // Вісник АПрНУ. – 1997. – № 3. – С. 118.

³ Алексєєв, С. Не просто право – частное право ! [Текст] / С. Алексєєв // Известия. – 1991. – 21 окт.

більшості. Тому природно, що така співпраця імпліцитно має компромісний характер, оскільки заснована на взаємних поступках, на пошуках взаємоприйнятних рішень. У рамках таких рішень кожна зі сторін прагне, очевидно, обстоювати свої принципові, корінні інтереси. Проте, як показує новітня історія України, жодна зі сторін не може розраховувати, якщо мати на увазі сутнісні питання, отримати повний вигравш. Тому взаємоприйнятні рішення майже завжди є половинчастими і навряд чи можуть бути іншими. Повністю не задовольняючи жодну зі сторін, вони в той же час частково відповідають інтересам кожної з них, – в цьому і обмеженість, і величезна привабливість конвенційних норм, а отже й самих конституційних угод перш за все як перспективної форми юридичного закріплення політичного компромісу.

Такими є найбільш значущі чинники практики сучасного державотворення та державного будівництва, що підготували сприятливе середовище для перенесення інституту конституційних угод на український ґрунт.

Одночасно виникає потреба у з'ясуванні юридичних особливостей конвенційних (договірних) норм у конституційному праві, їх визначальних ознак саме як правових явищ.

По-перше, варто підкреслити особливий суб'єктний склад, адже в укладанні таких угод беруть участь тільки органи публічної влади, тобто органи державної влади, органи влади автономії та органи місцевого самоврядування. Причому сторони цієї угоди мають виступати саме як органи влади, а не, скажімо, юридичні особи, реалізуючи саме конституційну правосуб'єктність, а не будь-яку іншу (господарську, адміністративну тощо). Слід урахувати, що це можуть бути інституції, які належать як до різних гілок державної влади (найчастіше законодавчої та виконавчої), так і структурні елементи однієї гілки (наприклад, різні фракції єдиного представницького органу). Д. С. Терлецький наполягає, що «сторонами такого договору виступають найчастіше публічні інститути (державна в цілому, її окремі органи, міждержавні утворення..., органи місцевого самоврядування, громадські об'єднання)»¹. Дискусійним залишається питання про те, чи може судова влада брати участь в створенні конвенційних норм. Так, Н. М. Пархоменко безпосередньо відносить до числа суб'єктів конституційних договорів «вищу судову

¹ Терлецький, Д. С. Нетрадиційні джерела конституційного права [Текст] / Д. С. Терлецький // Процеси сучасної конституціоналістики: навч. посіб. / за ред. М. П. Орзіха. – К. : Юрінком Інтер, 2011. – С. 91.

адміністрацію, що представляє судову владу»¹. На нашу думку, суд не може бути учасником конституційних угод, оскільки це вимагатиме від нього пошуку компромісів та поступок і може призвести до надмірної політизації ситуації навколо нього.

Проте у світовій практиці неодноразово траплялися випадки, коли суд, передусім Конституційний, намагався узяти на себе роль миротворця. Загальновідомо, що упродовж 1992–1993 рр. голова Конституційного Суду Російської Федерації В. Д. Зорькін виступив ініціатором серії переговорів між тодішнім президентом Б. М. Єльциним та керівництвом опозиційної Верховної Ради Росії. Проте, на жаль, ці шляхетні наміри примирити ворогуючі сторони не призвели до подолання протистояння, а сам Суд багато в чому став заручником політичної ситуації, що закінчилася розпуском парламенту і озброєними зіткненнями на вулицях російської столиці. Очевидно, що судовій владі або окремим її представникам не варто брати участь в укладанні будь-яких політичних угод. Інше питання, що конституційні договори можуть містити в собі норми, що регулюють систему і структуру органів правосуддя, як наприклад, це мало місце в розділі V Конституційного Договору 1995 р.

По-друге, окрім особливого суб'єктного складу, конституційні угоди завжди мають свій специфічний предмет регулювання. Як правило, таким предметом зазвичай стають суспільні відносини, виникнення яких пов'язане з найважливішими аспектами організації і функціонування державної влади, зокрема, компетенцією, статусом її гілок, розподілом державно-владних повноважень, їх делегуванням тощо. Це можуть бути «питання владарювання, управління і саморегулювання, причому далеко не всі, а лише ті, що допускають не загальноправову, а договірну форму правового регулювання»². При цьому варто ще раз підкреслити, що конституційні угоди, як, втім, і будь-які інші, ґрунтуються на вільному волевиявленні сторін і презюмують їх добру волю та готовність йти на взаємні поступки у процесі пошуку погодженого й компромісного за своєю сутністю варіанта змісту цих угод. Важливо також і те, що вони можуть укладатися як на певний строк (наприклад, не раз згадуваний Конституційний Договір 1995 р., укладений на один

¹ Пархоменко, Н. М. Конституційний Договір як джерело права України: історичний досвід [Текст] / Н. М. Пархоменко // Правова держава. – 2001. – Вип. 12. – С. 65.

² Див.: Терлецький, Д. С. Нетрадиційні джерела конституційного права [Текст] / Д. С. Терлецький // Процеси сучасної конституціоналістики: навч. посібник / за ред. М. П. Орзіха. – К. : Юрінком Інтер, 2011. – С. 91.

рік), так і бути безстроковими. В останньому випадку конституційні угоди вже стають свого роду правовими звичаями, які через деякий, іноді досить тривалий час, починають дотримуватися через свій «німий авторитет».

По-третє на період дії конституційних угод може припинятися дія тих правових норм, які їм суперечать. Ця особливість закономірно витікає з такої риси договірному способу регулювання, як можливість відступити від положень актів законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд¹. Отже, конституційна угода може передбачати інше регулювання порівняно з поточним законодавством. Проте укладання конституційних угод, що суперечать Конституції України, на нашу думку, є неприпустимим. Спроба укласти таку конституційну угоду у грудні 2004 р. (незважаючи на участь у ній міжнародних посередників) й саме таким шляхом відкрити шлях для подолання політичної кризи і одночасно для недолугої конституційної реформи, призвела врешті-решт до втрати керованості державою та суспільно-політичними процесами, розбалансуванню системи здійснення публічної влади. Так само й Конституційний Договір 1995 р., з одного боку, виконав роль такого собі «політичного балансиру» і убезпечив українське суспільство від надмірного загострення політичної ситуації (на відміну, наприклад, від Російської Федерації, де з квітня по жовтень 1993 р. не вдалося знайти компроміс між політичними елітами та оформити його у вигляді конституційної угоди). У той же час невдовзі після підписання Конституційного Договору з'ясувалося, що він мало придатний для практичного застосування у повсякденному державотворчому процесі, оскільки його норми значною мірою суперечили Конституції України 1978 р., що формально залишалася чинною. Це дозволяло політичним елітам в одних випадках, коли було вигідніше, посилалися на вказаний Договір, а у інших – на Основний Закон. У той же час процес підготовки та підписання Конституційного Договору, а також очікування результату від його запровадження певною мірою загальмувало конституційний процес та призвело до того, що українська еліта фактично змарнувала дорогоцінний час. Врешті-решт українська Конституція була ухвалена лише у 1996 р., тобто пізніше за всі сусідні держави.

По-четверте, договори в конституційному праві є угодами, що спираються передусім на консенсус між конституційними органами

¹ Див.: Сібільов, М. М. Цивільно-правовий договір [Текст] / М. М. Сібільов // Цивільне право України : підручник : у 2 т. Т. 2 / за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – К. : Юрінком Інтер, 2004. – С. 87.

публічної влади, проте такі угоди зазвичай не підлягають судовому захисту у разі їх порушення.

По-п'яте, угоди в конституційному праві мають нормативно-правовий характер і відображають не приватну, а загальну публічну волю сторін – суб'єктів цього договору¹.

По-шосте, основною метою укладання нормативно-правового договору є «публічна мета, суть якої полягає в адекватному вираженні і повному задоволенні публічних інтересів сторін»².

На думку С. В. Резніченко, нормативно-правовий договір визначається як «добровільна угода держав, державних утворень, їхніх органів, інших суб'єктів конституційного права з питань їхніх взаємовідносин. Інтерес, що виявляється до розширення використання нормативно-правового договору за умов демократичного функціонування держави й суспільства, особливо в рамках унітарної держави, якою є Україна, пояснюється, насамперед, високою миропозитивною потенцією договірної форми права в соціально-юридичній взаємодії, широким спектром можливостей для досягнення згоди й компромісу між суб'єктами конституційного права на основі їхнього добровільного волевиявлення, що робить такий договір повсякденним, ординарним джерелом конституційного права»³.

Для розуміння сутності та особливостей конституційних угод важливо з'ясувати їх основні види. У науковій літературі залежно від змісту конституційних договорів традиційно виокремлюють: а) засновницькі; б) компетенційно-розмежувальні (і в тому числі угоди про делегування повноважень); в) програмно-політичні; г) внутрішньодержавні договори про дружбу і співпрацю; д) функціонально-управлінські; е) договори про громадянську злагоду⁴. По суті, усі ці види конституційних угод певною мірою зустрічаються в українському законодавстві.

Засновницькими договорами опосередкують зазвичай інституційні питання, пов'язані зі статусом держави, його юридичним оформленням, взаєминами владних інституцій між собою тощо. Саме до таких угод безумовно може бути віднесений Конституційний Договір 1995 р., що врегулював конституційні повноваження органів публічної влади на території суверенної України.

¹ Див.: Терлецький, Д. С. Нетрадиційні джерела конституційного права // Процеси сучасної конституціоналістики [Текст] : навч. посіб. / Д. С. Терлецький / за ред. М. П. Орзіха. – К. : Юрінком Інтер, 2011. – С. 91.

² Там само.

³ Резніченко, С. В. Договір як джерело конституційного права України [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02 / С. В. Резніченко. – О., 1999. – С. 9–10.

⁴ Тихомиров, Ю. А. Публичное право [Текст] / Ю. А. Тихомиров. – М. : БЕК, 1995. – С. 184.

Конституційними договорами засновницького характеру можуть бути визнані лише ті конституційні угоди, які встановлюють основи внутрішньодержавного правопорядку і не вимагають узгодження з будь-якими учасниками міжнародного спілкування. Вони народжуються як суто національні акти, однак ініціаторами їх створення виступає не якийсь один посадовець або державний орган, а декілька державних органів, зазвичай вищого рангу, які прагнуть в режимі згоди і консенсусу встановити основи нового правопорядку. Наприклад, якщо після серії «оксамитових революцій» Чехія, Словаччина, Угорщина, Румунія, Болгарія змогли ухвалити якісно нові конституції, то в Польщі цього не сталося. Але й там вихід був знайдений: у 1992 р. в Польщі була прийнята так звана Мала Конституція, яка регулювала приблизно той же перелік питань, що й український Конституційний Договір 1995 р.

Компетенційно-розмежувальні договори в конституційному праві найчастіше використовуються у внутрішньофедеративних відносинах. Як зазначається в російській літературі ще до прийняття Конституції Російської Федерації 1993 р., важливу роль у становленні федерального устрою держави відіграли три федеральні договори 1992 р. про розмежування предметів ведення і повноважень, укладені федерацією з: а) республіками в її складі; б) краями, областями, містами федерального значення; в) автономною областю і автономними округами Російської Федерації. Пізніше зміст цих договорів значною мірою був прийнятий Конституцією Російської Федерації. На підставі ж самої Конституції федерацією і її суб'єктами укладено значне число двосторонніх договорів, що відображають особливості того або іншого суб'єкта Російської Федерації (наприклад, анклавне розташування Калінінградської області або водозбірної зони озера Байкал)¹. Останніми роками, коли в Російській Федерації РФ позначилася тенденція до укрупнення і злиття суб'єктів федерації, викликана, мабуть, путінською централізацією і прагненням хоча б частково вирівняти фінансове становище регіонів, наприклад, нафтоносної Пермської області і депресивної Республіки Комі, джерелами регулювання нових об'єднань знову стали відповідні договори².

Значного поширення набули компетенційно-розмежувальні угоди в зарубіжних державах. Так, у Швейцарії кантони мають право укла-

¹ Див.: Баглай, М. В. Малая энциклопедия конституционного права [Текст] / М. В. Баглай, В. А. Туманов. – М. : БЕК, 1998. – С. 126.

² Детальніше див.: Автономов, А. С. Новое в конституционном праве России: договоры как источники регулирования объединения субъектов РФ [Текст] / А. С. Автономов // Государство и право. – 2007. – № 4. – С. 25–31.

дати між собою договори з питань законодавства, управління і правосуддя, доводячи відомості про це до федеральної влади. Кантони, подібно до земель у ФРН, можуть також укладати з іноземними державами договори з питань народного господарства, сусідських відносин і допомоги. У ст. 145 Конституції Іспанії встановлено, що між автономними співтовариствами можливі угоди для управління і власних служб, однак, з тим застереженням, що подібні угоди мають бути затверджені Генеральними Кортесами¹.

Ще одним видом конституційних договорів є програмно-політичні. Вони були освоєні українською парламентарною практикою в контексті коаліційних угод, які необхідно було укладати депутатським фракціям в період дії конституційних поправок (2006–2010 рр.). Їх суть полягає в тому, що суб'єкти політичного процесу беруть на себе зобов'язання діяти погоджено і проводити загальну політику в певних сферах державного і громадського життя. З ними тісно пов'язані внутрішньодержавні договори про дружбу і співпрацю. Відмінність полягає лише в тому, що діяти в унісон зобов'язуються не владні інституції, а адміністративно-територіальні одиниці. У таких договорах закладається фундамент для формування добросусідських відносин між складовими частинами однієї і тієї ж держави. Прикладом цього може служити укладений в 1997 р. між Татарстаном і «масхадівською» Ічкерією Договір про дружбу і співпрацю, підписаний президентами цих республік. Зокрема, згаданий документ передбачав участь Татарстану у відновленні інфраструктури Чечні, розробку програми навчання чеченських дітей у вищих навчальних закладах Казані, а також розміщення повноважних представництв обох республік відповідно в Казані і Грозному².

Найбільш поширеними слід визнати, звичайно ж, функціонально-управлінські договори. Їх учасниками виступають органи державної влади, які не просто досягають згоди з визначальних, ключових, програмних питань своєї діяльності, але й розробляють конкретні практики та технології здійснення управлінської (у широкому значенні цього слова) праці, які іноді можуть навіть йти врозріз з офіційно встановленою за ними компетенцією.

Так, з 1974 р. за ініціативою В. Жискар Д'Естена, великого прихильника договірних форм, кожної середи в парламенті члени фран-

¹ Див.: Тихомиров, Ю. А. Публичное право [Текст] / Ю. А. Тихомиров. – М. : БЕК, 1995. – С. 193.

² Див.: Кутафин, О. Е. Источники конституционного права РФ [Текст] / О. Е. Кутафин. – М. : Юристъ, 2002. – С. 254.

цузького уряду відповідають на запитання. Єдиною основою для подібної практики є рішення щотижневої наради голів парламентських груп. Проте її справжня постійна основа – конвенційна, оскільки ця практика ґрунтується на сприйнятті її урядом, що утримується на «запрошення» глави держави від використання ст. 48 Конституції, яка відводить на питання лише засідання в п'ятницю зранку¹. Як бачимо, завдання парламентського контролю підштовхують парламент і уряд на пошук іншого, оптимальнішого з точки зору досягнення задекларованої мети, режиму взаємодії, що неминуче знаходить своє віддзеркалення у відповідній функціонально-управлінській угоді. До таких же угод відноситься договір, який уклали обрані в 1980 р. на свої пости президент США Р. Рейган і віце-президент США Дж. Буш. У ньому були врегульовані не передбачені Конституцією питання, пов'язані зі сферами спільної і окремої діяльності, участю віце-президента в засіданнях Ради національної безпеки (що раніше не допускалося), порядком взаємодії з Республіканською партією, яка висунула їх кандидатури тощо. Цілком очевидно, що наявність такого акта певною мірою знижує напруженість у взаєминах між політичними лідерами, робить їх поведінку передбачуваною та менш схильною до політичних інтриг та емоційних рішень.

