ББК 67.9(4УКР)304.2я73
Д59

Затверджено Міністерством освіти і науки України
(лист № 1.4/18-Г-998 від 7 травня 2008 р.)
Рекомендовано Вченою радою юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка
(Протокол № 4 від 26 листопада 2007 р.)

Рецензенти

І. В. Жилінкова — доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент АПрН України;
В. І. Семчик — доктор юридичних наук, професор, академік АПрН України;
Я. М. Шевченко — доктор юридичних наук, професор, академік АПрН України, Заслужений діяч науки і техніки України

Редакційна рада

Н. С. Кузнєцова — доктор юридичних наук, професор (голова ради);
Т. В. Боднар — доктор юридичних наук, професор;
О. В. Дзера — доктор юридичних наук, професор;
О. В. Кохановська — доктор юридичних наук, професор;
Р. А. Майданик — доктор юридичних наук, професор

Відповідальний редактор,
керівник авторського колективу О. В. Дзера

Д59 **Договірне право України. Загальна частина** : навч. посіб. / Т.В. Боднар, О.В. Дзера, Н.С. Кузнєцова та ін.; за ред. О.В. Дзери. — К. : Юрінком Інтер, 2008. — 896 с.

ISBN 978-966-667-307-0.

У навчальному посібнику висвітлено питання правового регулювання договірних відносин. Аналізуються відповідні норми нового ЦК України, ЦК УРСР 1963 р., Сімейного та Господарського кодексів України, інших численних актів законодавства України, судова практика, наукові праці.

У Загальній частині висвітлюються поняття договору та договірного права, принципи його побудови, визначаються класифікаційні групи договорів, порядок укладення, виконання та припинення договорів, способи забезпечення їх належного виконання, а також захист прав сторін договору.

Розрахований на студентів, аспірантів і викладачів юридичних вузів та факультетів, а також на працівників правоохоронних органів та практикуючих юристів.

ББК 67.9(4УКР)304.2я73+67.304.2я73

Відтворення всієї книги чи якої-небудь її частини будь-якими засобами або в якій-небудь формі, у тому числі в Інтернеті, забороняється без письмового дозволу видавництва

© Колектив авторів, 2008
© Юрінком Інтер, 2008

ISBN 978-966-667-307-0

Авторський колектив

Кузнєцова Н. С., доктор юридичних наук, професор, академік АПрН України — вступне слово;

Беляневич О. А., доктор юридичних наук, професор — глава 10;

Бервено С. М., доктор юридичних наук, професор — глава 1 (§ 3, 4 — спільно з О. В. Дзерою); глава 2 (§ 1, 2 — спільно з О. В. Дзерою); § 3, 4); глава 3 (§ 1, 3); глава 7 (§ 1 — спільно з Р. А. Майдаником; § 2, 3); глава 8 (спільно з Р. А. Майдаником);

Боднар Т. В., доктор юридичних наук, професор — глава 5;

Дзера О. В., доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент АПрН України — глава 1 (§ 1; § 3, 4 — спільно з С. М. Бервено); глава 2 (§ 1, 2 — спільно з С. М. Бервено); глава 4 (§ 1); глава 6 (спільно з А. М. Блащуком); глава 20;

Дзера І. О., кандидат юридичних наук, доцент — глава 16; глава 18 (спільно з Т. М. Карнаух); глава 19 (§ 1, § 2; § 3 — спільно з І. В. Подколзіним);

Блащук А. М., кандидат юридичних наук, консультант КСУ — глава 6 (спільно з О. В. Дзерою);

Дрішлюк В. І., кандидат юридичних наук, доцент — глава 9;

Карнаух Т. М., кандидат юридичних наук — глава 18 (§ 2, 3 — спільно з О. В. Дзерою);

Кармаза О. О., кандидат юридичних наук — глава 17 (спільно з С. Я. Фурсою);

Луць В. В., доктор юридичних наук, професор, академік АПрН України — глава 3 (§ 2); глава 21;

Панова Л. В., кандидат юридичних наук, доцент — глава 15;

Примак В. Д., кандидат юридичних наук — глава 22;

Притика Ю. Д., доктор юридичних наук, доцент — глава 23;

Посполітак В. В., кандидат юридичних наук, доцент — глава 11;

Подколзін І. В., адвокат — глава 19 (§ 3 — спільно з І. О. Дзерою);

Майданик Р. А., доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент АПрН України — глава 7 (§ 1 — спільно з С. М. Бервено); глава 8 (спільно з С. М. Бервено);

Майданик Н. І., кандидат юридичних наук, доцент — глава 3 (§ 4, § 5);

Михальнюк О. В., кандидат юридичних наук, доцент — глава 14;

Панова Л. В., кандидат юридичних наук, доцент — глава 15;

Носік Ю. В., кандидат юридичних наук — глава 12;

Отраднова О. О., кандидат юридичних наук, доцент — глава 13;

Кот О. О., кандидат юридичних наук — глава 4 (§ 2); глава 18 (§ 1);

Фурса С. Я., доктор юридичних наук, професор — глава 17 (спільно з О. О. Кармазою);

Шимон С. І., кандидат юридичних наук, доцент — глава 19 (§ 4 — спільно з О. В. Дзерою).

Розвиток сучасного договірного права України

ВСТУПНЕ СЛОВО

Прийняття нового Цивільного кодексу (ЦК) України, попри всі ускладнення і обмеження кодифікаційного процесу у приватноправовій сфері, можна розглядати як важливий етап реформування як цивільного законодавства в цілому, так і його окремих інститутів.

Зобов'язальне право і за своїм значенням у системі цивільно-правових норм, і за обсягом правового матеріалу виходить далеко за межі звичних уявлень про правовий інститут і фактично являє собою структуровану підсистему, підгалузь цивільного права.

Слід зазначити, що зобов'язальне право як сукупність правових норм, що регулюють оборот матеріальних благ і цивільних прав у суспільстві, менше ніж інші норми зазнало істотних змін у процесі кодифікації. Принаймні цей висновок можна зробити стосовно загальних положень про зобов'язання. Водночас окремі види зобов'язань (як договірних, так і позадоговірних) були суттєво трансформовані.

Це пояснюється, передовсім, тим, що найбільш важливі положення загального характеру, які витримали перевірку часом і здатні виконувати свою регуляторну чи захисну функцію і в нових, ринкових, умовах господарювання, як фактор стабільності були збережені і в проекті нового ЦК, і в остаточному варіанті кодифікованого закону. Що стосується договірних зобов'язань, то їх розвиток пов'язаний із потребами і динамікою реального

життя, обумовив необхідність закріплення і регулювання нових видів договірних зобов'язань: лізингу, факторингу, франчайзингу (комерційної концесії), довірчого управління майном, численних модифікацій договору схову та інших.

Без будь-яких сумнівів ці чинники свідчать не тільки і не стільки про розширення сфери правового регулювання цивільного права у зобов'язальних правовідносинах, скільки, насамперед, підкреслюють поглиблення основних концептуальних засад зобов'язального права в новому ЦК.