Важливим видом конституційних угод є договори про громадянську злагоду. Вони є документами морально-політичного значення і спрямовані на подолання конфронтації політичних сил з метою забезпечення стабільності конституційного ладу, спільної розробки заходів, спрямованих на подолання складних соціально-економічних і політичних проблем. Найбільш відомим і, мабуть, найбільш вдалим з договорів такого роду є пакт Монклоа (за ім'ям його ініціатора), укладений у 1977 р. політичними партіями Іспанії, який дозволив країні успішно пройти складний перехідний період від франкізму до демократичної державності, прийняти нову конституцію, провести важливі економічні й політичні реформи. У Росії Договір про громадську злагоду був укладений навесні 1994 р. після трагічних подій жовтня 1993 р. і прийняття на всеросійському референдумі нового Основного Закону. Його учасниками стали Президент, Федеральні Збори, уряд, суб'єкти РФ, Громадська палата при Президентові, політичні партії, профспілки, інші громадські рухи, релігійні об'єднання. Зокрема, учасники Договору взяли на себе зобов'язання дотримуватися пріоритету прав і свобод

¹ Див.: Крутоголов, М. А. Парламентское право Франции [Текст] / М. А. Крутоголов, А. И. Ковлер // Очерки парламентского права / отв. ред. Б. Н. Топорнин. – М. : ИГП РАН, 1993. – С. 88.

людини, поваги прав народів, принципів демократії, правової держави, розподілу влади, федералізму¹. Спроби укласти схожий договір не одноразово здійснювалися і в Україні. Останньою за часом спробою можна вважати укладення у 2006 р. Універсалу національної єдності, завдяки якому, наприклад, була розблокована робота Конституційного Суду і новопризначені судді були приведені до присяги. Проте підписання Універсалу дало лише короточасний ефект, оскільки він не міг примирити політичну еліту, апріорі зорієнтовану та психологічно налаштовану в ті роки на протистояння та протиборство. Зараз є очевидним, що замість пошуку середнього, прийняттого для усіх шляху, здатного (нехай навіть через випробування і труднощі) вивести Україну з кризи, постійно протидіючи між собою, політичні сили прирекли її на ті крайнощі, які істотно поглибили системну кризу в Україні. Досвід останніх років переконливо доводить, що коли у суспільстві немає загальних для усіх правил, нехай навіть і вироблених самостійно в конвенційних нормах, тоді рано чи пізно починається чергове протистояння та навіть його загострення.

Проте проблема криється не лише в низькому рівні політико-правової культури можновладців і переважної частини українського соціуму. На наш погляд, разом з політичними, ідеологічними, психологічними перешкодами на шляху успішного впровадження конституційних угод (у тому числі й про громадянську злагоду) в український правопорядок та буття українського суспільства виникають обмеження, що є суто юридично-технічними. Передусім необхідно усвідомлювати, що для західного світу, принаймні англійського, конституційні угоди є не просто окремим інститутом, що може існувати у відносно автономному режимі, а абсолютно системним та звичним явищем. Як зазначає В. В. Лузін, відомий знавець цієї проблематики, «британська конституційна система розвивалася упродовж століть на основі принципу спадкоємності і безперервності і у своїй еволюції практично не знала серйозних потрясінь такого масштабу і кількості, як французька, що змінювали кардинально напрями її розвитку»². Як наслідок, англійську правову систему можна порівняти з полотном, на яке потрібно дивитися з невеликої відстані, щоб за окремими точками і мазками (прецедентами і звичаями) проступили чіткі контури цілісної й глибо-

¹ Див.: Баглай, М. В. Малая энциклопедия конституционного права [Текст] / М. В. Баглай, В. А. Туманов. – М. : БЕК, 1998. – С. 128.

² Лузін, В. В. Место и роль конституционных соглашений в системе источников права Англии [Текст] / В. В. Лузін // Изв. вузов. Правоведение. – 1999. – № 2. – С. 103.

ко продуманої композиції. Остання відрізняється «перевагою прецедентного права, відсутністю єдиної загальноновизнаної кодифікації, неопрацьованістю системи права, відсутністю чіткої межі між різними його галузями, зовнішнім консерватизмом і прагненням зберегти стару форму навіть тоді, коли його зміст став абсолютно новим»¹.

Що ж можна сказати у такому разі про українську правову систему, яка упродовж одного тільки ХХ ст. як мінімум тричі радикально змінювала свої парадигмальні орієнтири?! Досить порівняти законодавство царської Росії, Радянського Союзу і, нарешті, суверенної України, причому в кожному з цих історичних відрізків часу були свої етапи і підетапи (іноді дуже не схожі один на одного). Інститут же конституційних угод в тому вигляді, у якому він існує у Великобританії, нерозривно пов'язаний з фундаментальними особливостями англійського механізму політичного владарювання, відшліфованого упродовж століть.

Головною його особливістю є відсутність у Великобританії писаної, а точніше, кодифікованої конституції. Фактично конституційні угоди, разом із судовими прецедентами, звичаями і нечисленними актами статутного права і формують англійську конституцію. Наприклад, такі аксіоми британського конституціоналізму, як те, що монарх повинен призначити прем'єр-міністром особу, що має підтримку більшості в палаті громад, прем'єр-міністр визначає склад кабінету, усі міністри мають бути призначені з числа членів парламенту і таке інше, встановлені саме конвенційними нормами². Як наслідок, не може бути й мови про порушення конституційними угодами Основного Закону, якого, по-перше, у формально-юридичному плані не існує як єдиного джерела права, а по-друге, самі угоди і складають стандарт конституційності. А от в українських умовах, що базуються на континентальних зразках та підходах, прийняття будь-якої угоди, що встановлює інше, порівняно з нормами Конституції, регулювання автоматично означатиме порушення конституційної законності, яке ще якось може бути виправдане в переломні епохи, але є неприпустимим у відносно стабільних політичних і економічних реаліях. Принципово важливою є також та обставина, що британському конституційному праву не відома «юридична піраміда Кельзена» (конституційні норми, міжнародно-правові норми, законодавчі норми, підзаконні норми), що є неодмінною

¹ Див.: Марченко, М. Н. Источники права [Текст] / М. Н. Марченко. – М. : Велби, Проспект, 2006. – С. 611.

² Див.: Шаповал, В. М. Сучасний конституціоналізм [Текст] / В. М. Шаповал. – К. : Юрінком Інтер, 2005. – С. 487.

умовою існування будь-якої континентальної системи і використовується майже повсюди в державах СНД. Звідси впливає щонайменше дві проблеми. Перша пов'язана з тим, що в континентальній системі з часів римського права діє незаперечне правило – «публічне право не можна змінювати приватними угодами». Чітко і недвозначно про це ж зазначається у ч. 2 ст. 6 та ч. 2 ст. 19 Конституції України, які закріплюють щодо органів публічної влади домінантно-правовий принцип «дозволено тільки те, що прямо передбачено законом». За такої конституційної основи депутата або чиновника складно змусити керуватися конституційною угодою. Адже залишається незрозумілим, чи мають вони право відкласти убік закон, якщо той суперечитиме угоді? Яким саме має бути місце конвенційних угод в дуже жорсткій ієрархії нормативно-правових актів, що існує в Україні? Тут неминуче виникає ще багато інших питань, які вимагають технічного рішення і які неможливі, наприклад, в американському конституційному праві. На сьогодні, на нашу думку, в Україні конституційним угодам відведена одна з трьох альтернатив – або бути зведеними винятково до регіональних угод, або заповнювати прогалини писаного права, дотримуючись при цьому у базових своїх показниках принципу, як полюбляв говорити колись популярний російський політик, «диктатури закону», або, остаточно дискредитувавши саму ідею, стати засобом розхитування й без того крихкої законності, коли цими угодами намагатимуться обійти норми конституційного права.

По-друге, континентальна правова система, що пройшла свого часу через жахи середньовічної інквізиції, а пізніше – через тоталітарні режими (що вже тут говорити про Україну, яка пройшла через трагедію голодомору та кризь сито сталінського «великого терору»), забезпечує засобами конституційного правосуддя здійснення нормативного контролю за актами найвищих органів влади, включаючи й парламент. Але як же бути у такому разі з конституційними угодами? Чи мають вони бути об'єктами конституційного контролю? Адже очевидно, що якщо ми допускаємо можливість укладення договору, що суперечить Основному Закону, то шанси такого акту бути скасованим Конституційним Судом зростають багаторазово. Посилання ж на англійський досвід укладання схожих угод виглядають, як мінімум, наївно-провінційними, оскільки в цій державі діє так звана вестмінстерська модель парламентаризму, для якої характерна доктрина «верховенства парламенту» (самі англійці говорять: «Парламент може усе, за винятком одного – перетворити чоловіка на жінку»), а функцію нормативного контролю

до недавнього часу зовсім здійснювала одна з його палат – Палата лордів. Не випадково, ще А. Дайсі свого часу категорично стверджував, що жоден орган не може визнати недійсним акт парламенту¹. Якщо ж припустити, що такі угоди не будуть підвладні Конституційному Суду, а отже й не будуть ним примусово забезпечуватися, то передбачити долю таких угод з нашим рівнем політико-правової культури не так вже й складно. Швидше за все їх спікатиме така ж доля, що колись спіткала Універсал національної єдності, якого спочатку дотримувалися лише в тій частині, у якій це було вигідно окремим його учасникам, а згодом про нього взагалі забули. У Великобританії, навпаки, конституційні угоди, як підкреслює В. В. Лузін, дотримуються через інерцію, звичку і внутрішню переконаність, що саме так слід діяти².

Як бачимо, знаходячись у рамках континентальної логіки, подолати вищезазначені проблеми практично неможливо. Чи слід дивуватися з того, що в континентальному публічному праві конституційні угоди в їх чистому вигляді не лише ніколи не існували, але й не могли існувати? Максимум, що є можливим – це намагатися грамотно вписати деякі плідні ідеї (ті ж регіональні угоди) в інший юридично-технічний контекст, внаслідок чого ми отримуємо не англійські конституційні угоди, а окремі їх локальні аналоги, що іноді досить далекі від оригіналу, проте можуть дати певний ефект.

Аналізуючи відносно мирний розвиток політичного процесу в Україні (навіть у період «помаранчевої революції» 2004 р., коли на відміну від багатьох європейських столиць вдалося уникнути бійок, сутичок з правоохоронцями, кровопролиття, розбитих вітрин, спалених автомобілів тощо) мимоволі приходиш до висновку, що, мабуть, певний консенсус між політичними елітами все-таки існує. Але так само є очевидним і те, що цей консенсус не формалізований, прихований від громадської думки й нерідко несе на собі відбиток, з одного боку, відвертої корумпованості, а з другого – такої собі байдужості, страху та лінькуватості все ще значною мірою розчарованого та сонного українського суспільства. Укладення ж конституційного договору – це завжди формалізація досягнутого врешті-решт політичного результату, фіксація його у письмовій формі, що вимагає подальшого обнародування. Проте, скажімо, плани нової правлячої еліти на черговий перерозподіл державної

¹ Див.: Богдановская, И. Ю. Неписанные конституции стран «общего права»: понятие и перспективы развития [Текст] / И. Ю. Богдановская // Журнал зарубеж. законодательства и сравнит. правоведения. – 2006. – № 4. – С. 72.

² Див.: Лузін В. В. Место и роль конституционных соглашений в системе источников права Англии [Текст] / В. В. Лузін // Изв. вузов. Правоведение. – 1999. – № 2. – С. 106.

власності навряд чи будуть зафіксовані документально. Тому доки існують тіньові схеми, що використовуються владою, про жодні легальні конституційні угоди говорити неможливо, адже в умовах взаємної недовіри, підозр та звинувачень втрачається основа для політичного діалогу, що має передувати укладанню конституційних угод.

Резюмуючи, слід зазначити, що усі процесуально-технічні особливості, що зумовили появу конституційних угод в країнах «Загального права» в Україні перетворюються на свою повну протилежність і стають майже непереборними перешкодами на шляху їх розвитку, принаймні розвитку в тому вигляді, у якому вони існують на своїй історичній батьківщині.

В останні два десятиліття відбувся помітний сплеск інтересу до конвенційних норм в конституційному праві або, як їх називають у вітчизняній науковій літературі¹, до конституційних угод – інституту, що зовсім недавно вважався специфічною особливістю британського конституціоналізму. На сьогодні правознавці багатьох держав визнають за необхідне запровадити конституційні угоди або їх аналоги у свої правові системи. Про нагальну потребу та можливі форми запровадження конституційно-правових договорів з метою «децентралізації сфери конституційно-правового регулювання» в Україні переконливо доводив В. Ф. Мелашенко². Незабаром практика пішла саме таким шляхом і процес українського державотворення продемонстрував кілька форм використання конституційних угод.

В історії незалежної України перший практичний вияв цієї, на думку А. Ю. Мельвіля, «інтелектуальної моди»³ припав на 1995 р., коли був укладений Конституційний Договір між Верховною Радою і Президентом на період до прийняття нової Конституції. Це дозволило «на основі доброї волі сторін, взаємних поступок і компромісу»⁴ зафіксу-

¹ Див.: Кутафін, О. Е. Источники конституционного права РФ [Текст] / О. Е. Кутафін. – М. : Юристъ, 2002. – 348 с.; Морозова, Л. А. Договор в публичном праве: юридическая природа, особенности, классификация [Текст] / Л. А. Морозова // Гос-во и право. – 2009. – № 1. – С. 15–22; Черепанов, В. А. Договор в конституционном праве РФ [Текст] / В. А. Черепанов // Государство и право. – 2003. – № 8. – С. 19–26.

² Мелашенко, В. Ф. Основи конституційного права України: курс лекцій [Текст] / В. Ф. Мелашенко. – К. : Вентурі, 1995. – С. 160–161.

³ Мельвиль, А. Ю. США – сдвиг вправо ? [Текст] / А. Ю. Мельвиль. – М. : Наука, 1986. – С. 3.

⁴ Див.: Конституційний Договір [Текст] // Відом. Верхов. Ради України. – 1995. – № 18. – Ст. 133.

вати механізм взаємодії найвищих органів публічної влади строком на один рік. Як писав із цього приводу С. П. Головатий, прийняття цього акта дало можливість, з одного боку, знизити градус напруженості у взаємовідносинах президента і парламенту, а з другого – зберігаючи (хоч би і формально) Конституцію УРСР 1978 р., що діяла у той час, впритул підійти до підготовки принципово нового Основного Закону¹.

На той час конституційний процес в Україні як процес пошуку компромісу між політичними елітами щодо механізму здійснення публічної влади, засадничих ідей та головних напрямків подальшого розвитку держави і суспільства, розробки та ухвалення Основного Закону практично зупинився. Через відсутність політичної волі, загострення економічної кризи та протистояння між законодавчою і виконавчою владою зусилля розробників проекту нової Конституції України були зведені нанівець. Лише після обрання нового складу Верховної Ради і нового Президента України робота над проектом відновилася та було сформовано новий склад Конституційної комісії, яка тепер набула статусу загальнодержавної, а не комісії Верховної Ради. Однак невдовзі знову виникло протистояння між Верховною Радою і Президентом України. Задля його подолання, а також для надання Президентові тих повноважень, яких йому начебто бракувало, було запропоновано підготувати Закон про владу, який би тимчасово виконував роль так званої «малої Конституції». Кілька місяців знадобилося для підготовки проекту зазначеного закону, а вже 18 травня 1995 р. Верховна Рада схвалила Закон про державну владу і місцеве самоврядування в Україні. Але цього виявилось замало, оскільки одночасно продовжувала діяти і Конституція України 1978 р. Тому виникла ідея Конституційного Договору між Верховною Радою України та Президентом України, який врешті був підписаний 8 червня 1995 р. і означав «правове оформлення політичного компромісу»². Сторони визнали за необхідне створення належних умов для прийняття нової Конституції в строк не більше одного року. Конституційний Договір спочатку сприяв зняттю напруженості у відносинах між парламентом і главою держави. Однак у подальшому загострення у взаєминах вказаних суб'єктів знову почало наростати й лише після цього нарешті прийшло усвідомлення необхідності плідної та наполегливої роботи над повноцінним проектом Конституції.

¹ Головатий, С. Конституційний Договір як складова новітнього конституційного процесу в Україні [Текст] / С. Головатий // Конституція незалежної України: у 3 кн. Кн. 1. – К. : УПФ, 1995. – С. 40.

² Конституційне право України [Текст] : навч. посіб. – Х. : НЮАУ, 1997. – С. 34.

На думку В. М. Шаповала, «Конституційний Договір був феноменом у світовій державно-правовій практиці, оскільки за ним визнавалася по суті надконституційна природа. Після його ухвалення Конституція (Основний Закон) України 1978 р. не втратила силу, але вона йому фактично субординувалася»¹. На підтвердження своєї тези автор посилається на положення Конституційного Договору, розміщене одразу після його останньої ст. 61 (Розділ VIII Заклучні положення), згідно з яким визначалося, що «до прийняття нової Конституції України положення чинної Конституції України діють лише в частині, що узгоджується з цим Конституційним Договором». В. М. Шаповал вважає, що «поясненням відповідної природи Конституційного Договору може слугувати лише те, що його сторонами (учасниками) стали сформовані за результатами загальних і прямих виборів державні органи, котрі здійснюють політичне представництво народу – Верховна Рада України і Президент України. Але таким поясненням не вичерпується дискусійність питань про «надконституційність» Конституційного Договору та про повноважність парламенту і глави держави укладати такі акти»².

Другий безумовно важливий і одночасно доволі суперечливий вияв практичного використання конвенційних норм в Україні пов'язаний з бурхливими подіями 2004 р., коли сотні тисяч громадян вийшли на численні майдани в Києві та інших містах, протестуючи проти порушення їх виборчих прав та виборчих процедур, спотворення результатів президентських виборів, приниження гідності громадян з боку чиновників, корупції та неправомірного тиску на підприємців, що зростали протягом попереднього десятиліття у геометричній прогресії, непрозорості в діяльності посадовців та органів державної влади, а також інших негативних явищ, що накопичувалися у державі та суспільстві через непрофесіоналізм, безпорадність та відверту бездіяльність державно-владних інституцій. 27 листопада 2004 р. Верховна Рада України ухвалила постанову «Про політичну кризу у державі, що виникла у зв'язку з виборами Президента України». У п. 7 зазначеної постанови було встановлено: «Запропонувати Ющенку В. А. та Януковичу В. Ф. терміново провести переговори з метою подолання політичної кризи та підписання відповідної політичної угоди»³. Проте

¹ Шаповал, В. Н. Сравнительное конституционное право [Текст] / В. Н. Шаповал. – К. : Княгиня Ольга, 2007. – С. 33.

² Там само.

³ Про політичну кризу у державі, що виникла у зв'язку з виборами Президента України: Постанова Верховної Ради України від 27 листоп. 2004 р. // Відом. Верхов. Ради України. – 2004. – № 50. – Ст. 544.

політична криза в Україні зайшла в глухий кут, а переговорний процес у парламенті між опозицією та пропрезидентськими фракціями щодо виходу з кризи загальмувався.

Після переговорів лідера коаліції «Сила народу» з уповноваженим представником ОБСЄ, экс-президентом Польщі Л. Валенсою, з метою проведення політичних консультацій та досягнення політичних домовленостей відбулося три засідання так званого «круглого столу з врегулювання політичної кризи» із залученням міжнародних посередників, який мав розробити шляхи виходу з політичної кризи. Засідання «круглого столу», у якому взяли участь Президент України Л. Д. Кучма, Голова Верховної Ради В. М. Литвин, кандидати на пост Президента України – Прем'єр-міністр В. Ф. Янукович та лідер опозиції В. А. Ющенко, а також Президент Республіки Польща Александер Квасневський, Президент Литовської Республіки Валдас Адамкус, Верховний представник ЄС з питань зовнішньої політики та безпеки Хав'єр Солана, Генеральний секретар ОБСЄ Ян Кубіш, Голова Державної Думи Російської Федерації Борис Гризлов, відбулися 27 листопада, 1 та 6–7 грудня 2004 р.

Саме завдяки вільному обміну думками, проведенню політичних консультацій та переговорів у рамках «круглого столу з врегулювання політичної кризи» із залученням міжнародних посередників вдалося досягти політичних домовленостей, що мали характер конституційних угод, та узгодити найгостріші та найскладніші на той момент питання, пов'язані з політичним протистоянням. Зокрема, незважаючи на суттєві розбіжності в оцінці політичної ситуації та різне бачення можливих шляхів виходу з політичної кризи¹, учасникам «круглого столу» вдалося досягти компромісу з таких питань: щодо неприпустимості застосування сили; щодо негайного розблокування роботи органів державної влади; щодо створення експертної групи для розробки пропозицій про завершення президентських виборів; щодо збереження територіальної цілісності України; щодо продовження діалогу тощо. За підсумками «круглого столу» 1 грудня 2004 р. була прийнята Спільна заява. Ключовим у ній виявився п. 4, згідно з яким Сторони дійшли згоди щодо прийняття в пакеті з внесенням змін до Закону України «Про вибори Президента України», внесення змін в Конституцію України відповідно до проекту 4180 у зв'язку з проведенням конституційної реформи та формування нового уряду України². Згодом, під час третього засідання «круглого столу», що завершилося вночі з 6-го

¹ Див.: За кулісами «круглих столів». Інтерв'ю Александра Квасневського // Голос України. – 2004. – 25 груд.

² Див.: Спільна заява за підсумками «круглого столу» з врегулювання політичної кризи в Україні // Голос України. – 2004. – 3 груд.

на 7-ме грудня 2004 р., сторони домовилися: щодо безумовного виконання усіма учасниками виборчого процесу рішення Верховного Суду від 3 грудня 2004 р.; щодо необхідності прийняття Закону про внесення змін до «Закону про вибори Президента України», який би передбачав механізм проведення прозорих і чесних виборів, унеможливлення зловживань і фальсифікацій; щодо дострокового припинення повноважень членів Центральної виборчої комісії та формування її нового складу.

Однак політична та правова оцінка цих домовленостей не може бути однозначною. З одного боку, зазначені конституційні угоди, що стали результатом проведення трьох засідань «круглого столу» з регулювання політичної кризи в Україні, дозволили подолати глибоку політичну кризу та унеможливити її переростання у гостру фазу. З другого боку, ці політичні домовленості призвели до порушення конституційного порядку внесення змін до Основного Закону України, оскільки обумовили і спричинили так зване «пакетне голосування», тобто голосування одночасно за три законопроекти. Некоректність і неприйнятність такого політичного «торгу», а отже і нав'язування неузгодженої, необґрунтованої та недостатньо опрацьованої політичної реформи (її «протягування» завдяки ситуації, що склалася), а також такого голосування були очевидним для багатьох експертів і фахівців одразу, проте їх висновки політики не захотіли почути та скористатися ними. Як правильно зазначає В. В. Речицький, «у 2004 р. українське конституційне законодавство суттєво розійшлося з вимогами органічної нормативності через неприпустиме, з юридично-процесуальної точки зору, голосування конституційних поправок у пакеті з ординарним законом. Політична реформа 2004 р. була проведена із грубим та відвертим порушенням логіки конституційної законотворчості, що в подальшому призвело до системних негараздів у нормативному тлі Основного Закону»¹.

Ідея звернутися за посередництвом у політичних переговорах саме до Президента Польщі була цілком виправданою та мала історичне підґрунтя, адже Польща вже мала досвід укладання певного прообразу конституційної угоди у формі «круглого столу», що виявився вельми вдалим, успішним і корисним. Під час «круглого столу» у лютому-квітні 1989 р. відбулися політичні дискусії, консультації та переговори між ПОРП і профспілкою «Солідарність». Результатом

¹ Речицький, В. Юридичний коментар до нового порядку формування парламентської коаліції в Україні [Текст] / В. Речицький // Права людини. – 2010. – № 13. – С. 2.

стали перші обмежено демократичні вибори на території Східної Європи – 65 % місць у Сеймі було зарезервовано за комуністами і їх союзниками, а опозиція отримала 161 місце. 12 вересня 1989 р. було сформовано уряд реформ, який очолив Тадеуш Мазовецький, а посаду міністра фінансів обійняв Лешек Бальцерович, який увійшов до історії як автор вдалої «шокової терапії» та польської стратегії великого стрибка. Саме конституційна угода створила умови для формування уряду реформаторів, рішучого та послідовного проведення комплексних, зважених і результативних реформ.

Третьою формою використання в практиці сучасного українського державотворення конституційних за своєю сутністю угод стало формування коаліції депутатських фракцій у Верховній Раді України. Парламентська більшість зазвичай формувалася у Верховній Раді України або ж спонтанно, або ж за результатами політичних чи «кулуарних» домовленостей, або ж як наслідок прямого підкупу парламентарів, інтриг, провокацій, примусу, залякування, тиску на бізнес тощо. Парламентську більшість кілька разів штучно створювали в українському парламенті протягом останніх перед проведенням політичної реформи років, але через певний час вона припиняла своє існування. Зокрема, 27 вересня 2002 року лідерами фракцій «Аграрники України», Народно-демократичної партії, політичних партій промисловців і підприємців та «Трудова Україна», «Регіони України», Соціал-демократичної партії (об'єднаної), а також депутатських груп «Демократичні ініціативи», «Європейський вибір», «Народний вибір» та «Народовладдя» була підписана Угода про утворення та основні засади діяльності постійно діючої парламентської більшості у Верховній Раді четвертого скликання. Додатком до цієї Угоди стало Положення про постійно діючу парламентську більшість у Верховній Раді четвертого скликання¹. Показово, що у першому ж своєму інтерв'ю після обрання вдруге Президентом України у 1999 р. Л. Д. Кучма заявив, що одним з головних своїх завдань на той час вважав «формування більшості у парламенті», хоча це явно виходило за межі його повноважень як глави держави.

Після внесення змін до Конституції України 8 грудня 2004 р. було визначено порядок утворення коаліції депутатських фракцій у Верховній Раді України, а порушення строку формування такої коаліції навіть стало підставою для дострокового припинення повноважень парламенту. Відповідно до ч. 6 ст. 83 Конституції України коаліція депутатських фракцій мала формуватися «за результатами виборів і на основі

¹ Голос України. – № 186. – 2002. – 10 жовт.

узгодження політичних позицій». За загальним правилом коаліцію депутатських фракцій потрібно було сформувавши протягом одного місяця з дня відкриття першого засідання нового складу Верховної Ради України шляхом укладення відповідної конституційної угоди. Проте негативний досвід організації парламентської діяльності, що склався протягом попередніх років, наклав істотний відбиток на подальший розвиток українського парламентаризму. Показовим у цьому контексті є процес формування коаліції депутатських фракцій у 2006 р., тобто вперше після запровадження політичної реформи, яка начебто мала сприяти політичній структуризації Верховної Ради, підвищенню її відповідальності за стан справ у державі та за діяльність сформованого нею уряду. Аналіз порядку створення Коаліції демократичних сил та обставин припинення її діяльності, а також процесу формування Антикризової коаліції у Верховній Раді України дозволяє зробити висновок про те, що мали місце суттєві порушення вимог Регламенту Верховної Ради України. Так, у червні 2006 р. фракція Соціалістичної партії України спочатку разом з фракціями блоку «Наша Україна» та виборчого блоку Юлії Тимошенко підписала Угоду про утворення Коаліції демократичних сил. Проте незабаром фракція Соціалістичної партії України вийшла з цієї коаліції, однак при цьому всупереч вимогам чинного на той час Регламенту Верховної Ради України вона: 1) не повідомила про вихід з коаліції лідерів інших фракцій, які підписали Угоду (Регламент вимагав зробити це не пізніше як за десять днів); 2) порушила строк оголошення на пленарному засіданні парламенту про вихід своєї фракції з коаліції; 3) не розмістила відповідне повідомлення в газеті «Голос України» (не пізніше як через чотири дні після офіційного оголошення про вихід з коаліції на пленарному засіданні парламенту).

Лише після дотримання усіх зазначених вимог та послідовного виконання встановленого порядку фракція Соціалістичної партії України мала право на своєму засіданні розглянути питання про можливість її участі у формуванні іншої коаліції та ухвалити з дотриманням демократичних процедур відповідне рішення. Всупереч зазначеним вимогам Регламенту Верховної Ради України представники фракції Соціалістичної партії України фактично одночасно заявили про вихід з Коаліції демократичних сил та про входження до складу Антикризової коаліції, що стало несподіванкою для інших учасників Коаліції демократичних сил.

Таким чином, на той час існували усі підстави для висновку про порушення порядку створення Антикризової коаліції. Якщо Угоду про

створення коаліції підписали неналежні суб'єкти, навіть один депутат, що входить до фракції, яка не ухвалювала рішення про участь у коаліції (якщо уважно, буквально і прискіпливо читати Конституцію), тоді Угода є нечинною, незаконною, неконституційною. Разом з тим зазначені конституційні приписи виявилися недостатньо точними, чіткими та визначеними. Отже, майже одразу після запровадження політичної реформи виникла ще одна складна і важлива проблема – це проблема досконалості конституційного тексту, проблема юридичної техніки, яка дозволяла по-різному читати й розуміти одні й ті ж положення, що мають безпосереднє відношення до конституційно-правових угод. Показово, що Конституційний Суд України неодноразово демонстрував діаметрально протилежні підходи до визначення поняття «коаліція депутатських фракцій» у своїх правових позиціях, викладених у рішеннях від 25 червня 2008 р. (п. 5.1), 17 вересня 2008 р. (п. 3. 2. 1) та 6 квітня 2010 р.

Вперше конституційні приписи про порядок утворення коаліції депутатських фракцій у Верховній Раді України були деталізовані у Регламенті Верховної Ради України від 16 березня 2006 року. Проте 1 квітня 2008 р. Конституційний Суд України визнав «такою, що не відповідає Конституції України (є неконституційною), Постанову Верховної Ради України «Про Регламент Верховної Ради України» від 16 березня 2006 року» і зазначив, що «Постанова Верховної Ради України «Про Регламент Верховної Ради України», що визнана неконституційною, втрачає чинність з дня ухвалення Конституційним Судом України цього Рішення». Однак український парламент фактично знехтував позицією єдиного органу конституційної юрисдикції в Україні і уже 8 квітня 2008 р. Постановою Верховної Ради України «Про деякі питання нормативно-правового забезпечення порядку роботи Верховної Ради України» № 247-VI затвердив Тимчасовий регламент Верховної Ради України¹, який майже повністю повторював текст того Регламенту у Верховної Ради України від 16 березня 2006 року, який щойно було визнано неконституційним.