Ретроспективний аналіз законодавства, що регулювало оборот цивільних прав, а також цивільно-правової доктрини у цій сфері дає можливість дійти загального висновку про те, що в радянську добу в центрі уваги знаходилися зобов'язання, що ґрунтувалися на директивних планових актах держави. Решта зобов'язань істотно не впливала на загальні підходи щодо визначення основних напрямів регулювання зобов'язальних відносин. Відтак серед принципів виконання зобов'язань пріоритетними визнавалися принципи реального виконання зобов'язань, належного виконання, економічності, співробітництва (взаємодії) сторін.

Водночас слід звернути увагу на те, що принципи зобов'язального права як самостійна категорія, що визначає основні засади регулювання значного сегменту суспільних відносин, взагалі не досліджувалися. Щоправда, така тенденція в цілому є характерною для більшості інститутів загальної частини цивільного права. В основному предметом наукових досліджень були численні модифікації планових господарських договорів з усім їх розмаїттям деталей і особливостей.

Саме на етапі докорінного реформування права України в цілому, кодифікації всіх його фундаментальних галузей виникла нагальна потреба в осмисленні, з'ясуванні і, зрештою, у повноцінному використанні загальних засад приватного (цивільного) права, серед яких чільне місце посідають принципи цивільного права.

Серед принципів, закріплених безпосередньо у ст. 3 ЦК, можна виділити такі, які для зобов'язального права мають першочергове значення. До них належать: свобода договору, свобода підприємницької діяльності, яка не заборонена законом; судовий захист цивільного права та інтересу; справедливість, добросовісність та розумність.

Щодо останнього принципу слід зазначити, що в перших редакціях проекту ЦК він розглядався виключно як інституційний принцип зобов'язального права, але надалі трансформувався в загальногалузевий принцип цивільного права.

Хоча у ст. 3 ЦК принцип диспозитивності і не названий серед загальних засад цивільного законодавства, але навряд чи можуть

виникнути які-небудь сумніви щодо його належності до останніх. Будучи органічним елементом методу цивільного права (як і ознака юридичної рівності всіх його суб'єктів), диспозитивність наповнює особливим змістом всі цивільно-правові відносини, а договірні — в першу чергу.

Водночас сам принцип диспозитивності стосовно зобов'язань, що виникають з договору, набуває у новому ЦК іншого юридико-технічного закріплення.

Традиційними для нашого правового менталітету є розуміння диспозитивності в такому сенсі, який дає можливість міру поведінки суб'єкта цивільно-правових відносин визначити на свій розсуд тільки у тих випадках, які прямо передбачені в законі. Тобто законодавець, визначаючи модель поведінки того чи іншого учасника відносин, може прямо зафіксувати, що сторони мають право у договорі відійти від цієї нормативної моделі і передбачити інші правила. Таким чином, тоді, коли про це прямо йдеться в законі, індивідуальний договірний припис буде усувати нормативний. Саме таким чином ми звикли тлумачити диспозитивність у зобов'язанні, що випливає з договору.

Розробники нового ЦК відмовилися від такого занадто «звуженого» розуміння диспозитивності у договірних зобов'язаннях і передбачили у ст. 6 ЦК інші підходи.

Зокрема, за загальними правилами сторони можуть відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд. Проте сторони не можуть відступити від імперативних приписів, що містяться в актах цивільного законодавства. Однак імперативність норми повинна прямо фіксуватися (тобто в законі має бути пряме застереження про те, що сторони не мають права відступити від встановлених правил) або випливати із змісту норми чи суті відносин між сторонами. Диспозитивні засади цивільного права надають сторонам можливість укласти не тільки договір, який передбачений актами цивільного законодавства, а й такий, що цими актами не передбачений, але за умов, що він їм не суперечить. У договорі ж сторони також мають право врегулювати і такі відносини, які в актах цивільного законодавства не врегульовані.

Хоча ці правила закріплені ст. 6 ЦК «Акти цивільного законодавства і договір», частина 4 цієї статті містить застереження про її поширення і на односторонні правочини.

На нашу думку, цей новий концептуальний підхід свідчить не тільки про реанімацію загальновизнаних приватноправових засад у цивільному праві (в тому числі зобов'язальному), а й потребує гли-

бокого змістовного осмислення. На відміну від галузей публічного права, у цивільному праві, яке містить у концентрованому вигляді приватноправовий «код», пріоритет у виборі моделі поведінки зазвичай має належати самим суб'єктам. І тільки у виняткових випадках, з мотивів необхідності реального забезпечення публічних інтересів, публічного порядку, у цивільно-правових нормах з'являється імператив. Проте, безумовно, загальне співвідношення імперативних і диспозитивних норм має складатися на користь останніх і визначатися, насамперед, приватноправовою природою відносин, що ними регулюються. Норми договірного права є переважно диспозитивними, тоді як недоговірні зобов'язання регламентуються імперативними нормами. Такий підхід повною мірою відбиває і співвідношення основних функцій цивільного права: регулятивної, яка забезпечує виникнення і функціонування «нормальних» відносин між суб'єктами (власності, зобов'язань, інтелектуальної діяльності та інших), і охоронної, за допомогою якої відновлюються порушені цивільні права й охоронювані законом інтереси суб'єктів цивільного права.

Особливої уваги потребує такий новий принцип цивільного права, як справедливість, добросовісність і розумність.

Розбудова в Україні правової держави, зорієнтованої на європейські та світові стандарти, притаманні державі із розвинутими системами демократії, зумовлює необхідність гармонізації (а в окремих випадках і уніфікації) українського законодавства перш за все із законодавством країн Європейського Союзу. Крім того, розвиток зовнішньоекономічних зв'язків між суб'єктами господарювання різних рівнів значно активізує цю потребу гармонізації. Можна зазначити, що і для самого європейського співтовариства ці процеси гармонізації та уніфікації права країн-учасниць є досить характерними. Запровадження у вітчизняну правову систему міжнародно-правових стандартів передбачає не тільки вивчення закономірностей розвитку світової правової системи, окремих правових «сімей», національних правових систем з урахуванням українських національних правових традицій, менталітету, правової доктрини, а й осмислення певної правової ідеології, яка супроводжує ці загальновизнані підходи.

Тривалий час радянська правова доктрина абсолютно відкидала можливість застосування таких оціночних категорій, як добросовісність, розумність, справедливість, у приватному праві, називаючи їх «каучуковими», «гумовими», такими, що призводять до безмежного судового розсуду, і зрештою — до свавілля у прийнятті рішень.

Як засвідчує багаторічна практика, небезпека «судового свавілля» у західних правових системах була значно перебільшена, нато-

міст ми маємо змогу констатувати, що наявність серед юридичного інструментарію категорій оціночного характеру, таких як «добрі звичаї», «добросовісність», «справедливість», надає судовим органам більше можливостей з'ясувати в повному обсязі фактичні обставини справи, особливості поведінки сторін і, насамкінець, встановити об'єктивну істину у справі. Відтак корисним є аналіз практики тих правових систем, де названі категорії не тільки прижилися, а й продукують позитивний досвід.