17 вересня 2008 р. Конституційний Суд України визнав Тимчасовий регламент Верховної Ради України, затверджений Постановою Верховної Ради України «Про деякі питання нормативно-правового забезпечення порядку роботи Верховної Ради України» від 8 квітня 2008 року

¹ Див.: Тимчасовий регламент Верховної Ради України [Текст] // Офіц. вісн. України. – 2008. – № 28. – Ст. 873.

№ 247-VI, «таким, що не відповідає Конституції України (є неконституційним) з моменту набрання ним чинності»¹. А уже в наступному пункті ще раз наголосив: «Тимчасовий регламент Верховної Ради України, визнаний таким, що не відповідає Конституції України, втрачає чинність з дня ухвалення Конституційним Судом України цього Рішення»².

Проте Верховна Рада України знову ухвалила документ під назвою Регламент Верховної Ради України, але тепер уже всупереч усталеній практиці попередніх років (адже усі попередні регламенти парламенту затверджувалися постановою Верховної Ради) без вказівки, яким саме актом його затверджено. Склалася дивна, навіть парадоксальна ситуація: у ч. 9 ст. 83 Конституції у редакції від 8 грудня 2004 р. йшлося про Регламент Верховної Ради України, яким поряд з Основним Законом мали встановлюватися «засади формування, організації діяльності та припинення коаліції депутатських фракцій у Верховній Раді України». Але ж інша конституційна норма, а саме п. 21 ч. 1 ст. 92 Конституції України вимагає, щоб «організація і порядок діяльності Верховної Ради України» визначався «виключно законами України». Народні депутати, ухваливши 19 вересня 2008 р. Регламент Верховної Ради України, який текстуально майже повністю збігався з Тимчасовим регламентом Верховної Ради України, який лише за день до того було визнано неконституційним, відверто та зухвало проігнорували і Конституцію України, і позицію Конституційного Суду України. Відповідно до ч. 6 ст. 83 Конституції України коаліція депутатських фракцій мала формуватися «за результатами виборів і на основі узгодження політичних позицій». У цьому контексті важливо з'ясувати, які саме суб'єкти були головними та визначальними у формуванні коаліції: депутатські фракції чи окремі народні депутати.

Згідно з ч. 1 ст. 61 початкової редакції Регламенту Верховної Ради України, затвердженого Законом від 10 лютого 2010 р., «коаліція депутатських фракцій у Верховній Раді (далі – коаліція) – це добровільне об'єднання депутатських фракцій, яке формується у Верховній Раді за результатами виборів і на основі узгодження політичних позицій. До складу коаліції входить більшість народних депутатів від консти-

¹ Див.: Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 105 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення положень частин шостої, сьомої, дев'ятої ст. 83 Конституції України (справа про коаліцію депутатських фракцій у Верховній Раді України) від 17 верес. 2008 р. [Текст] // Офіц. вісн. України. – 2008. – № 72. – Ст. 2432.

² Там само.

туційного складу Верховної Ради»¹. За тією ж редакцією Регламенту коаліція мала б формуватися депутатськими фракціями, про що прямо зазначалося у ч. 2 ст. 61 Регламенту: «Коаліція формується депутатськими фракціями, утвореними в порядку, встановленому цим Регламентом, протягом одного місяця з дня відкриття першого засідання новообраної Верховної Ради або протягом одного місяця з дня припинення діяльності попередньої коаліції»². Тобто суб'єктами формування коаліції депутатських фракцій однозначно визнавалися саме депутатські фракції, а не окремі народні депутати України.

Такого ж підходу тривалий час дотримувався і Конституційний Суд України, чітко визначивши свою правову позицію з цього питання у п. 5. 1 Рішення від 25 червня 2008 р.: «Принципи демократичної правової держави, зокрема політична та ідеологічна багатоманітність суспільного життя в Україні, обумовили конституційні засади структурування та внутрішньої організації діяльності Верховної Ради України як єдиного органу законодавчої влади в державі. В цьому процесі визначальну роль відведено депутатським фракціям, у тому числі у формуванні коаліції депутатських фракцій...»³. Згодом, а саме у п. 3.2.1 Рішення від 17 вересня 2008 р., Конституційний Суд наголосив, що «до складу коаліції депутатських фракцій можуть увійти лише ті народні депутати України, які є у складі депутатських фракцій, що сформували коаліцію. Саме належність народних депутатів України до цих фракцій відіграє визначальну роль депутатських фракцій в утворенні коаліції депутатських фракцій».

Так само розуміли головні засади та порядок формування коаліції депутатських фракцій і парламентарі, які тричі впродовж 2006–2008 рр. ухвалювали Регламент Верховної Ради, наголошуючи при цьому на визначальній ролі фракцій у формуванні коаліції. Практика в цей період також в основному виходила з визначальної ролі саме депутатських фракцій у формуванні коаліції у парламенті. Спроба ж розширити коаліцію за рахунок залучення до неї депутатів, котрі не є членами тих фракцій, що утворили коаліцію, врешті стала головною фактичною підставою для дострокового припинення повноважень Верхов-

¹ Див.: Регламент Верховної Ради України від 10 лют. 2010 р. [Текст] // Офіц. вісн. України. – 2010. – № 12. – Ст. 565.

² Там само.

³ Див.: Рішення Конституційного Суду України у справі про перебування народного депутата України у депутатській фракції [Текст] // Офіц. вісн. України. – 2008. – № 52. – Ст. 1741.

ної Ради України у 2007 р. (хоча була ще й штучно створена формальна підстава – добровільне припинення повноважень значною кількістю депутатів і критичне зменшення кількості парламентарів).

Однак не минуло й місяця після затвердження Регламенту саме Законом, як до нього було внесено істотне доповнення, згідно з яким коаліція депутатських фракцій у Верховній Раді – це добровільне об'єднання не лише депутатських фракцій, але й одночасно народних депутатів, а з ч. 2 ст. 61 Регламенту було вилучено положення про те, що «коаліція формується депутатськими фракціями...»¹.

Конституційний Суд України після внесення змін до Регламенту також змінив свою позицію і вирішив, що «окремі народні депутати України, зокрема ті, які не перебувають у складі депутатських фракцій, що ініціювали створення коаліції депутатських фракцій у Верховній Раді України, мають право брати участь у формуванні коаліції депутатських фракцій у Верховній Раді України»².

На думку В. В. Речицького, починаючи з 8 грудня 2004 р. текст Конституції України містив у собі «дві взаємно неузгоджені правові тенденції. Одна з них (підкріплена рішенням Конституційного Суду України від 6 квітня 2010 р.) – це абсолютизація вільного народного депутата України, друга – очевидне бажання підкорити парламентське побутування жорсткій корпоративній (партійній, фракційній, а в перспективі – коаліційній) дисципліні. Інакше кажучи, за цих обставин Конституція України містить у собі аргументи на користь відразу двох конкуруючих між собою правових позицій»³. На основі проведеного аналізу В. В. Речицький робить висновок про те, що «все це *de facto* виправдовує Рішення Конституційного Суду України від 6 квітня 2010 р., яким визнається правомірність існування коаліції на основі приєднання у ній фракційного індивідуального членства. Проте подібним визнанням Конституційний Суд України підсилює ризики для політичної стабільності країни в майбутньому. Адже індивідуальне членство

¹ Див.: Про внесення зміни до Закону України «Про Регламент Верховної Ради України» [Текст] // Відом. Верхов. Ради України. – 2010. – № 16–17. – Ст. 134.

² Див.: Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 68 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення положень частини шостої статті 83 Конституції України, частини четвертої статті 59 Регламенту Верховної Ради України стосовно можливості окремих народних депутатів України брати безпосередню участь у формуванні коаліції депутатських фракцій у Верховній Раді України від 6 квітня 2010 р. [Текст] // Офіц. вісн. України. – 2010. – № 27. – Ст. 1070.

³ Див.: Речицький, В. Юридичний коментар до нового порядку формування парламентської коаліції в Україні [Текст] / В. Речицький // Права людини. – 2010. – № 13. – С. 2.

у коаліції допомагатиме як пришвидшеному утворенню, так і прискореному падінню вітчизняного Кабінету Міністрів»¹.

У зв'язку з такою інтерпретацією після внесення відповідних змін до Регламенту та з огляду на визнання Конституційним Судом України права окремих категорій народних депутатів на індивідуальне членство в коаліції депутатських фракцій виникло запитання про порядок ухвалення рішення про входження до коаліції колективних та індивідуальних суб'єктів.

Ні в Конституції України, ні в Регламенті не було встановлено, яким саме чином та в якому порядку депутатська фракція мала право ухвалити рішення щодо входження до коаліції. Разом з тим, оскільки фракція утворювалася народними депутатами на партійній основі, а «принципи функціонування депутатської фракції повинні бути демократичними»² (ч. 3 ст. 58 Регламенту), то це питання мало вирішуватися народними депутатами – членами відповідної фракції, обраними за виборчим списком політичної партії чи виборчого блоку, виходячи з принципів демократизму та рівноправності. Це означає, що рішення про входження фракції до коаліції мали б ухвалюватися більшістю народних депутатів, що входили до складу відповідної фракції. Так само мали ухвалюватися й рішення фракції про вихід зі складу коаліції. І таке рішення мало б визнаватися обов'язковим для усіх членів депутатської фракції. До такого розуміння порядку ухвалення рішення фракції підштовхує аналіз порядку ухвалення рішень і парламентом, і коаліцією депутатських фракцій. Так, відповідно до ст. 91 Конституції України за загальним правилом «Верховна Рада України приймає закони, постанови та інші акти більшістю від її конституційного складу...». Тобто будь-яке рішення парламенту вважається ухваленим тоді, коли за нього проголосувало більшість народних депутатів.

Відповідно до ч. 1 ст. 63 Регламенту коаліція депутатських фракцій також приймала будь-яке рішення тільки на своїх загальних зборах і лише «більшістю голосів народних депутатів, які входять до складу коаліції»³. Саме тому складно уявити, щоб у той час, коли весь парламент як єдиний законодавчий орган (хоча й політично структурований на фракції) ухвалював рішення в основному простою більшістю голо-

¹ Речицький, В. Юридичний коментар до нового порядку формування парламентської коаліції в Україні [Текст] / В. Речицький // Права людини. – 2010. – № 13. – С. 3.

² Регламент Верховної Ради України від 10 лютого 2010 р. [Текст] // Офіц. вісн. України. – 2010. – № 12. – Ст. 565.

³ Там само.

сів народних депутатів і так само приймала рішення коаліція депутатських фракцій, самі депутатські фракції ухвалювали б власні рішення у якийсь інший спосіб. Якщо ж припустити, що рішення депутатської фракції має ухвалюватися, наприклад, консенсусом, тобто лише за умови, що його підтримають усі народні депутати – члени відповідної фракції, тоді існування будь-якої коаліції постійно залежало б від несподіваних забаганок окремих неврівноважених та вередливих парламентарів чи навіть одного парламентаря, який міг «зненацька» змінити власну точку зору з певного питання чи щодо певного рішення (у тому числі й щодо входження фракції до коаліції чи припинення членства у ній). Тобто індивідуальне членство та ухвалення рішень консенсусом попри їх зовнішню привабливість створили б істотні ризики для стабільного та прогнозованого буття парламентаризму, загрожували б дестабілізацією політичної ситуації¹.

Ще під час розгляду одного з перших проектів нової української Конституції угорський експерт Андраш Шайо наголошував: «Я особисто не в захопленні від партійної дисципліни, яка сьогодні є в Європі. Однак більшою мірою я за тиранію партії, ніж за тиранію самостійних депутатів, при якій ваш голос просто продається. Повторюю, ознаки цього спостерігаються сьогодні у східноєвропейських парламентах, зокрема в Польщі, це стало серйозною проблемою нестабільності в поєднанні з дуже невдалим виборчим законодавством. Йде процес розшарування і це призводитиме до збільшення влади президента. Таким чином, погодившись з тим, що нам потрібен сильний виконавчий орган, треба будувати таку структуру парламенту, яка спроможна балансувати, і цим забезпечувати свою життєдіяльність»².

На сьогодні ця проблема є вкрай актуальною для України, особливо з огляду на ту практику штучного формування і так званої «постійно діючої парламентської більшості», і ситуативної більшості для головування у парламенті з окремих питань, яка складалася неодноразово протягом останніх перед проведенням політичної реформи років. І особливо з огляду на повернення до пропорційно-мажоритарної системи виборів українського парламенту після ухвалення Закону України «Про

¹ Див.: Конституційно-правові засади взаємовідносин органів державної влади в контексті європейської інтеграції [Текст] // Правові основи формування та функціонування органів державної влади у контексті євроінтеграції : монографія / Ю. П. Битяк, О. Г. Данильян, О. П. Дзьобань та ін. ; за ред. Ю. П. Битяка, О. Г. Данильяна. – Х. : Право, 2010. – С. 51–57.

² Див.: Конституція незалежної України : Міжнародний симпозіум 3–5 липня 1992 р. – К. : Українська Правнича Фундація, 1992. – С. 218.

вибори народних депутатів» від 17 листопада 2011 р. Зазначені негативні тенденції подолати насправді не вдалося. Тому й надалі вже після внесення конституційних змін 2004 р. продовжувалися спроби неправомірного впливу (чи навіть тиску) і на депутатів, і на лідерів партійних фракцій з боку окремих політичних чи фінансових угруповань, що у поєднанні з надмірно жорсткою партійною дисципліною дозволило періодично формувати «керовану» (або навіть «кишенькову») більшість в українському парламенті. Тобто насправді практично кожна чергова угода про утворення коаліції депутатських фракцій у період дії політичної реформи з 2006 по 2010 рр. виконувала в основному бутафорську роль і за своєю сутністю не була реальним втіленням демократичних принципів сучасного парламентаризму та сприяла врешті-решт спотворенню головних ідей конституціоналізму. Особливо з огляду на майже одностайне голосування у парламентській залі за помахом однієї руки, що в умовах українських політичних реалій суттєво знижує й до того не надто високу політичну активність парламентарів, адже у багатьох з них зникає будь-яка мотивація до всебічного та глибокого аналізу законопроекту, якого, виявляється, можна навіть не читати (як свідчить практика останніх років і як уже було неодноразово).

Крикливим прикладом профанації конституційних угод та порушення засадничих принципів демократії було й відоме усім начебто «таємне» голосування в українському парламенті бюлетенями, коли практично усі 227 парламентарів, що увійшли до так званої Коаліції демократичних сил, змушені були демонструвати свою лояльність до партійних лідерів, показуючи їм заповнений бюлетень перед тим, як опустити його до скриньки для голосування. Показово, що депутати фракцій, які утворили коаліцію з такою красномовною назвою, знехтували демократичною процедурою таємного голосування у процесі обрання Голови Верховної Ради України. Ніхто з них навіть не обурився такими діями своїх лідерів, фактично подарувавши їм демонстративне приниження власної гідності. Не було ініційовано й внутрішньопартійної дискусії з цього приводу, очевидно керуючись відомим постулатом про те, що «засоби виправдовують мету», забувши при цьому, що «добрими намірами побудована дорога до пекла». Напевно, це була одна з тих «цеглинок», які зруйнували врешті-решт український парламентаризм, залишивши після нього лише «понівечений механізм для механічного голосування», позбавивши його парламентської дискусії та інших важливих атрибутів справжнього парламентаризму.

Добре відомо, що після внесення змін до Конституції України 8 грудня 2004 року зазнали істотної трансформації конституційні засади взаємовідносин органів державної влади між собою. Недосконала й не досить збалансована модель взаємовідносин між органами державної влади, що існувала за Конституцією України в редакції 1996 р., не зовсім оптимальна та недостатньо узгоджена система стримувань і проти-ваг була суттєво розбалансована у процесі впровадження політичної реформи. На функціонуванні державного механізму негативно позначився передусім невдалий та логічно незавершений перерозподіл повноважень між парламентом, главою держави та урядом. Конституційна реформа не лише не усунула окремі суперечності та непорозуміння у взаємовідносинах між органами державної влади, але й істотно поглибила їх, створила низку суттєвих перешкод на шляху взаємодії державних інституцій. Конституційна реформа призвела до «роздвоєності» і уряду, і виконавчої влади в цілому. Незважаючи на те, що саме Кабінет Міністрів України визнавався тоді й визнається тепер вищим органом у системі органів виконавчої влади, насправді ще більш чітко та рельєфно позначилися та виокремилися два центри тяжіння виконавчої влади. Справа в тому, що більшість урядовців призначалися на той час парламентом за поданням Прем'єр-міністра України. А от голови місцевих державних адміністрацій так само, як і раніше, призначалися главою держави за поданням Прем'єр-міністра. Тобто відбувся відчутний розрив у системі державної виконавчої влади, яка перестала бути єдиною системою, що негативно позначилося на ефективності її функціонування. У цей період одна частина виконавчої влади схилилася до глави держави, а інша однозначно тяжіла до глави уряду. Це послабило виконавчу владу в цілому на фоні формального посилення ролі Прем'єр-міністра України. Надто вразливою та неефективною стала й зовнішня політика держави¹. Головним недоліком конституційної реформи стало формування безвідповідальної державної влади та неможливість і нездатність одних державних органів спонукати інших до належного виконання покладених на них функцій.

Саме тому виникла нова політична криза, спричинена як вадами самої конституційної реформи, так і численними суб'єктивними факторами. Тоді політичні еліти, шукаючи вихід із ситуації, що склалася

¹ Див.: Колісник, В. П. Вплив взаємодії вищих органів державної влади на забезпечення державного суверенітету України [Текст] / В. П. Колісник // Організаційні та правові пробл. забезп. держ. суверенітету : матеріали міжнар. наук.-практ. конф. 27 берез. 2009 р., Харків / редкол. Ю. П. Битяк, І. В. Яковюк, Г. В. Чапала. – Х. : ФОП Вапнярчук Н. М., 2009. – С. 19–21.

(багато в чому навіть інтуїтивно), знову звернулися до договірних форм, що привело до підписання так званого Універсалу національної єдності, який за своєю сутністю став своєрідною конституційною угодою, проте так і не виправдав покладених на нього надій¹. Остання обставина, окрім іншого, була обумовлена тим, що він містив переважно моральні правила для суб'єктів політичного процесу, а не безумовні юридичні приписи. Зайве ж моралізаторство, як правило, негативно позначалося на правовому регулюванні. Як не без іронії помітив О. Е. Лейст, звичка наших політиків мислити в основному морально-етичними категоріями призводить до того, що «припис належного замінюється описом сутнісного, точне визначення прав і обов'язків підміняється міркуваннями про їх соціально-політичне значення, а заборони і санкції якщо й згадуються, то тільки в невизначеній, розпливчастій формі»².

У подальшому ні конституційні угоди, ні сама політична реформа, ні пропорційна виборча система не змогли стати запорукою політичної стабільності, оскільки не спонукали до взаємодії органи державної влади та не стали на заваді позаправового впливу на формування і функціонування коаліції депутатських фракцій. В умовах відсутності політичної волі та гнучкості у пошуках політичного діалогу, політичного компромісу та форм взаємодії вищих державних органів між собою, а також світової економічної кризи це потягло за собою наростання негативних тенденцій та посилення політичної і соціально-економічної нестабільності.

Показово, що у Польщі у 2007 р., так само як і в Україні, відбулися дострокові парламентські вибори, однак для проведення політичних консультацій, пошуку компромісів, формування коаліції та уряду польським політикам вистачило втричі менше часу, ніж українським. І це при тому, що Верховна Рада України практично не працювала шість довгих місяців, що передували позачерговим парламентським виборам 2007 р. На жаль, протягом тривалого часу у 2006–2009 рр. характерною залишалася і відсутність дієвої, своєчасної та ефективної підтримки Кабінету Міністрів України з боку коаліції депутатських фракцій всупереч коаліційним угодам, прогнозам та рекомендаціям³.

¹ Див.: Петришин, О. В. Універсал національної єдності – запорука політичної стабільності та соціального розвитку [Текст] / О. В. Петришин // *Vivat Lex !* – 2006. – 2 жовт. – С. 1.

² Лейст, О. Э. Актуальные проблемы соотношения права и закона [Текст] / О. Э. Лейст // *Вестник МГУ*. – 1988. – № 5. – С. 17–18. – (Серия 11. Право).

³ Див.: Горбунова, О. Коаліція: солідарна відповідальність за уряд [Текст] / О. Горбунова // *Голос України*. – 2006. – 26 квіт.

Тенденції щодо запровадження договірних форм як своєрідних конституційних угод знайшли своє продовження та розвиток у ст. 20 та ст. 44 Конституції Автономної Республіки Крим.

Згідно зі ст. 20 Конституції Автономної Республіки Крим встановлено, що «Автономна Республіка Крим має Постійне представництво в столиці України місті Києві, а також представництва з питань економічного, соціального, культурного та іншого співробітництва в регіонах, для реалізації угод, укладених з ними Автономною Республікою Крим у межах своєї компетенції»¹. Структура та штатний розпис Постійного представництва Автономної Республіки Крим в столиці України місті Києві визначені розпорядженням Ради міністрів Автономної Республіки Крим від 3 квітня 2007 р. № 122-р.

Протягом останніх років Автономна Республіка Крим встановила співробітництво з багатьма регіонами України та зарубіжних держав. До числа партнерів зі співробітництва входять Донецька, Запорізька, Вінницька, Львівська та Чернівецька області України, а також такі регіони Російської Федерації: Республіка Карелія, Москва, Санкт-Петербург, Краснодарський та Красноярський краї, Московська, Тюменська, Пермська, Тамбовська, Новосибірська, Волгоградська, Курська, Івановська, Оренбурзька, Мурманська, Владимирська та Вологодська області. Окрім того, співробітничать з Автономною Республікою Крим регіони інших держав: Мінський міськвиконком (Республіка Білорусь), Бургаська область (Республіка Болгарія), Підляшське воєводство (Республіка Польща), провінція Хайнань (Китайська Народна Республіка), провінція Себу (Республіка Філіппіни) та ін. Між Автономною Республікою Крим та вказаними регіонами підписані різноманітні документи договірного характеру про співробітництво (угоди, протоколи до угод, програми). Кількість таких документів, що містять договірні норми, постійно зростає. Якщо в 1998–2000 рр. було підписано 16 подібних угод, то уже в 2002–2005 рр. відповідні представництва та органи уклали 21 документ міжрегіонального співробітництва.

Доволі активно та плідно розвивається співробітництво Автономної Республіки Крим з Москвою, Краснодарським краєм та Курською областю Російської Федерації. Автономна Республіка Крим має з цими регіонами тісні зв'язки на рівні муніципалітетів та прямих господарських зв'язків. Плідним та результативним є співробітництво у сфері охорони здоров'я та освіти шляхом обміну досвідом, участі у міжна-

¹ Конституція Автономної Республіки Крим [Текст] // Відом. Верхов. Ради України. – 1999. – № 5. – Ст. 43.

родних симпозіумах, наукових конференціях. Схвалені та реалізуються програми обміну студентами, підвищення педагогічної майстерності, запровадження передових технологій у сфері освіти та медицини.

22 грудня 2010 р. Верховна Рада автономії своєю постановою схвалила Угоду між Радою міністрів Автономної Республіки Крим (Україна) і Урядом провінції Себу (Республіка Філіппіни) про торговельно-економічне, науково-технічне та культурне співробітництво, 20 жовтня 2010 р. – Угоду між органами представницької та виконавчої влади регіону Лангедок-Руссільйон і Автономної Республіки Крим (Україна) про торговельно-економічне, науково-технічне та культурне співробітництво, 26 травня 2010 р. – Угоду про економічне, науково-технічне та культурне співробітництво між Автономною Республікою Крим та Київською областю, 22 вересня 2006 р. – Угоду між Автономною Республікою Крим (Україна) та Урядом провінції Хайнань (КНР) про торговельно-економічне, науково-технічне та гуманітарно-культурне співробітництво, 21 травня 2004 р. – Угоду про торговельно-економічне, науково-технічне та гуманітарно-культурне співробітництво між Автономною Республікою Крим та Запорізькою областю.

Частиною 1 ст. 44 Конституції Автономної Республіки Крим встановлено: «Згідно з Конституцією України, законами України, Європейською Хартією про місцеве самоврядування, Конституцією Автономної Республіки Крим, нормативно-правовими актами Верховної Ради Автономної Республіки Крим органам місцевого самоврядування може делегуватися виконання окремих повноважень з передачею фінансів і майна для забезпечення виконання зазначених повноважень. На основі погоджених рішень або угод між Верховною Радою Автономної Республіки Крим та органами місцевого самоврядування можуть визначатися порядок і умови виконання делегованих повноважень»¹. На підставі проведеного аналізу вказаної норми П. М. Любченко цілком слушно зауважує: «В статті є посилання на акти, згідно з якими може здійснюватися делегування, але не вказано, який саме орган і які повноваження має право делегувати. Аналізуючи статтю, можна зробити висновок, що Верховна Рада Автономної Республіки Крим нормативно-правовим актом здійснює делегування, але які повноваження? На це питання відповіді немає. Чи може вона, наприклад, делегувати повноваження Ради Міністрів Автономної Республіки Крим виконавчим органам місцевих рад?»².

¹ Конституція Автономної Республіки Крим [Текст] // Відом. Верхов. Ради України. – 1999. – № 5. – Ст. 43.

² Любченко П. М. Компетенція суб'єктів місцевого самоврядування [Текст] / П. М. Любченко. – Х. : Модель всесвіту, 2001. – С. 126.

Можливість укладання різноманітних регіональних угод, які за своєю юридичною природою та головним змістом мають бути віднесені до конституційних, передбачена і у поточному конституційно-правовому законодавстві. Зокрема, у ч. 5 ст. 35 Закону України «Про місцеві державні адміністрації»¹ від 9 квітня 1999 р. прямо передбачається, що для здійснення спільних програм місцеві державні адміністрації й органи місцевого самоврядування можуть укласти договори, створювати загальні органи й організації.

Відповідно до п. 16 ч. 4 ст. 42 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» від 21 травня 1997 р. сільський, селищний, міський голова «укладає від імені територіальної громади, ради та її виконавчого комітету договори відповідно до законодавства, а з питань, віднесених до виключної компетенції ради, подає їх на затвердження відповідної ради»². 8 лютого 2007 р. Київська міська рада своїм рішенням № 61/722 погодила умови Угоди з приймаючим містом фінального турніру чемпіонату Європи 2010–2012 рр. з футболу між Європейською спілкою футболістів асоціацій та Київською міською радою.

1 січня 2007 р. набула чинності Регіональна угода між виконавчим органом Київської міської ради, Київською міською організацією роботодавців, Київською міською асоціацією роботодавців та Київською міською радою профспілок, міськими профспілками на 2007 рік. Ця Регіональна угода спрямована на поглиблення співпраці зазначених сторін, забезпечення прав і гарантій працюючих та членів їх сімей, розвиток соціального партнерства, попередження соціальної напруги в місті Києві. Сторони визнали Регіональну угоду актом соціального партнерства у м. Києві, у якому викладені зобов'язання Київської міської державної адміністрації, Київських міських організацій роботодавців та Київської міської ради профспілок, міських профспілок щодо посилення соціально-економічного захисту киян, надання додаткових, понад встановлених законодавством, пільг і соціальних гарантій.

Укладання угод в конституційному праві здійснюється також у зв'язку з делегуванням державних повноважень органам місцевого самоврядування та у зв'язку з перерозподілом повноважень між різними рівнями органів місцевого самоврядування. Як свідчить і між-

¹ Про місцеві державні адміністрації [Текст] : Закон України від 9 квіт. 1999 р. // Відом. Верхов. Ради України. – 1999. – № 20–21. – Ст. 190.

² Про місцеве самоврядування в Україні: Закон України від 21 трав. 1997 р. // Відом. Верхов. Ради України. – 1997. – № 24. – Ст. 170.

народний досвід, і українська державотворча практика, таке делегування державних повноважень органам місцевого самоврядування може відбуватися або шляхом ухвалення відповідного закону, або шляхом укладання відповідного договору (угоди)¹. Переважна більшість науковців переконані, що передача органам місцевого самоврядування окремих державних повноважень має здійснюватися за договором². У зв'язку з цим С. Г. Серьогіна вважає, що «з обох законів («Про місцеве самоврядування в Україні» та «Про місцеві державні адміністрації») слід виключити переліки повноважень, які можуть делегуватись. Предмет делегування доцільно передати на узгодження сторін»³. А. М. Онупрієнко переконливо доводить, що «якщо характер взаємодії у певній сфері вимагає детального визначення прав, обов'язків і відповідальності, а також пов'язаний із виділенням матеріально-фінансових коштів, то кращою формою взаємодії є договір (угода)»⁴. Договори про делегування повноважень дають змогу досягти декількох цілей: по-перше, розмежувати повноваження між зазначеними органами; по-друге, визначити сфери й умови взаємодії органів; по-третє, сформулювати програми співробітництва; по-четверте, делегувати повноваження⁵.

Разом з тим, як правильно зауважує А. М. Онупрієнко, «договірна форма правового регулювання питань делегування повноважень є привабливою, але не безспірною... договір як форма правового регулювання взаємин передбачає рівність сторін і процедуру узгодження предмета договору, тобто порядку передачі та реалізації окремих державних повноважень. Тоді якими будуть правові наслідки при відмові органів місцевого самоврядування підписати договір?»⁶.

¹ Див.: Онупрієнко, А. М. Місцеві органи влади в механізмі демократичної держави: теоретико-правовий аналіз [Текст] / А. М. Онупрієнко. – Х. : Торсінг плюс, 2009. – С. 206–244.

² Див.: Битяк, Ю. П. Повноваження та організація діяльності місцевих державних адміністрацій, їх відносини з органами місцевого самоврядування [Текст] / Ю. П. Битяк // Державне будівництво та місцеве самоврядування. – 2002. – № 4. – С. 8; Любченко П. М. Функції місцевого самоврядування: проблеми теоретичного й нормативного визначення [Текст] / П. М. Любченко // Проблеми законності. – Х., 2003. – Вип. 64. – С. 12–22.

³ Серьогіна С. Г. Структурні та компетенційні проблеми організації місцевого самоврядування в Україні [Текст] / С. Г. Серьогіна // Держ. будівництво та місцеве самоврядування. – 2001. – № 1. – С. 117.

⁴ Онупрієнко А. М. Місцеві органи влади в механізмі демократичної держави: теоретико-правовий аналіз [Текст] / А. М. Онупрієнко. – Х. : Торсінг плюс, 2009. – С. 236.

⁵ Див.: Исполнительная власть в Российской Федерации: науч.-практическое пособие [Текст] / С. М. Айзин, О. В. Байков, Б. И. Лафитский и др. – М. : БЕК, 1996. – С. 31–32.