Таким яскравим прикладом може слугувати § 242 BGB (Німецький цивільний кодекс), який покладає на боржника обов'язок так здійснити свої обов'язки (виконати дії), як цього вимагає добросовісність з врахуванням «добрих звичаїв» цивільного обороту. Дослідники німецького цивільного права зазначають, що судова практика і доктрина сприйняли із § 242 BGB принцип, що визначає все правове життя, за яким кожен у здійсненні своїх прав і виконанні обов'язків повинен діяти за довірою і надійністю (добросовісно).

У межах зобов'язання засади добросовісності конкретизують як загальний обов'язок, що передбачає необхідність:

а) кожній стороні зробити все, що взаємно полегшить виконання зобов'язання, і уникати того, що може їх ускладнити або зробити такими, що не виконуватимуться;

б) уникати порушення прав іншої сторони, виходячи з орієнтації на рішення судової практики, на те, що кожна сторона повинна проявляти необхідне піклування щодо здоров'я та власності іншої сторони;

в) дійсно робити спільно все, що необхідно для досягнення мети договору;

г) давати необхідну інформацію про виконання первісних дій по реалізації зобов'язання.

Для того щоб визначити, чого вимагають «справедливість» і «розумність», слід звертатися до загальновизнаних принципів права, сучасних правових поглядів і враховувати реальні соціальні й приватні інтереси. Так, судова практика виходить з того, що суб'єкти права вступають у правовідносини, в яких домінують принципи «розумності» і «справедливості». Відтак сторони при веденні переговорів зобов'язані враховувати розумні інтереси один одного; всі контракти мають інтерпретуватися відповідно до принципів «розумності» і «справедливості». В рішенні у одній справі Верховний Суд Нідерландів заявив, що при інтерпретації умов контракту вирішальним фактором є не буквальний зміст умови, але «зміст, який сторони—учасниці контракту можуть на засадах взаємності надати угодам

відповідно до обставин, що склалися, і те, що вони можуть розумно очікувати один від одного в зв'язку з цим».

Оскільки частина 3 ст. 509 нового ЦК передбачає, що зобов'язання має ґрунтуватися на засадах добросовісності, розумності і справедливості, наведений аналіз застосування цих категорій в іноземному законодавстві, судовій практиці, доктрині має неабиякий практичний інтерес. Слід зазначити, що останнім часом ці важливі фундаментальні засади цивільного права все частіше стають предметом самостійних наукових досліджень.

Так, російський цивіліст В. І. Ємельянов виходить з того, що розумними слід вважати дії, які вчинила б людина, що має нормальний, середній, рівень інтелекту, знань та життєвого досвіду. Абстрактна особа, наділена такими властивостями, може бути названа розумною людиною. Юридично значимою якістю, критерієм правомірності актів психічної (розумне передбачення, розумне розуміння) або фізичної (розумні заходи, розумне ведення справ) діяльності реального суб'єкта в передбачених законом випадках є її відповідність можливій поведінці розумної людини в конкретній ситуації.

На відміну від добросовісності, яка є характеристикою совісті людини, обтяженою чи необтяженою знанням про можливе заподіяння шкоди іншій особі, розумність характеризує об'єктивну сторону її дій. Якщо виявиться, що вони менш корисні або більш шкідливі для зазначеної в законі особи (найчастіше ними є контрагент у зобов'язальному правовідношенні), ніж дії в тій же ситуації розумної людини, це означає, що вимоги розумності не були дотримані.

Беззаперечно, що сучасна цивільно-правова доктрина має відреагувати на закріплення в ЦК нових принципів цивільного (в тому числі і зобов'язального) права ґрунтовними дослідженнями, які озброять судову практику методологією розуміння і застосування категорій добросовісності, розумності, справедливості.

Важливим для загальної характеристики принципів договірного права є питання про принципи належного і реального виконання зобов'язань. У літературі з цього приводу обґрунтовується висновок, що принцип належного виконання зобов'язань, як і в попередньому законодавстві, зберігає своє важливе значення і відповідно до ст. 526 ЦК передбачає виконання зобов'язання згідно з умовами договору, вимог ЦК та інших нормативно-правових актів цивільного законодавства, а за відсутності таких умов та вимог — відповідно до звичаїв ділового обороту або інших вимог, що звичайно ставляться.

Стосовно принципу реального виконання зобов'язання, то, на відміну від його ролі в плановій економіці, в умовах ринкового

ведення господарства значення цього принципу поступово зменшується.

Дискусійною в літературі залишається проблема співвідношення принципів належного і реального виконання договірних зобов'язань. З цього приводу можна погодитися з точкою зору М. І. Брагінського, який зауважив, що, хоча реальне виконання і належне виконання тісно пов'язані між собою, вони є явищами різноплощинними. У першому проявляється сутність виконання як здійснення певної дії, а у другому — якісна характеристика дії (або утримання від дії). Перевіряючи, чи виконав боржник зобов'язання, ставлять перед собою два самостійні запитання: чи вчинила особа дію, яка є об'єктом відповідного правовідношення (чи дотримана вимога реального виконання), і яким чином ця дія вчинена (чи дотримана вимога належного виконання)?

Як бачимо, інститут договірного права в новому Цивільному кодексі, з огляду на його основні засади і принципи, ставить перед цивільно-правовою доктриною нові методологічні проблеми, які викликають необхідність творчого переосмислення поглядів та концепцій, що склалися за умов планового ведення господарства, зумовлюють потребу врахування позитивного зарубіжного досвіду, яка продиктована процесом приєднання України до європейських правових стандартів і тенденцією гармонізації українського законодавства з правом європейського співтовариства. Водночас розуміння цих принципів, їх адекватне і ефективне використання мають сприяти реалізації і захисту суб'єктивних прав учасників приватноправових відносин, формуванню стабільної судової практики в цій сфері.

Підготовлений навчальний посібник є першою спробою в українській цивілістичній науці висвітлити загальнонаукові засади договірного права, його структурну побудову, місце в ньому договору, а також проаналізувати окремі види поіменованих та непоіменованих договорів. У ньому також аналізується судова практика застосування нового ЦК в договірній сфері. Він буде сприяти більш ефективній підготовці студентів в оволодінні договірним правом як механізмом функціонування ринкової економіки, а також буде корисним багатьом категоріям практикуючих юристів. Врешті, він буде сприяти активізації комплексних досліджень проблем договірного права.

Наталія Кузнєцова,
доктор юридичних наук, професор,
академік Академії правових наук України,
Заслужений діяч науки і техніки України

Розділ I

ЗАГАЛЬНІ ПРАВОВІ ЗАСАДИ ІНСТИТУТУ ДОГОВІРНОГО ПРАВА

Глава 1 ПОНЯТТЯ ТА ЗМІСТ ДОГОВІРНОГО ПРАВА

§ 1. Загальні положення про правочини

Оскільки кожний цивільний договір є правочином, відповідно на нього мають поширюватися відповідні правила про правочини. Відправним моментом у розумінні правочину є положення ч.1 ст. 202 ЦК України, згідно з яким правочином є дія особи, спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Власне майже таке саме визначення угоди було закріплено в ст. 41 ЦК УРСР, яка передбачала, що угодами визначаються дії громадян і організацій, спрямовані на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. При цьому і в ЦК України, і в ЦК УРСР однозначно сформульованим є положення про те, що двосторонні та багатосторонні правочини (угоди) є **договорами**.

Главою 16 «Правочини» у новому ЦК врегульовано ті відносини, які в ЦК 1963 р. регулювалися нормами статей 41—61 глави 3 «Угоди».

Така новела обумовлена насамперед тим, що термін «угода» у філологічному розумінні тотожний термінам «договір», «домовленість» кількох осіб. Між тим, як відомо, в цивільному праві існує певна категорія односторонніх угод, для яких не є обов'язковою ознакою наявність домовленості між кількома особами (наприклад, довіреність, заповіт, гарантія, відмова від спадщини,

прийняття спадщини). Відтак дії особи відносно видачі довіреності, заповіту, гарантії юридично некоректно іменувати угодою. Некоректність визнання вищезазначених одноособових дій суб'єктів цивільного права угодами нівелювалася певною мірою віднесенням їх до категорії односторонніх угод. Однак навіть поділ угод на односторонні та багатосторонні (договори) повністю не усував нелогічності щодо визнання одноособових дій суб'єктів цивільного права угодами. Тому, на наш погляд, саме на усунення подібної правової колізії і спрямоване введення в ЦК нового терміна «правочин», який за своїм філологічним значенням не обумовлює обов'язкової домовленості кількох осіб.

Відповідно постає питання про доцільність такого нововведення та його правові наслідки. Однозначно позитивну відповідь на це питання дати досить важко. У новому ЦК Російської Федерації збережено звичний термін «сделка» (угода), що можна, зокрема, пояснити відсутністю в російській мові іншого вдалого адекватного терміна. Оскільки українська мова надає юристам можливість застосувати до правомірних дій однієї особи та погоджених дій кількох осіб новий адекватний термін «правочин», то його введення заслуговує на позитивну оцінку.

Разом з тим, не можна недооцінювати можливих проблемних наслідків введення категорії правочину, що може проявитися, зокрема, в неправильному застосуванні правових норм глави про правочини, а врешті, і в ігноруванні його застосування у правозастосовній діяльності.

Так, не сприйняв категорію правочину новий Господарський кодекс України, в якому перевага надана традиційним термінам «договір» та «угода» (статті 144, 174, 182, 267 ГК). У ньому взагалі відсутнє посилання на можливість застосування до господарських зобов'язань та господарських договорів безпосередньо норм ЦК України про правочини.

Однак і в новому ЦК термін «правочин» вживається досить рідко, не враховуючи главу 16. Так, у главі 26 «Право спільної власності» термін «правочин» вживається лише два рази, натомість перевага надається терміну «домовленість», який застосовується у даній главі 10 разів, хоча в цих випадках більш доречним є вживання термінів «правочин» або «договір». Між тим, загальновідомо, що поняття «домовленість» не завжди тотожне поняттям «угода», «правочин», «договір», оскільки домовленість характеризує дії осіб, які у багатьох випадках не набувають цивілістичного значення.

Термін «правочин» не набув широкого застосування і у Книзі V «Зобов'язальне право». Тут йому знайшлося місце в основному в главі 57 у статтях 512, 513, 521, 532, а також у деяких статтях наступних глав, зокрема у ст. 661. У зв'язку з цим не може не викликати

інтересу визначення поняття договору. Відповідно до ст. 626 ЦК України «договором є домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків». З наведеного визначення може скластися враження, що договір начебто не є правочином, що насправді, безумовно, не так, оскільки кожен договір є правочином, або угодою за ЦК УРСР. Але так чи інакше наведене визначення поняття договору певною мірою не узгоджується зі змістом ст. 202 ЦК України, згідно з якою дія особи, спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків, є правочином, а не домовленістю.

Водночас не можна не зазначити, що термін «угода» не зник повністю з нового ЦК. Так, відповідно до ст. 1267 ЦК України, спадкоємці можуть змінити розмір частки у спадщині за усною угодою щодо рухомого майна або за письмовою угодою щодо нерухомого майна або транспортних засобів.

Не вносять однозначності у вирішення проблеми співвідношення понять правочину, угоди та договору і норми нового Сімейного кодексу України. Так, у главах 8 і 10 СК домінуючими є терміни «договір», «шлюбний договір» і відсутній термін «правочин». Як і у ЦК, так і в СК використовується не досить вдалий термін «домовленість» (статті 63, 70). Проте в СК широко застосовується нова форма регулювання майнових відносин між подружжям. Так, відповідно до нового СК, подружжя «може домовитися» між собою про порядок користування майном (ст. 66); про порядок поділу майна (ст. 71); про припинення права на утримання (ст. 89); про надання утримання одному з подружжя (ст. 99). Наведені юридичні конструкції щодо регулювання майнових відносин між подружжям є юридично некоректними, оскільки вони не розкривають правової природи таких правовідносин. Безумовно, тут можна припустити, що якщо подружжя «домовилося» щодо правового режиму того чи іншого спільного чи роздільного майна, то тут матиме місце правочин (угода за ЦК 1963 р.), який водночас має ознаки договору.

Нарешті, в СК в одному випадку знайшлося також місце терміну «угода». Відповідно до ст. 100 СК, «угода про зміну шлюбного договору нотаріально посвідчується».

Таким чином, у ЦК, в ГК та в СК не завжди послідовно й узгоджено застосовуються такі юридичні категорії, як правочин, угода, договір, а відтак постає питання про принципи їх застосування в судовій, нотаріальній практиці та іншій правозастосовній діяльності.

На наш погляд, вирішення цієї проблеми може бути здійснене таким чином. Базовим критерієм тут має слугувати положення ст. 11 ЦК про те, що підставами виникнення цивільних прав та обов'язків,

зокрема, є договори та інші правочини. Формально серед цих підстав не зазначені ні угоди, ні так звані «домовленості». Однак не можна не зважати на те, що численні спеціальні закони, нормативно-правові акти містять посилання на угоди в розумінні договорів, а також на те, що розглядувані терміни стали звичними для населення і правознавців. Тому необхідно сприйняти таку концепцію співвідношення зазначених термінів.

1. Двосторонні й багатосторонні правочини є договорами і водночас угодами.

2. Договори й угоди — тотожні поняття.

3. Термін «домовленість» необхідно розуміти як договір чи угоду, якщо такої домовленості досягнуто з дотриманням вимог, встановлених для укладання договору.

Таким чином, не кожний правочин є договором (угодою), а лише той, який опосередковує обопільну домовленість двох чи більше осіб, спрямовану на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Тому не можна повністю погодитися з тими юристами, які стверджують, що в новому ЦК поняття «правочин» застосовано у значенні, тотожному поняттю «угода»[1].