⁶ Онупрієнко, А. М. Місцеві органи влади в механізмі демократичної держави: теоретико-правовий аналіз [Текст] / А. М. Онупрієнко. – Х. : Торсінг плюс, 2009. – С. 238.

Крім того, згідно з ч. 7 ст. 16 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» від 21 травня 1997 р. «органи місцевого самоврядування з урахуванням місцевих умов і особливостей можуть перерозподіляти між собою на підставі договорів окремі повноваження та власні бюджетні кошти»¹.

У ст. 4 Закону України «Про стимулювання розвитку регіонів» від 8 вересня 2005 р. встановлено, що узгодження діяльності та здійснення спільних заходів центральних і місцевих органів виконавчої влади і органів місцевого самоврядування у сфері державного стимулювання розвитку регіонів, виконання регіональних стратегій розвитку здійснюється на основі угод про регіональний розвиток. Рішення про необхідність укладення угоди щодо регіонального розвитку приймаються Кабінетом Міністрів України та Верховною Радою Автономної Республіки Крим, обласною, Київською, Севастопольською міськими радами. Угоду щодо регіонального розвитку підписує Прем'єр-міністр України або інша особа за дорученням Кабінету Міністрів України та відповідно Голова Верховної Ради Автономної Республіки Крим, голова обласної ради, Севастопольський чи Київський міський голова. Угода щодо регіонального розвитку набирає чинності після її схвалення Верховною Радою Автономної Республіки Крим, обласною, Київською, Севастопольською міськими радами. Угода щодо регіонального розвитку після її схвалення Верховною Радою Автономної Республіки Крим, обласною, Київською, Севастопольською міськими радами підлягає державній реєстрації в центральному органі виконавчої влади з питань економічної політики, офіційному опублікуванню в газеті «Урядовий кур'єр», а також оприлюдненню через регіональні засоби масової інформації. Така угода має передбачати спільні заходи згаданих органів щодо реалізації державних і регіональних стратегій розвитку, порядок, обсяг, форми і строки фінансування цих заходів, а також відповідальність сторін за недоброякісне виконання умов регіональної угоди².

Розглядаючи питання про угоди в конституційному праві варто звернутися й до міжнародних договорів. Зазвичай до джерел конституційного права України традиційно відносяться й чинні міжнародні договори, які за Конституцією України (ст. 9) визнаються частиною національного законодавства після того, як Верховна Рада України надасть згоду на їх обов'язковість. Згода на обов'язковість для України

¹ Про місцеве самоврядування в Україні [Текст]: Закон України від 21 трав. 1997 р. // Відом. Верхов. Ради України. – 1997. – № 24. – Ст. 170.

² Про стимулювання розвитку регіонів [Текст]: Закон України від 8 верес. 2005 р. // Відом. Верхов. Ради України. – 2005. – № 51. – Ст. 548.

міжнародного договору може надаватися шляхом: підписання, ратифікації, затвердження, прийняття договору, приєднання до договору або іншим шляхом, про який домовилися сторони. Проте «далеко не всі міжнародні договори України можуть бути джерелами конституційного права»¹. В. І. Цоклан і В. Л. Федоренко підкреслюють, що «традиційно пріоритетне місце в системі ратифікованих Україною міжнародних договорів, що є джерелами конституційного права, виступають договори у сфері основних прав і свобод людини і громадянина та боротьби із дискримінацією»². Йдеться передусім про Загальну декларацію прав людини 1948 р., Конвенцію про захист прав людини та основоположних свобод 1950 р. та протоколи до неї, Міжнародний пакт про громадянські і політичні права 1966 р., Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права 1966 р., Міжнародну конвенцію про ліквідацію усіх форм расової дискримінації 1969 р., Міжнародну конвенцію про права дитини 1989 р., Рамкову конвенцію про захист національних меншин 1995 р. та інші. Міжнародні угоди, що стали частиною національного законодавства України, з одного боку, містять правові норми, що мають договірний характер, а з другого – за практикою, що склалася протягом останніх років, як правило, набувають обов'язковості шляхом ухвалення відповідного закону про ратифікацію. До того ж згідно з ч. 2 ст. 19 Закону України «Про міжнародні договори» встановлено пріоритет норм міжнародного права над нормами національного права: «Якщо міжнародним договором України, який набрав чинності в установленому порядку, встановлено інші правила, ніж ті, що передбачені у відповідному акті законодавства України, то застосовуються правила міжнародного договору»³.

17 липня 1997 р. Верховна Рада України ратифікувала Європейську конвенцію про захист прав людини та основоположних свобод 1950 р. На підставі вимог ст. 9 Конституції України вказана Конвенція має застосовуватися судами України безпосередньо. У ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23 лютого 2006 р. міститься імперативна вимога, звернена до судів, щодо обов'язкового застосування при розгляді справ Конвенції та практики Суду як джерела права.

¹ Цоклан, В. І. Система сучасних джерел конституційного права України [Текст] : монографія / В. І. Цоклан, В. Л. Федоренко ; за ред. В. Л. Федоренка. – К. : Ліра-К, 2009. – С. 136–137.

² Там само. – С. 137.

³ Про міжнародні договори [Текст] : Закон України від 29 черв. 2004 р. // Відом. Верхов. Ради України. – 2004. – № 50. – Ст. 540.

Отже, конвенційні норми та їх інтерпретація в рішеннях Європейського суду з прав людини стають джерелом конституційного права України та інших галузей права. У зв'язку з цим С. В. Шевчук слушно зазначає: «Оскільки Конвенція відповідно до статті 9 Конституції України стала частиною національного законодавства, а також у зв'язку з використанням державою обов'язкової для неї юрисдикції Європейського суду з прав людини, то з'явилася необхідність принципово переглянути ставлення до права всіх гілок влади. Законодавча гілка влади має тепер узгоджувати всі проекти законів із Конвенцією, вносити зміни чи доповнення або ж скасовувати законодавчі акти, що не відповідають Конвенції. В іншому разі це сприятиме порушенню Конвенції вже на стадії національної правотворчості. Виконавча гілка влади повинна виробити ефективний механізм реалізації Конвенції і дбати про її дотримання всіма органами і установами виконавчого спрямування. Судова гілка влади зобов'язана застосовувати положення Конвенції в судочинстві і дбати про те, аби її реалізація всіма національними (і не національними на території України) суб'єктами урядового характеру відповідала положенням і практиці застосування Європейської Конвенції про захист прав людини та основних свобод Європейським судом з прав людини»¹.

Таким чином, і зарубіжний досвід, і апробовані у процесі української державотворчої практики форми використання договірних (конвенційних) норм у вигляді конституційних угод свідчить про те, що вони мають значний позитивний потенціал і саме тому здатні, по-перше, заповнити існуючі прогалини конституційно-правового регулювання, по-друге, сприяти подальшому демократичному поступу держави і суспільства, по-третє, мобілізувати політичні еліти для вироблення та реалізації реформаторських стратегій і, отже, стати дієвим засобом подолання кризових ситуацій і явищ, по-четверте, сприяти збереженню та збільшенню могутнього потенціалу самоорганізації суспільства, істотному зростанню його соціального капіталу.

¹ Шевчук, С. В. Судовий захист прав людини: практика Європейського суду з прав людини у контексті західної правової традиції [Текст] : наук. вид. / С. В. Шевчук. – 2-ге вид., випр. і допов. – К. : Реферат, 2007. – С. 1.

Розділ XI

Договір у фінансовому праві

Особливістю фінансово-правового регулювання є організація відносин між їх учасниками на засадах владного підпорядкування. Можна знайти принципове та логічне пояснення. Фінансова діяльність у певній галузі передбачає два принципових моменти. По-перше, ідеться про впорядкування поведінки всіх учасників відносин, яка пов'язана з рухом специфічного об'єкта – публічних грошових фондів. Тобто йдеться не про врегулювання обігу грошей або грошових фондів узагалі, а лише специфічних грошових фондів. По-друге, власниками таких фондів є винятково публічні утворення (держава та територіальні громади). Отже, абсолютно зрозуміло, що впорядкування обігу таких коштів має здійснюватись на засадах управління власником коштів всіх аспектів їх руху і відповідно до цього всіх особливостей поведінки осіб, які так чи інакше пов'язані з обігом публічних фондів коштів.

Саме тому, базуючись на таких висновках, є логічним погляд на впорядкування подібних відносин владно-командними методами, регулювання публічної фінансової діяльності на засадах імперативності. У цьому сенсі виникає питання: чи можуть узагалі виникнути будь-які форми договірних відносин при фінансово-правовому регулюванні, чи може використовуватись у фінансовому праві родова конструкція договору? Виходячи із природи фінансово-правових відносин, спрямованості їх на імперативне впорядкування, здається, може бути єдина відповідь – ніяких форм договорів у фінансовому праві бути не може.

У той же час необхідно виходити з того, що право як суспільний регулятор має відображати не застигли, аксіоматичні конструкції, а об'єктивно віддзеркалювати та враховувати динамічний розвиток суспільних відносин, які безпосередньо і є об'єктом правового впливу. Пошук місця договірних відносин у фінансовому праві відштовхується від особливостей упорядкування таких відносин за радянських часів. Дійсно, регулювання руху публічних коштів в умовах тоталітарного управління виключало будь-яку наявність угод чи договорів

стосовно цього. Але розвиток економічних відносин, суспільства в цілому з 1991 року запропонувало й нові аспекти як об'єкти впливу фінансово-правових норм. У цих умовах ми не можемо відмежовуватись від реальних явищ, які передбачають договірне упорядкування (хоча б за формою), і залишатися на позиціях, що договорів у фінансовому праві не існує, тому що їх не може бути ніколи.

Сучасний розвиток фінансово-правових інститутів об'єктивно обумовлює використання договірних засад упорядкування поведінки учасників фінансових відносин. У той же час принципово важливим є наголос на тому, що зазначені відносини не можуть будуватися на засадах рівності сторін. Договірні за формою конструкції є похідними різновидами імперативного регулювання. З цих позицій можна зробити висновок про доцільність договору у фінансовому праві, але лише такого, який не знищує, не змінює фінансово-правової природи.

Не можна закривати очі, що на сьогодні формуються підстави застосування договору в бюджетному праві (між учасниками спільних бюджетних програм), у податковому праві (при організації відносин податкового кредиту чи деталізації статусу консолідованої групи платників податків), регулюванні обігу державних цінних паперів. Найчастіше «проникнення диспозитивних договірних відносин у фінансове право» намагаються пояснити саме на прикладі обігу облігацій державної внутрішньої позики та казначейських сертифікатів.

На перший погляд, дійсно, виникає уявлення, що ці відносини базуються на прояві добровільності, зустрічних правах та обов'язках суб'єктів, які представляють дві сторони фінансового правовідношення. Але, на наш погляд, якщо і намагатися обґрунтувати договірні засади такого впорядкування, то може йтися про імперативне регулювання певної узагальненої конструкції договору приєднання. Дійсно, давайте замислимося, чи може якимось чином впливати на умови такого договору покупець, чи може він змінити суму, термін повернення коштів, розмір та терміни сплати процентів? Одностайна відповідь – ні. Тобто певні прояви добровільності можуть характеризувати ці відносини лише на етапі з'ясування та виникнення юридичного факту: вирішив я придбати таку облігацію чи ні. Після того, як виникає правовідношення щодо обігу державного цінного папера, регулювання здійснюється з позицій реалізації волі публічного суб'єкта. Жодним чином вплинути на умови емісії особа, яка стає власником такого цінного папера, не може. Тобто за формою ми стикаємося з певним різновидом договору, але відносини його сторін регулюються винятково на

засадах, притаманних фінансовому праву, засадах імперативності, владного підпорядкування.

Своєрідні конструкції, які нагадують класичні договірні форми, виникають останнім часом і в податковому праві. Йдеться про такі явища, як податковий кредит (інвестиційний податковий кредит), податкова соціальна пільга, консолідований платник податку. Зупинимося детальніше на особливостях договірних конструкцій у фінансово-правовому регулюванні. Для цього вважаємо за необхідне детальніше зупинитися на природі податкових відносин, можливості та доцільності використання конструкції «зобов'язання» як підстави побудови договорів, застосування міжнародних договорів у податково-правовому регулюванні.

Так, регулювання комплексу суспільних відносин правовими нормами передбачає участь у цьому декількох галузей права, що використовують власні методи регулювання і впливають на однорідні групи відносин. У зв'язку з цим необхідно враховувати багатогалузевий вплив галузей публічного права, які, кожна зі своєї позиції, беруть участь у цьому процесі. Свого часу С. Ф. Кечекьян, міркуючи про зміст особливої дисципліни «господарського» права, що враховує всі елементи публічно-правового регулювання народного господарства державою, намагався позначити його відношення до приватного і публічного права. Господарське право в цьому випадку відрізнялося особливістю предмета правового регулювання, а не способом, і об'єднувало правові норми одного й того ж економічного значення, але різного правового характеру. Акцентуючи увагу саме на дисципліні господарського права, С. Ф. Кечекьян приходив до висновку про те, що в його межах об'єднуються окремі частини як публічного, так і приватного права, оскільки вони належать до одного і того ж кола економічних явищ¹. «Зі сфери внутрішнього управління виділяється за своїм практичним значенням фінансове право як сукупність норм права, що визначають способи придбання і витрачання державою матеріальних коштів, необхідних для здійснення нею своїх завдань. Сюди ж належать і норми права, що визначають фінансове господарство союзів публічного характеру, підпорядкованих державі»². Публічне право, як сім'я, включає низку галузей, що нестримно змінюються в умовах інтенсивного роз-

¹ Кечекьян, С. Ф. К вопросу о различии частного и публичного права [Текст] / С. Ф. Кечекьян. – Харьков, 1927. – С. 11–13.

² Див.: Шершеневич, Г. Ф. Общая теория права [Текст] : учеб. пособие : в 2 т. Т. 2 / Г. Ф. Шершеневич. – М. : Юрид. колледж МГУ, 1995. – С. 153.

витку суспільних відносин, передбачаючи і зміну конфігурації приватного публічного права¹.

Фінансова діяльність у цих умовах характеризується як особливий вид державної діяльності, у рамках якої складаються відносини, регульовані фінансовим правом. Це не виключає, проте, і міжгалузевих аспектів аналізу фінансової діяльності, коли регулювання спрямоване не на впорядкування освіти, розподілу і використання публічних грошових фондів, а торкається іншого боку руху грошових коштів. Не випадково Ю. А. Ровинський підкреслював, що «в той же час у процесі фінансової діяльності органів держави, а також громадських організацій виникають грошові відносини, не пов'язані безпосередньо з освітою і використанням загальнодержавного фонду грошових коштів. Ці відносини регулюються іншими галузями радянського соціалістичного права (цивільним, трудовим, колгоспним, адміністративним)»².

Організація управління, контроль у сфері публічної фінансової діяльності передбачає чітку правову врегульованість відносин руху публічних фінансових ресурсів. Це означає визначеність при виділенні об'єкта регулювання, системи суб'єктів відносин, їх повноважень, прав і обов'язків. Зводити фінансово-правове регулювання винятково до руху грошових коштів не зовсім правильно. Ці відносини є предметом декількох галузей права, тоді як предметом фінансового права є лише відносини стосовно руху публічних фінансів, що утворюються у зв'язку з функціонуванням державних фінансів і фінансів територіальних громад.