Не належить до категорії правочинів (угод) статут юридичної особи, на що звернула увагу Судова палата у господарських справах Верховного Суду України у своїй постанові від 25 березня 2002 р. у справі за прозовом ВАТ «Електроприладпостач» до ЗАТ «Екологооохоронна фірма «Креомафарм», Жовтневої райдержадміністрації м. Києва про визнання недійсними статуту та державної реєстрації. Це означає, що статут не може визнаватися недійсним за правилами недійсності правочинів (угод). Очевидно статут можна розглядати як локальний праворегулюючий акт.

Правочин як юридичний факт є лише однією з підстав виникнення, зміни чи припинення цивільних правовідносин, передбачених законом. У системі таких юридичних фактів правочини посідають особливе місце, вирізняючись серед них своїми специфічними ознаками. Правочинам, на відміну від деяких інших підстав виникнення цивільних прав та обов'язків (наприклад, юридичних та фактичних вчинків, заподіяння шкоди) притаманне правомірне вольове вчинення особою, яка має належний статус суб'єкта цивільного права, юридичних дій, спрямованих на свідоме створення конкретного цивільного правового результату для себе або інших осіб. Правомірність правочину означає, що він не містить порушень вимог закону, загальних та спеціальних законодавчих заборон.

---

[1] Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар / За заг. ред. Я. М. Шевченко. — К., 2004. — Ч. 1. — С. 283.

Суб'єктом правочину може бути будь-який суб'єкт цивільного права, який має достатні правоздатність та дієздатність.

Вольова спрямованість правочину характеризує внутрішнє суб'єктивне бажання особи, що реалізується через відповідну об'єктивно виражену форму виявлення (складання заповіту, прийняття спадщини, складання довіреності, підписання договору тощо). У правочині зовнішнє волевиявлення має бути адекватним внутрішній волі особи. Воля особи має бути спрямована на досягнення відповідного юридичного наслідку. Тому не можуть розглядатися як правочини ті фактичні дії (вчинки) особи, які не призводять безпосередньо до виникнення, зміни чи припинення цивільних прав та обов'язків. Так, не можуть розглядатися як правочини в розумінні ст. 202 ЦК України фактичні дії особи з керування автомашиною, виготовлення для власних потреб речі, споживання продуктів харчування, сама по собі виробнича діяльність підприємства, оскільки ці дії, як правило, спрямовані на досягнення конкретного економічного, а не юридичного результату. В цих випадках такі фактичні дії (вчинки) також інколи можуть породжувати певні цивільні права й обов'язки (наприклад, право власності на новостворювану річ).

Відмежування правочинів від інших юридичних актів (подій, фізичних дій і вчинків, правопорушень) має істотне практичне значення, оскільки законом встановлюється різний режим породжуваних ними правовідносин.

У ч. 2 ст. 202 ЦК України здійснено загальновизнаний у цивільно-правовій науці та практиці поділ усіх правочинів на односторонні та двосторонні чи багатосторонні, які є договорами. Такий поділ правочинів поставлено в залежність від того, скільки осіб (суб'єктів цивільних правовідносин) вчиняють дії, спрямовані на виникнення, зміну чи припинення цивільних правовідносин — одна, дві чи більше.

Односторонніми правочинами вважаються: видача довіреності, прийняття чи збереження виготовленої речі, повідомлення одним співвласником інших співвласників про продаж своєї частки у спільній власності, пропозиція щодо продажу майна, публічна обіцянка винагороди за віднайдення згубленої речі, публічне оголошення конкурсу на створення скульптури, художнього твору, складення заповіту, прийняття спадщини та відмова від неї і т.п. Незважаючи на односторонній характер дій особи, вони можуть породжувати певні правові наслідки як для цієї особи (наприклад, прийняття спадщини спадкоємцем призводить до виникнення в нього права власності на спадщину), так і в інших осіб (наприклад, видача довіреності надає відповідні повноваження представникові, заповіт може привести до виникнення у спадкоємців прав на спадщину, у зберігача знай-

деного майна виникає право вимагати від власника відшкодування витрат на зберігання, в останнього — обов'язок виконати дану вимогу). Таким чином, правочин вважається одностороннім у тому разі, якщо до виникнення цивільних прав та обов'язків приводить волевиявлення одного суб'єкта цивільного права.

У багатьох випадках для виникнення цивільних прав та обов'язків необхідне зустрічне (взаємне) волевиявлення двох чи більше осіб. У таких випадках матимуть місце двосторонній або багатосторонній правочини, які в цивільному праві іменуються договором. Переважна частина правочинів у цивільних правовідносинах є двосторонніми, тобто такими правочинами (угодами), яким притаманна наявність взаємоузгодженого волевиявлення двох осіб, спрямованого на виникнення єдиного правового результату, покликаного забезпечити реалізацію обопільної чи самостійної мети кожної з цих осіб. Так, для виникнення правовідношення купівлі-продажу необхідне волевиявлення однієї особи (продавця) на продаж належного їй майна та волевиявлення іншої особи (покупця) на придбання цього майна за плату. При цьому продавець і покупець мають різну мету. Якщо для продавця головний інтерес становить отримання відповідної грошової суми, то для покупця — одержання бажаного майна у власність для задоволення своїх відповідних потреб.

Двосторонні правочини (договори) не завжди відзначаються гармонізованістю та абсолютною узгодженістю волі кількох осіб, адже, наприклад, у договорі купівлі-продажу продавець прагне продати за найвищу ціну, а покупець прагне придбати якнайдешевше.

Багатосторонніми вважаються ті правочини (угоди), при укладенні яких взаємне волевиявлення проявляють три й більше осіб. Водночас усі багатосторонні правочини є договорами. В цивільному праві багатосторонніх правочинів (договорів) нараховується небагато. Найбільш поширеними є правочини (договори) про спільну діяльність. Певною мірою такими є установчі договори, в яких беруть участь три й більше засновників. Однак не завжди багатосторонній правочин є багатостороннім договором. Наприклад, не є багатостороннім договором правочин (угода) купівлі-продажу, в якому на стороні продавця і покупця виступають по кілька осіб (співпродавців і співпокупців), оскільки тут так чи інакше мають місце два зустрічні волевиявлення двох сторін за участю кількох суб'єктів, тобто волевиявлення кількох осіб на стороні продавця та зустрічне волевиявлення кількох осіб на стороні покупця.

Цивілістична наука на основі аналізу законодавства здійснює поділ правочинів і за іншими правовими ознаками.

Так, правочини поділяються на **оплатні** й **безоплатні**. Оплатними є двосторонні та багатосторонні правочини, в яких кожна зі сторін зобов'язана надати одна одній певне майнове благо. Переважна частина правочинів-договорів є оплатними (договори купівлі-продажу, поставки, міни, майнового найму, підряду тощо). При цьому ч. 5 ст. 626 ЦК України передбачає презумпцію оплатності договору, якщо інше не встановлено договором, законом або не випливає із суті договору.