Рух грошових коштів регулюється комплексом правових галузей, що входять до системи права. Природно, що кожна галузь визначає свій аспект, виділяючи групу однорідних правових відносин, до яких застосовується специфічний галузевий метод регулювання. Фінансове право, беручи участь у цьому відповідно до свого предмета і методу, не виключає формування стійких зв'язків з іншими галузями права, що стосуються тією або іншою мірою публічних грошових фондів. Явище, що вимагає всебічного правового регулювання, передбачає поєднання двох суперечливих процесів. З одного боку, необхідно розкласти це явище на складові, які і мають бути у сфері уваги окремих галузей права, регулюючи певні відносини своїми специфічними методами. З другого боку, важливо зіставити, з'єднати окремі режими

¹ Див.: Тихомиров Ю. А. Теория компетенции [Текст] / Ю. А. Тихомиров. – М. : Юринформцентр, 2001. – С. 22–23.

² Ровинский, Е. А. Основные вопросы теории советского финансового права [Текст] / Е. А. Ровинский. – М. : Госюриздат, 1960. – С. 20–21.

правового регулювання в єдиний процес, визначити і погодити кордоні зіткнення окремих галузей. Наприклад, факт отримання заробітної плати фізичною особою передбачає виникнення або реалізацію трудових правовідносин, податкових (пов'язаних зі сплатою податку на доходи фізичних осіб), цивільних (наприклад, при погашенні кредитів або відсотків за ним безпосередньо із зарплати) тощо. Саме тому вкрай важливо визначити місце фінансового права в системі права.

Аналізуючи предмет фінансового регулювання, необхідно врахувати фундаментальне положення Ю. А. Ровинського про зміст фінансових правовідносин як владно-майнових, яке використовується в роботах практично всіх фахівців у цій галузі і часто через значне поширення навіть без посилань. При цьому необхідно звернути увагу саме на нерозривність відносин влади і специфічних майнових відносин, регулювання яких здійснюється як єдине ціле. Показовим у цьому плані є порівняння з адміністративними й цивільними правовідносинами. Саме в них дуже часто розчиняють, змішують фінансово-правові відносини, але розмежування цих галузей і повинно саме будуватися з позицій владно-майнових відносин (адміністративні правовідносини – владні. Цивільні правовідносини – майнові. Фінансові правовідносини – владно-майнові).

Якщо адміністративно-правове регулювання націлене на управління державою певних сфер, цивільно-правове охоплює майнові відносини, то фінансово-правове регулювання визначається:

- з одного боку, майновим характером особливого роду, обумовленим тим, що власником майна є держава і існує це майно у специфічній формі – у централізованих і децентралізованих грошових фондах;
- з іншого боку, владним характером, обумовлюється тим, що реалізація владних повноважень здійснюється самим власником грошових коштів. Саме єдність владно-майнових підвалин і дозволяє виділити фінансово-правові відносини, виділити їх єдність і на підставі такого підходу відмежувати однорідні відносини, що є предметом регулювання.

У фінансових правовідносинах найвиразніше, порівняно з іншими правовідносинами, прослідковуються державно-владна і майнова сторони. З одного боку, держава наділяє компетентні органи владними повноваженнями і контролює надходження коштів до бюджету. З іншого боку, ці відносини стосуються формування власності держави, хоча спочатку і в специфічній грошовій формі. Розглядаючи цю проблему, Ю. А. Ровинський звертав увагу на різний прояв владного ха-

рактору методу правового регулювання, що відмежовує фінансове право від інших галузей¹. Рівень прояву владного характеру дозволяє визначити і специфіку правовідносин. Головною особливістю методу регулювання цієї групи відносин є відсутність права оперативної самостійності суб'єктів. Права й обов'язки суб'єктів цих відносин регламентуються однозначно, без будь-яких варіантів, і переважно імперативними нормами.

На сучасному етапі в системі правового регулювання фінансових відносин склалася специфічна ситуація, викликана швидким розвитком практично всіх інститутів фінансової системи держави. Ідеться про міру інституційності фінансового права як галузі. Річ у тому, що галузевий режим регулювання визначається сукупністю елементів: методу елементів; методу юридичного інструментарію, принципів, наявності галузі законодавства і кодифікованого акта. У той же час ці елементи для фінансового права в даний момент характерні не в повному обсязі. І хоча фінансове право розглядається як галузь права, воно формується через становлення і розвиток інститутів, що його складають: бюджетного права, податкового права тощо. При цьому перспектива появи єдиного кодифікованого фінансово-правового акта є дуже примарною. Іншими словами, за відсутності загального йде розвиток особливого. Ця тенденція і її подальший розвиток можуть негативно позначитися на нормотворчих і правозастосовних процесах у фінансовій сфері, оскільки недооцінка загальногалузевих підвалин у правовому регулюванні тих або інших суспільних відносин може призвести до незв'язаності, розбіжності й конфліктності всієї системи взагалі.

Юридичні норми утворюють галузь права не безпосередньо, а через інститути. Формування галузі може охоплювати декілька рівнів (інститут – складний інститут – підгалузь – галузь). Наприклад, податкове право займає чітко виражене проміжне положення. З одного боку, до нього входять інститути вужчої групи відносин (інститут місцевих податків і зборів, оподаткування юридичних осіб тощо), з іншого боку, складний інститут податкового права є одним з елементів, що створюють цілісну галузь фінансового права.

Цілісність фінансово-правової галузі природно передбачає виділення особливих, своєрідних фінансово-правових інститутів, які, створюючи специфічні норми, не залишатися при цьому фінансово-правовими за своєю природою і змістом. Єдність фінансового права

¹ Див.: Ровинский, Е. А. Основные вопросы теории советского финансового права [Текст] / Е. А. Ровинский. – М. : Госюриздат, 1960. – С. 135–139.

і передбачає регулювання на вузкому, спеціальному рівні інституційних видів фінансових відносин. Хотілося б звернути увагу на певну логіку регульованих відносин, яка і визначає, на наш погляд, підґрунтя підходу до характеристики фінансового права як цілісної єдиної галузі. Не зупиняючись детально на характеристиці системи фінансового права, треба зробити одне зауваження стосовно структури Особливої частини. Якщо виходити з традиційного підходу до предмета фінансового права як сукупності відносин з приводу руху публічних фінансів, то згідно з логікою цього руху можна говорити і про розташування, співвідношення інститутів Особливої частини. Так, стадії акумуляції грошових коштів, розподілу, витрачання їх адекватно відбиваються в розділах фінансового права, що включають інститути, які регулюють державні доходи, державні витрати, визначають особливості грошового обігу.

Забезпечення єдності фінансово-правових аспектів регулювання подібних відносин виключає виділення в рамках фінансового права нових галузей, серед яких часто називають банківське право, податкове право тощо. Дійсно, банківська діяльність є предметом фінансово-правового регулювання, проте до цього необхідно підходити зважено, оскільки банківська діяльність як явище породжує перш за все цивільно-правове регулювання цих процесів і, мабуть, значну частину банківського права і складають цивільно-правові норми. До системи ж фінансового права увійдуть норми публічного характеру, що регулюють банківську діяльність. Проте і з ними, мабуть, не все абсолютно однозначно, оскільки не можна забувати адміністративно-правовий аспект регулювання того ж статусу Національного банку України в рамках адміністративно-правового інституту управління фінансами. Тому, мабуть, кажучи про складові фінансового права, необхідно виділяти сукупність норм, що охоплюють публічне регулювання відносин, пов'язаних з рухом державних грошових коштів при здійсненні банківської діяльності.

Наведене яскраво говорить про імперативну природу регулювання відносин стосовно руху коштів публічних фондів, що здійснюється фінансовим правом. Поряд із тим, як ми зазначали, аналіз чинного законодавства, і, зокрема, Бюджетного кодексу України та Податкового кодексу України свідчить, що при фінансово-правовому регулюванні можуть застосовуватися певні договірні конструкції. За таких обставин може скластися уявлення, що фінансове право разом з імперативним активно застосовує і диспозитивне регулювання. Наприклад, у сфері

регулювання відносин з формування грошових коштів, що має добровільний характер (облігації державної внутрішньої позики, казначейські сертифікати, лотереї і т. д.), поряд із видимістю диспозитивності основою регулювання залишаються владні розпорядження. Дійсно, придбання державних цінних паперів здійснюється на добровільних засадах, але всі відносини, що витікають із цього факту, регулюються державними односторонніми веліннями (строки позики, відсотки, порядок погашення заборгованості не можуть бути предметом договору, вони закріплені законодавчо).

Імперативний метод податково-правового регулювання доповнюється і похідними від нього методами рекомендацій, узгоджень. Особливістю їх є підпорядкований від основного імперативного методу характер у рамках реалізації виконання владного веління. Дійсно, узгодження між суб'єктами податково-правових відносин можливе, але стосовно більш зручного, точного, своєчасного виконання імперативного обов'язку, тобто узгоджується не сама природа обов'язку, а порядок, особливості його виконання. Рекомендації також присутні у фінансовому праві, проте вони або гарантуються, підкріплюються імперативними веліннями, або уточнюють їх.

Застосування переважно імперативного методу не виключає наявності права вибору в поведінці підпорядкованого суб'єкта. Так, наприклад, податкові органи можуть надати підприємствам податковий кредит (відстрочення платежу) на підставі спеціальної угоди. Крім того, часткова диспозитивність поведінки підпорядкованої сторони – платника податків – може виявлятися і в можливості податкового планування. Проте всі ці особливості зрештою залежать від основного – методу владних розпоряджень.

Податкові правовідносини виступають як певна система правовідносин, базуючись на обов'язку сплати податків і зборів і відповідно на праві вимагати їх сплати. Такі правовідносини і формують кордони реалізації прав і обов'язків платників податків і податкових органів. Дійсно, обов'язок зі сплати податку і відповідно права контролювати цю сплату включають у себе обов'язки щодо податкового обліку й звітності, право на проведення податкових перевірок.

Підставою для цього є перш за все імперативний метод фінансово-правового регулювання. Держава, закріплюючи вимоги стосовно досягнення першочергових потреб (формування грошових фондів для забезпечення виконання державних функцій), встановлює чіткі кордони поведінки підлеглих суб'єктів. Таким чином, обов'язок сплати по-

датку опосередкований правом вимагати його сплати і контролювати її. Певна свобода залежних суб'єктів (платників) можлива лише в рамках, обмежених імперативними розпорядженнями. Режим свободи можливий у декількох формах:

1) свобода в межах імперативного суб'єктивного права, коли безумовне право податкового органу на податкову перевірку може реалізуватися ним за власним планом, але при цьому обов'язковою є реалізація цього права, оскільки останнє становить одночасно й обов'язок податкового органу, спосіб здійснення його функцій;

2) свобода певного суб'єкта в межах делегованих державою прав припиняти податкове правовідношення (залік сум податкової застави в рахунок податкового зобов'язання);

3) свобода платників при використанні специфічних прав (право на застосування податкових пільг, податкового кредиту).

При характеристиці методу правового регулювання необхідно відрізнити його від типу правового регулювання як специфічного порядку юридичної дії, який характеризується особливим поєднанням усіх засобів і методів правового регулювання. Тип правового регулювання – ширше поняття порівняно з методом правового регулювання. І якщо останнє орієнтоване на галузеву або інституційну визначеність, то тип правового регулювання асоціюється зі сферою правової дії. Тип правового регулювання охоплює всю систему методів і засобів правової дії, позначає специфіку їх поєднання і взаємовідносин при націленості на регулювання суспільних відносин. Загальнодозвільний і спеціальнодозвільний типи правового регулювання взаємодіють і взаємообумовлюють один одного, реалізуючись через дію всієї системи права, а не будь-якої окремої галузі.

Таким чином, ми бачимо, що особливості фінансово-правового регулювання обумовлюють лише використання договору за формою.

Ще один аспект. На сьогодні в науковій літературі висловлюються міркування стосовно доцільності використання при податково-правовому регулюванні конструкції «зобов'язання» як підстави побудови договорів. Такі думки вказують на необхідність осмислення тенденцій, сформованих на сучасному етапі, які пов'язані з реалізацією податкового обов'язку, на предмет їх відповідності законодавчо закріпленим специфічним формам, що забезпечують надходження податків і зборів до дохідної частини бюджетів. У цій ситуації дуже важливо з'ясувати природу самого податкового обов'язку, його зміст, елементи, способи безумовного його виконання, а також найбільш ефективні форми, що забезпечують сплату податків.

Саме аналіз з позиції змісту однорідних правових відносин, складових предмета податкового права і формує підхід до природи податкового обов'язку. Виключне положення держави як організатора, контролера цих відносин, власника податкових надходжень не дає підстав говорити про існування податкового зобов'язання. Очевидно, такий підхід не суперечить позиції Ю. А. Ровинського при визначенні ним податкового зобов'язання стосовно сплати податку, оскільки вчений підкреслював, що воно має безумовний характер¹, і в такому контексті фактично мається на увазі обов'язок.

Термін «зобов'язання» характерний для диспозитивного регулювання, коли йдеться про певну рівність сторін, зустрічні права й обов'язки. Але в податкових правовідносинах складно знайти відносини рівності. Інколи може скластися враження, що в держави виникають обов'язки стосовно цільового і раціонального витрачання коштів, що сформувалися за рахунок податків і зборів. Проте це вже не сфера податково-правового регулювання. Використання, витрачання бюджетних коштів – область регулювання іншого фінансово-правового інституту – інституту державних витрат. Податковий обов'язок, таким чином, охоплює сукупність безумовних і односторонніх обов'язків (і похідних від них прав) платників податків, що формуються шляхом об'єднання владних велінь держави і регулюються імперативними методами.

Виходячи з цього, складно погодитися з логікою О. І. Худякова, який розкриває систему обов'язків з податкового обліку, обчислення, звітності і сплати як податкове зобов'язання². Конструкція зобов'язання передбачає наявність як обов'язків, так і прав, але навіть самими авторами воно розкривається винятково шляхом конкретизації обов'язків. Складно погодитися також з тим, що податкове зобов'язання є двостороннім, коли дві його сторони (платник податків і держава) виступають носіями як прав, так і обов'язків, при якому «Кожна із сторін стосовно тієї або іншої ситуації може виступати в ролі як зобов'язаного, так і управомоченого суб'єкта»³. Податковий обов'язок передбачає закріплення прав управомоченого суб'єкта щодо дій зобов'язаного і обов'язків останнього стосовно держави або органів, що її представляють. Паритетного, рівного розподілу прав і обов'язків тут не може

¹ Ровинский, Е. А. Основные вопросы теории советского финансового права [Текст] / Е. А. Ровинский. – М. : Госюриздат, 1960. – С. 1421.

² Див.: Худяков, А. И. Налоговое право Республики Казахстан. Общая часть [Текст] : учебник / А. И. Худяков. – Алматы : НОРМА-К, 2003. – С. 398.

³ Там само. – С. 399.

бути, оскільки йдеться про виконання імперативного веління держави. Ще складніше уявити платника податків в ролі уповноваженого суб'єкта, тим більше по відношенню до діяльності держави.

Зміст податкового обов'язку визначається перш за все імперативними методами фінансово-правового регулювання, особливостями відносин, що складаються між суб'єктами з приводу сплати податків і зборів. Державне управління у сфері фінансів вимагає підпорядкування суб'єкта вимозі уповноваженої особи, а точніше – вимозі органів, які здійснюють фінансову діяльність держави. Саме тому правове регулювання відносин у сфері фінансової діяльності держави орієнтоване на односторонні владні розпорядження державних органів щодо суб'єктів, які беруть участь у сфері фінансової діяльності держави. Владність розпоряджень державних органів полягає перш за все в тому, що вони приймають рішення, обов'язкові для іншої сторони правовідносин, і приймаються ці рішення в межах повноважень, делегованих органу саме державою.

Характерною особливістю податково-правового регулювання є юридична нерівність суб'єктів податкового права. Юридична нерівність як риса податково-правового регулювання базується на нееквівалентній природі фінансових відносин, що відбивається у змісті і структурі прав та обов'язків суб'єктів податкового права, коли одні суб'єкти мають юридично владні повноваження по відношенню до інших. Держава або уповноважений нею орган реалізує свою компетенцію через владні розпорядження, тоді як інша сторона реалізує права та обов'язки, залежні від компетенції владної сторони правовідношення.

Конституційна норма-принцип, якою закріплений безумовний обов'язок кожного сплачувати податки в порядку і розмірах, установлених законом (ст. 67 Конституції України), носить досить індивідуалізований і певною мірою суперечливий характер. По-перше, обов'язок сплати податку жодним чином не пов'язується з принципом громадянства і податкове законодавство у якості зобов'язаних суб'єктів виділяє громадян України, іноземців і осіб без громадянства. Це здійснюється без диференціації змісту податкового обов'язку залежно від того, чи є такі особи громадянами України чи ні, тоді як у ч. 2 ст. 67 Конституції України робиться акцент саме на громадянах. Отже, у даній ситуації таким критерієм є інший підхід – податкове резидентство. По-друге, немає сенсу на рівні конституційної норми-принципу пов'язувати по-

датковий обов'язок винятково з фізичними особами, адже імперативний обов'язок зі сплати податків, обліку і звітності об'єктивно властивий і юридичним особам. Суперечність конституційного регулювання, казуси податкових законодавчих актів багато в чому пояснюються суперечностями теоретичних, доктринальних положень і категорій. Одним з таких назрілих для вирішення суперечностей є механізм консолідації в податковому праві.

На перший погляд може скластися враження про доволі спрощений, або навпаки, вкрай складний підхід до вирішення даної проблеми. На наш погляд, сьогодні складаються два напрями розвитку даного підходу і відповідного законодавчого відображення. Мабуть, навряд чи доречно вважати, що принцип консолідації може суперечити індивідуалізованому характеру податкового обов'язку. Дійсно, податковий обов'язок є чітко індивідуалізованим, про що свідчить безліч чинників (індивідуальні ідентифікаційні коди привласнюються навіть неповнолітнім, неможливість передачі обов'язку зі сплати податків і т. д.). Зважаючи на це проблема об'єднання, консолідації при здійсненні податкового обов'язку на перший погляд носить досить проблематичний характер. Проте враховуючи той факт, що одним з центральних, основних блоків відносин, що регулює податкове право, є надходження податків з усіх доходів та інших джерел, з якими держава пов'язує виникнення податкового обов'язку, то цілком природно, що це може здійснюватися всіма можливими і зручними для платника способами. І в даній ситуації абсолютно об'єктивним може розглядатися спосіб об'єднання податкових обов'язків, що відбивається у відповідній угоді.

Очевидно, можна говорити про два типи консолідації, що нині сформувалися:

- 1) консолідація платників податків;
- 2) консолідація податкового обов'язку.

Особливістю першого типу консолідації є трансформація податкових обов'язків певного кола платників податків у єдину систему, за якої така консолідація дозволяє їх розглядати як єдиний зобов'язаний суб'єкт. У даному випадку необхідно враховувати декілька особливостей відносин, що складаються в рамках консолідованої групи платників податків. По-перше, подібні відносини формуються стосовно обов'язків юридичних осіб, в окремих випадках і з певними обмеженнями – їх філій і відособлених підрозділів. По-друге, об'єднання обов'язків у рамках консолідованої групи може здійснюватися за окре-

мим податком, видовою групою податків (майнових, прибуткових і т. д.) або за податковим обов'язком у цілому. По-третє, переважно консолідація даного типу пов'язується з об'єднанням підприємств, що мають єдиний технологічний цикл, коли фінансові розрахунки пов'язуються з отриманням кінцевої продукції. Після цього фактично і виникає об'єктивна можливість сплати податків, тоді як попередні дії окремих учасників консолідованої групи, закінчення ними їх частині роботи може і не передбачати остаточних розрахунків як з ними, так, відповідно, і з бюджетами. І, по-четверте, нам хотілося б звернути увагу на проблему, пов'язану з регулюванням даних відносин, на якій напевно ми зможемо зараз зупинитися, але, мабуть, на таку, що є доволі плідною для аналізу в майбутньому. Річ у тому, що імперативне регулювання реалізації податкового обов'язку в даній ситуації пов'язується (природно, у своєрідній і специфічній формі) з договірними відносинами, диспозитивними методами регулювання, коли йдеться про договір між учасниками консолідованої групи платників податків (умови об'єднання, види податків, за якими об'єднується обов'язок, тощо). Саме цей аспект і потребує подальшого ґрунтовного наукового аналізу.

Міркуючи про можливість застосування договірних форм регулювання відносин, що виникають у перебігу здійснення публічної фінансової діяльності і, зокрема при сплаті податків, треба зупинитися на деяких акцентах стосовно можливості укладення договору при застосуванні заходів забезпечення виконання податкового обов'язку. Так, незважаючи на єдність усієї системи способів забезпечення виконання податкового обов'язку, конкретні їх форми не є однорідними за своєю правовою природою. Забезпечуючи реалізацію імперативного обов'язку, в деяких випадках використовуються безумовні адміністративні веління (наприклад, адміністративний арешт майна), у деяких – способи, що за своєю формою передбачають укладання угоди, наявність певної домовленості між сторонами (наприклад, порука), в окремих випадках – способи, що передбачають і обумовлюють реалізацію певних заходів відповідальності (наприклад, пені). Причому розвиток податкового законодавства зумовлює певну динаміку стосовно зміни змісту цих способів. Наприклад, якщо раніше в чинному податковому законодавстві пеня закріплювалася як міра, спрямована на припинення (запобігання) порушення податкового законодавства, то в сучасних умовах вона переважно характеризується як спосіб забезпечення ви-

конання обов'язку зі сплати податку, міра відповідальності в разі затримки сплати або сплати в неповному обсязі¹.

Одним з традиційних способів забезпечення виконання обов'язку є порука. Її використання при забезпеченні виконання податкового обов'язку обумовлене низкою специфічних рис, що визначаються природою податково-правового регулювання. Українське податкове законодавство закріплює своєрідну опосередковану форму поруки в системі способів забезпечення виконання податкового обов'язку.

При заставі боржником виділяється конкретне майно, яке переходить у володіння кредитора. У разі застосування іншого виду забезпечення виконання – поруки (банківської гарантії) – до виконання обов'язку притягуються треті особи, які для кредитора виступають додатковими боржниками. Зміст податкової поруки передбачає обов'язок юридичних або фізичних осіб, які є поручителями, перед податковими органами виконати обов'язок платника податків у випадку, якщо ним він не буде реалізований. При цьому мається на увазі, що податковий обов'язок платника має бути виконаний у повному обсязі (включаючи суму податків, донарахувань, податкового боргу тощо) і у встановлений законодавством строк.

Особливістю податкової поруки є специфічне становище органів, що представляють владну сторону – державу. Дані органи (перш за все податкові) виступають представниками держави і не є кредиторами платників податків. Безпосередніми суб'єктами, які фактично кредитують платників податків, є власники фондів грошових коштів, які акумулюються на рівні різних видів бюджетів, – держава і територіальні громади.

За договором податкової поруки банк-поручитель є зобов'язаним перед податковим органом відповідати за належне виконання платником податків обов'язків з погашення його податкового обов'язку або податкового боргу. У разі невиконання платником податків обов'язків з погашення податкового боргу банк-поручитель бере на себе відповідальність за таке погашення в такому ж обсязі, як і платник податків. Банк-поручитель, який виконав зобов'язання з погашення податкового обов'язку або податкового боргу платника податків, має право зворотної вимоги до такого платника податків у розмірі виплаченої суми.

¹ Див., наприклад: Кустова, М. В. Налоговое право России. Общая часть [Текст] : учебник / М. В. Кустова, О. А. Ногина, Н. А. Шевелева ; отв. ред. Н. А. Шевелева. – М. : Юристъ, 2001. – С. 218–219.

Невиконання платником податків обов'язків обумовлює виникнення солідарної відповідальності платника податків і поручителя.

І ще одним прикладом застосування договору у фінансовому праві є укладання міжнародних угод. Так, нині Україною укладено численні міжнародні договори в галузі оподаткування. Це обумовлюється поряд з іншим тим, що розвиток суспільних відносин, відображаючи інтенсивні інтеграційні процеси, приводить і до необхідності узгодження, взаємоув'язки національних податкових систем, а також правових механізмів, що їх регулюють. Укладаючи між собою міжнародні угоди і договори, встановлюючи взаємні права й обов'язки, фіксуючи норми права, яким сторони зобов'язані підпорядковуватися, держави намагаються врегулювати як існуючі відносини, так і свої взаємини в майбутньому. Саме тому в багатьох конституціях спеціально закріплюється норма, що встановлює співвідношення міжнародних договорів і національного законодавства. Так, ст. 9 Конституції України закріплено, що чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких дана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України¹.

Застосування міжнародних договорів при регулюванні податкових відносин може здійснюватися на основі різних принципів. Вони можуть мати рівну силу із законами. «У ряді держав норми внутрішнього законодавства можуть переважати над положеннями належним чином ратифікованих міжнародних угод, що вступили в законну силу. Наприклад, у США норми про оподаткування доходу від приросту вартості нерухомого майна при його відчуженні переважають у деяких випадках над положеннями міжнародних угод»². В інших випадках міжнародні договори характеризуються вищою юридичною силою порівняно з національним законодавством, що є характерним і для України.

Міжнародний договір, фіксуючи існуючі правила поведінки, обумовлює надання йому конкретної форми вираження його учасниками. Таким чином, на основі звичайної норми створюється нова договірна норма, зміст якої багато в чому вже відлагоджений, і тому лише деталізуються особливості застосування таких приписів. Договори про усунення подвійного оподаткування як основний вид міжнародних договорів у податковому праві торкаються особливостей податкових

¹ Введ. Верхов. Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

² Петрова, Г. В. Налоговые отношения: теория и практика правового регулирования [Текст] / Г. В. Петрова. – М. : Олита, 2003. – С. 282.

режимів і не встановлюють нових податків, а лише пристосовують існуючі умови оподаткування під взаємні інтереси договірних сторін. Лише після надання згоди Верховної Ради України на обов'язковість такого договору норми, що містяться в ньому, стають частиною правової системи України, що має пріоритет над національним законодавством.

На сьогодні такі договори вважаються джерелом податкового права. Їх особливістю є характер санкціонування державою. Правова норма формується на основі узагальнення, аналізу типових ситуацій, що повторюються, і створеній на основі цього конструкції надається державою загальнообов'язковий характер, який забезпечується можливістю застосування державного примусу. Норми міжнародного договору утворюються фактично за рахунок санкціонування державою тексту документа і вже з такими сформованими розпорядженнями порівнюються дії учасників податкових відносин.

Певною специфікою відзначається дія в часі норм міжнародного договору. Право на дотримання припису даної норми, керівництво нею у своїй поведінці виникає з моменту, коли договірна норма сформульована суб'єктами відносин у тексті договору. Це право, але не обов'язок. «Якщо, прийнявши текст договору, держава надалі не висловила згоди на його обов'язковість (або на обов'язковість конкретної договірної норми), то факт прийняття тексту свідчить про виникнення нової міжнародно-правової норми і про волевиявлення держав створити її»¹. Обов'язок же дотримання договірної норми, можливість використання заходів примусового забезпечення її виконання виникає лише з моменту набуття чинності даною норми, з моменту набуття чинності самим міжнародним договором. Таким чином, набуття юридичної сили нормами міжнародного договору – це досить тривалий і складний процес. Він може розтягнутися в часі, не мати загального характеру (бути орієнтованим на декількох суб'єктів міжнародного права і не стосуватися поведінки інших), але в будь-якому випадку він знову-таки зводиться і залежить від ролі держави в наданні нормам міжнародного договору загальнообов'язкового характеру.

¹ Капустина, М. А. Действие юридических норм во времени [Текст] / М. А. Капустина. – СПб. : Изд-во С.-Петербур. ун-та, 2001. – С. 73.

Відомості про авторів

Гетьман Анатолій Павлович – доктор юридичних наук, професор, проректор з наукової роботи Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», завідувач кафедри екологічного права Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», академік Національної академії правових наук України

Борисова Валентина Іванівна – кандидат юридичних наук, професор, завідувач кафедри цивільного права № 1 Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», заслужений працівник освіти України, член-кореспондент Національної академії правових наук України

Євсєєв Олександр Петрович – кандидат юридичних наук, асистент кафедри конституційного права України Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Жернаков Володимир Володимирович – кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри трудового права Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Жилінкова Ірина Володимирівна – доктор юридичних наук, професор, професор кафедри цивільного права № 1 Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», член-кореспондент Національної академії правових наук України

Зима Олександр Тарасович – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри адміністративного права Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Колісник Віктор Павлович – доктор юридичних наук, професор, професор кафедри конституційного права України Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», член-кореспондент Національної академії правових наук України

Кучерявенко Микола Петрович – доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри фінансового права Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», академік Національної академії правових наук України, заслужений діяч науки і техніки України

Мілаш Вікторія Сергіївна – доктор юридичних наук, доцент кафедри господарського права Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Погребняк Станіслав Петрович – доктор юридичних наук, професор кафедри теорії держави і права Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Прилипко Сергій Миколайович – доктор юридичних наук, професор, професор кафедри трудового права Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», член-кореспондент Національної академії правових наук України, учений секретар Національної академії правових наук України, заслужений діяч науки і техніки України

Спасибо-Фатєєва Інна Валентинівна – доктор юридичних наук, професор, професор кафедри цивільного права № 1 Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», член-кореспондент Національної академії правових наук України, заслужений діяч науки і техніки України

Статівка Анатолій Миколайович – доктор юридичних наук, професор, професор кафедри аграрного права Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», член-кореспондент Національної академії правових наук України

Шульга Михайло Васильович – доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри аграрного права Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», член-кореспондент Національної академії правових наук України

Уркевич Віталій Юрійович – доктор юридичних наук, доцент кафедри аграрного права Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Яроцький Віталій Леонідович – доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри цивільного права № 2 Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», член-кореспондент Національної академії правових наук України

Ярошенко Олег Миколайович – доктор юридичних наук, професор кафедри трудового права Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Наукове видання

Серія «Харківська правова школа»

**Договір як універсальна
правова конструкція**

Монографія

За редакцією професорів *А. П. Гетьмана*
та *В. І. Борисової*

Редактор *К. К. Гулий*
Коректор *О. М. Нещеретна*
Технічні редактори: *В. М. Зеленько, О. І. Лагоза*

Підписано до друку 17.08.2012.
Формат 60×90 $\frac{1}{16}$. Папір офсетний. Гарнітура Times.
Ум. друк. арк. 27. Обл.-вид. арк. 25,4. Вид. № 710.
Тираж 300 прим.

Видавництво «Право» Національної академії правових наук України
та Національного університету «Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого»
Україна, 61002, Харків, вул. Чернишевська, 80а
Тел./факс (057) 716-45-53
Сайт: www.pravo-izdat.com.ua
E-mail для авторів: proizvodstvo@pravo-izdat.com.ua
E-mail для замовлень: sales@pravo-izdat.com.ua

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготівників і розповсюджувачів
видавничої продукції — серія ДК № 4219 від 01.12.2011 р.

Виготовлено у друкарні СПДФО Білетченко
(057) 758-35-98