Безоплатними вважаються ті правочини, в яких хоча й передбачається перехід від однієї сторони до іншої майнового блага, але він не супроводжується передачею зустрічного майнового блага (наприклад, договори дарування, безоплатного користування майном).

Певна категорія правочинів залежно від розсуду сторін або прямих застережень закону можуть бути оплатними або безоплатними (договори позики, уступка права вимоги, переві боргу, доручення, зберігання). Причому може встановлюватися презумпція оплатності або презумпція безоплатності.

Залежно від способу завершення укладення правочинів та виникнення у сторін відповідних прав та обов'язків вони поділяються на **консенсуальні** й **реальні**. У ЦК закладені відповідні критерії для такої класифікації правочинів (договорів). Згідно зі ст. 638 ЦК договір є укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору. Але, якщо відповідно до акта цивільного законодавства для укладення договору необхідні також передання майна або вчинення іншої дії, договір є укладеним з моменту передання відповідного майна або вчинення певної дії.

Таким чином, до консенсуальних належать правочини, які вважаються укладеними з моменту досягнення згоди щодо всіх істотних умов договору, необхідних для того чи іншого конкретного правочину (договори купівлі-продажу, міни, майнового найму, підряду та ін.). Визнання правочину консенсуальним надає стороні право вимагати від іншої сторони обумовлених домовленістю дій (передачі майна, оплати грошової суми, надання відповідної послуги тощо). Для укладення реального правочину недостатньо досягнення згоди щодо істотних умов. Такий правочин вважається укладеним, якщо буде вчинено також певну фактичну дію, спрямовану на виконання стороною свого договірного обов'язку (передати річ, сплатити грошову суму). Класичними прикладами реальних правочинів є договори дарування, позики. Однак чинний ЦК України (ст. 736) не містить імперативного правила про реальний характер договору дарування, на відміну від ст. 243 ЦК України 1963 р., в якій було прямо записано, що договір дарування вважається укладеним з моменту передачі майна обдарованому. Реальними можуть вважатися,

зокрема, договір страхування (ст. 983), договір позики (ст. 1046), договір банківського (депозитного) вкладу (ст. 1058).

У правозастосовчій практиці необхідно також враховувати, що частина правочинів-договорів є такими, окремі різновиди яких можуть бути консенсуальними або реальними (наприклад, договори дарування, зберігання, перевезень, страхування)[1].

За підставою (за метою досягнення юридичного результату) укладення правочинів вони поділяються на **каузальні** й **абстрактні**.

Каузальними є правочини, в яких безпосередньо визначена підстава їх укладення, обумовлена наміром (метою) досягти конкретного юридичного результату (придбати майно у власність, одержати майно в оренду, одержати грошові кошти в позику, дати підряднику замовлення на виготовлення речі та ін.). Переважна частина правочинів є каузальними. Відсутність у такому правочині визначення правової підстави його укладення (наприклад, відсутність у розписці про одержання коштів застереження щодо мети їх одержання, відсутність у договорі про передачу однією стороною іншій застереження щодо мети такої передачі — на зберігання чи в тимчасове користування) унеможливлює встановлення його правової природи, а також може призвести до визнання його недійсним.

Абстрактними є правочини, які зберігають юридичну силу тоді, коли підстава їх укладення взагалі відсутня або коли вона не є обов'язковою (наприклад, вексель, банківська гарантія).

Юридичні особливості притаманні умовним правочинам, за якими виникнення прав та обов'язків перебуває в залежності від можливого настання чи ненастання тих чи інших обставин природного, комерційного та іншого характеру. Умовні правочини можуть укладатися під відкладальною умовою, настання якої призводить до вступу в дію умов правочину, та під скасувальною умовою, настання якої припиняє настання обумовлених сторонами правових наслідків.

Відповідно до ч. 1 ст. 203 ЦК зміст правочину не може суперечити цьому Кодексу, іншим актам цивільного законодавства, а також моральним засадам суспільства, а також відповідати іншим вимогам цієї статті.

Будь-який правочин має набути чинності, тобто набрати юридичної сили. Для цього він має відповідати вимогам, встановленим законом. У ст. 203 ЦК перераховані лише загальні вимоги до чинності правочину, що стосуються правомірності його змісту, дієздатності сторін, волевиявлення сторін, форми укладеного правочину, реальності передбачуваних правових наслідків, дотримання батьками

[1] Більш детально про консенсуальність і реальність договорів див. § 2 цієї праці.

прав та інтересів їх малолітніх, неповнолітніх чи непрацездатних дітей. Іншими словами, щоб правочин вважався чинним, а відповідно і правомірним, при його вчиненні мають бути дотримані такі умови, як: законність змісту правочину; наявність у сторін (сторони) необхідного обсягу дієздатності; наявність об'єктивно вираженого волевиявлення учасника правочину та його відповідність внутрішній волі учасника правочину; відповідність форми вчиненого правочину вимогам закону; спрямованість волі учасників правочину на реальне досягнення обумовленого ним юридичного результату; відсутність спрямованості у вчинюваному батьками правочині на порушення прав та інтересів їхніх малолітніх, неповнолітніх чи непрацездатних дітей. У разі недотримання перерахованих вимог правочин є недійсним або може бути визнаний недійсним у порядку, встановленому цим Кодексом.

Зміст правочину (його умови) насамперед не повинен суперечити вимогам як ЦК, так і інших актів цивільного законодавства, наприклад Законам України «Про захист прав споживачів», «Про цінні папери і фондовий ринок», які переважно є актами цивільного законодавства. Однак у правовій системі України функціонує значна кількість законів іншої галузевої приналежності, а також законів комплексного правового характеру, що містять різногалузеві норми (Земельний кодекс України, Сімейний кодекс України, Митний кодекс України, Повітряний кодекс України, Кодекс торговельного мореплавства, Господарський кодекс України, Закон України «Про зовнішньоекономічну діяльність» та ін.). Вчинювані правочини не повинні також суперечити положенням і цих законодавчих актів, незважаючи на те, що за частиною 1 ст. 203 ЦК правочини мають відповідати лише ЦК та іншим актам цивільного законодавства. У зв'язку з цим варто зауважити, що за проектом ЦК (ст. 194) в редакції 1997 р. вони мали б відповідати також «іншим правовим актам». Отже, зміст правочинів, відповідно до п. 1 ст. 203 ЦК, не повинен порушувати положень як законів, так і інших нормативно-правових актів, прийнятих на основі Конституції України.

У частині 1 ст. 48 ЦК 1963 р. передбачалося, що недійсною є та угода, яка не відповідає вимогам закону. Однак у судовій практиці давалося розширене тлумачення терміна «закон», суди визнавали недійсними й ті угоди, які не відповідали вимогам підзаконних нормативних актів (п. 5 постанови Пленуму ВСУ «Про судову практику в справах про визнання угод недійсними» від 28 квітня 1978 р. № 3).

У статті 203 ЦК не розкривається зміст «моральних засад суспільства», яким має відповідати правочин, що є певною законодавчою прогалиною. Однак у будь-якому разі необхідно уникати роз-

ширеного тлумачення цього поняття, адже це може призвести до довільного визнання недійсним правочину, в якому поведінка його учасників не містить ознак істотної суспільної небезпеки. За таких обставин правочин, який суперечить моральним засадам суспільства, має вважатися не чинним, якщо ці моральні засади у прямій чи загальній формі знайшли своє нормативне закріплення, наприклад, як це передбачено у Конституції України, ЗУ «Про захист суспільної моралі».

Вчиняти правочини мають право суб'єкти цивільних прав. Таке право становить елемент їх правового статусу. Як відомо, дієздатність суб'єктів цивільного права не завжди є абсолютною (повною). Так, повна дієздатність фізичних осіб наступає з 18 років. Дієздатність юридичних осіб у певних сферах підприємницької діяльності виникає лише після отримання у встановленому порядку відповідної ліцензії. Дієздатність юридичних осіб може обмежуватися законом (наприклад, юридичних осіб, утворених об'єднаннями громадян, політичними партіями) або засновниками юридичних осіб відповідно до установчих документів. Відсутність в учасника правочину достатньої дієздатності може перешкодити настанню за правочином очікуваного правового результату, в тому числі призвести до визнання його недійсним.

Будь-який правочин реалізується суб'єктом через його відповідне зовнішнє волевиявлення. Однак форма зовнішнього волевиявлення може виявитися неадекватною внутрішній волі суб'єкта правочину внаслідок неправомірних дій контрагента чи третіх осіб, внаслідок юридично значущої помилки у сприйнятті суб'єктом правочину його очікуваного юридичного результату. За таких обставин дії особи не можуть об'єктивно відображати внутрішню волю суб'єкта цивільних правовідносин досягти бажаного юридичного результату. Тому в ч. 3 ст. 204 ЦК законодавець прямо передбачає, що волевиявлення учасника правочину має бути вільним і відповідати його внутрішній волі. Правові наслідки недотримання цієї вимоги закону передбачені статтями 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235 ЦК.

Закон передбачає вчинення правочинів в усній або письмовій формі (ст. 206 ЦК). Окремі правочини, вчинювані в письмовій формі, потребують нотаріального посвідчення, а також спеціальної державної реєстрації. Вимоги закону щодо необхідності вчинення правочинів у певній формі спрямовані сприяти фіксації волевиявлення суб'єкта правочину, що зрештою у разі судового спору забезпечить доказовість реального існування між сторонами відповідного правовідношення та реальність їхніх взаємних обов'язків та вимог. Форма правочинів визначається ЦК (статті 205, 206, 207, 208, 209) та

іншими законодавчими актами, зокрема Земельним кодексом України, Сімейним кодексом України, законами про приватизацію державного майна. Правові наслідки недотримання вимог щодо форми правочину встановлені статтями 218—220 ЦК.

Оскільки правочин є дією особи, спрямованою на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків, то завідома на момент вчинення правочину об'єктивна неможливість настання правового результату не породжує у сторін тих чи інших прав та обов'язків. Однак не є такими правочини, за якими реальність настання правових наслідків поставлено в залежність від поведінки учасників чи інших обставин (наприклад, договір поставки щодо продукції, яка виготовлятиметься в майбутньому, заповіт як щодо наявного в заповідача майна, так і щодо такого, яке набуватиметься до моменту смерті спадкодавця).

Законодавець встановлює підвищену правову охорону прав та інтересів соціально вразливої категорії фізичних осіб. При цьому положення ч. 6 ст. 203 ЦК забороняє батькам (усиновлювачам) вчиняти правочини, що стосуються як конкретного суб'єктивного права, належного малолітнім, неповнолітнім чи непрацездатним дітям (наприклад, права власності на житловий будинок), так і тих їх інтересів, що обумовлюють їх особливий правовий статус (наприклад, неправомірними мають вважатися правочини батьків, що перешкоджають належному вихованню та навчанню дітей). При вчиненні таких правочинів батьки (усиновлювачі) мають дотримуватися як відповідних положень ЦК, так і інших законодавчих актів, наприклад СК України, ЗУ «Про охорону дитинства».

Оскільки батьки (усиновлювачі) відповідно до ст. 242 ЦК є законними представниками своїх малолітніх та неповнолітніх дітей, то вони мають вчиняти правочини в інтересах останніх з урахуванням правил про представництво.

Відповідно до статей 180, 198 СК України батьки зобов'язані утримувати своїх неповнолітніх дітей до досягнення ними повноліття, а також повнолітніх непрацездатних дітей, які потребують матеріальної допомоги, якщо вони можуть таку допомогу надавати. Тому правочини батьків, спрямовані на ухилення від виконання цих обов'язків також мають вважатися неправомірними.

Правові наслідки неправомірного правочину визначаються правилами статей 215—235 та інших статей ЦК, а також положеннями інших законодавчих актів, зокрема ГК України, СК України, ЗК України.

У ст. 204 ЦК проголошується презумпція правомірності правочину. Усі інші треті особи, у тому числі державні органи, не можуть нехтувати правами і обов'язками, що виникли в учасників тако-

го правочину, а відтак не повинні порушувати ці права та не перешкоджати здійсненню їх обов'язків. Однак така презумпція може бути спростована у двох випадках.

По-перше, неправомірними мають вважатися такі правочини, які за своїм змістом, формою чи іншими елементами в імперативній формі визнаються законом недійсними з моменту їх вчинення (нікчемні правочини). Нікчемними, зокрема, є правочини щодо забезпечення зобов'язань, вчинені без додержання письмової форми (ст. 547 ЦК), правочини, вчинені з порушенням вимог закону про нотаріальне посвідчення (ст. 220 ЦК).

По-друге, вважатимуться неправомірними також ті правочини, недійсність яких встановлюється судом на вимогу заінтересованої особи у встановлених законом випадках (оспорювані правочини). Такими, зокрема, є правочини, вчинені малолітніми та неповнолітніми особами за межами їхньої цивільної дієздатності (статті 221—222 ЦК), недієздатними особами (ст. 227 ЦК), під впливом помилки, обману чи насильства (статті 229—231 ЦК).

Відповідно до ч. 4 ст. 203 ЦК загальною умовою чинності правочину є його вчинення у формі, встановленій законом. Стаття 205 ЦК розкриває зміст об'єктивного вираження цієї форми, яка врешті одночасно відображає способи зовнішнього волевиявлення суб'єкта правочину.

Законодавець передбачає дві форми вчинення правочину: усну й письмову. В тих випадках, коли закон не встановлює обов'язковість певної форми, сторони можуть обирати її на власний розсуд. При цьому маються на увазі випадки, передбачені законом, а не іншими нормативно-правовими актами.

Важливе значення має правильне визначення моменту завершення вчинення правочину, оскільки саме цей момент фіксує настання бажаних правових наслідків. При письмовому оформленні правочину таким моментом може бути скріплення на відповідному письмовому документі підписом учасника зафіксованих у ньому необхідних для настання правових наслідків умов. Якщо ж для даного правочину письмова форма є необов'язковою, він може вважатися вчиненим за умови вчинення сторонами таких дій, що засвідчують їхню волю до настання бажаного правового результату. Такі дії у цивілістичній науці прийнято називати конклюдентними. Наприклад, правочин щодо прийняття спадщини вважатиметься укладеним не лише в разі письмової заяви спадкоємців про її прийняття, а й за умови здійснення фактичних дій, спрямованих на прийняття спадкового майна (для спадкоємців, які постійно проживали разом із спадкодавцем). Правочин щодо зберігання майна вважатиметься

укладеним з моменту видачі жетона гардеробником театру на підтвердження прийняття на зберігання одягу відвідувача.

Частина 3 ст. 205 ЦК допускає також можливість у випадках, передбачених договором або законом, висловлювати свою волю мовчанням. Наприклад, відповідно до ст. 764 ЦК і ст. 17 ЗУ «Про оренду державного та комунального майна», в разі користування майном після закінчення терміну договору майнового найму (оренди) та відсутності заперечень з боку наймодавця (орендодавця) впродовж одного місяця після закінчення строку договору його дія вважається поновленою на попередній термін.

Законодавець передбачає коло правочинів, які можуть вчинятися в усній формі (ст. 206 ЦК). Такими насамперед є правочини, які виконуються сторонами у повному обсязі в момент їх вчинення (укладення). Це правило також стосується правочинів фізичних осіб з юридичними та правочинів фізичних осіб між собою на суму, що у двадцять і більше разів перевищує розмір неоподатковуваного мінімуму доходів громадян (частини 2, 3 ст. 208 ЦК). Однак наведене правило не застосовується до правочинів, що потребують: а) обов'язкового нотаріального посвідчення; б) державної реєстрації; в) обов'язкового письмового оформлення під страхом їхньої недійсності.

Оскільки чинне законодавство встановлює спеціальний режим обліку руху грошових коштів та інших фінансово-господарських операцій, у ч. 2 ст. 206 ЦК встановлюється спеціальне правило про те, що юридична особа, яка оплатила товар чи послуги за усною угодою з другою стороною, має отримати документ, що підтверджує підставу та суму платежу. Це може бути чек, квитанція, ордер, розписка тощо.

Укладення правочину не є самоціллю. Важливим елементом є його виконання, для чого може виникнути потреба в укладенні додаткових правочинів. Тому законодавець робить спеціальне застереження про те, що правочини на виконання договору, укладеного в письмовій формі, можуть за домовленістю сторін укладатися усно, але якщо це не суперечить договору або закону. Так, на виконання письмово укладеного договору купівлі-продажу сторони мають право усно визначити порядок вручення покупцеві проданої речі, вид транспортного засобу для її перевезення тощо.

У статті 207 ЦК встановлюються вимоги до письмової форми правочину та розкривається поняття письмової форми правочину, який проявляється в конкретних способах його об'єктивного вираження та процедурі підтвердження достовірності письмового оформлення волевиявлення належними учасниками правочину.

Передбачається два способи письмового оформлення правочину. Письмовою формою вважатиметься таке оформлення правочину, яке забезпечує фіксацію змісту правочину в одному документі (довіреності, заповіті, договорі, розписці про одержання грошових коштів у позику, підписаній обома сторонами, тощо) або в кількох документах (довідка-рахунок на придбання в магазині автомобіля та касовий чек про оплату його вартості), в листах, телеграмах, якими обмінялися учасники правочину. У ЦК у окремих нормах прямо передбачаються спеціальні способи оформлення правочинів, прирівнювані до письмової форми. Наприклад, за ст. 937 ЦК письмова форма договору зберігання буде вважатися дотриманою, якщо прийняття речі на зберігання посвідчене розпискою, квитанцією або іншим документом, підписаним зберігачем. Воля сторін на укладення правочину може бути виражена також за допомогою телетайпного, електронного або іншого технічного засобу зв'язку, але за умови наявності достатніх ознак їх приналежності стороні даного правочину. Основні правові засади електронного документообігу, у тому числі в сфері договірних відносин, визначаються ЗУ «Про електронні документи та електронний документообіг». Не допускається вчинення у електронній формі, зокрема такого правочину, як вексель (ст. 5 ЗУ «Про обіг векселів в Україні»).

Для письмового правочину недостатньо викласти його зміст у відповідному документі з дотриманням існуючих правил правопису та філології. Сформульований текст обов'язково має бути підписаний його стороною (сторонами). Під підписанням правочину необхідно розуміти скріплення тексту оригінальною позначкою, притаманною лише даній особі. Відповідно до ст. 5 Конвенції Організації Об'єднаних Націй «Про міжнародні переказні векселі і міжнародні прості векселі» від 9 грудня 1988 р. підпис означає власноручний підпис, або його факсиміле, або інше еквівалентне посвідчення автентичності інших засобів, а підроблений підпис означає підпис, зроблений шляхом неправомірного використання зазначених засобів. Законами України «Про електронний цифровий підпис» та «Про електронні документи та електронний документообіг» визначаються правовий статус та порядок використання електронного цифрового підпису.

Спеціальні вимоги встановлюються для письмових правочинів юридичних осіб. Вони мають бути підписані особами, уповноваженими на це установчими документами юридичної особи (головою правління, президентом, директором тощо), довіреністю, законом або іншими актами цивільного законодавства, та скріплюються печаткою. На відміну від нового ЦК, ЦК 1963 р. (ст. 44) вимагав для

письмових угод лише підпису осіб, які їх укладали. Певні особливості має укладення банківських правочинів (операцій)[1].

Для правочину, вчинюваного фізичною особою чи громадянином-підприємцем, достатньо їхнього особистого підпису.

Вчинення правочинів із застосуванням факсимільного відтворення підпису за допомогою засобів механічного або іншого копіювання, електронно-числового підпису або іншого аналога власноручного підпису можливе лише у випадках, встановлених цивільним законодавством або за наявності письмової згоди сторін із зафіксованими в ній зразками відповідного аналога їхніх власноручних підписів. Так, ЗУ «Про обіг векселів в Україні» передбачено правило про обов'язковість власноручного підпису (ст. 5). Така пересторога покликана унеможливити зловживання у використанні факсимільного відтворення підпису.

Як і в ЦК 1963 р., в новому ЦК (але з деякими редакційними особливостями) визначені умови вчинення письмових правочинів фізичними особами, які внаслідок хвороби або фізичної вади не можуть підписатися власноручно. В таких випадках на прохання особи, яка не може вчинити підпис, письмовий правочин в її присутності може підписати визначена нею інша особа. При цьому підпис визначеної особи на тексті, що посвідчується нотаріально, засвідчується нотаріусом або іншою уповноваженою на вчинення нотаріальної дії особою, із зазначенням причин неможливості підписання тексту суб'єктом правочину у встановленому законом порядку (див., наприклад, статті 1248—1253 ЦК, ст. 45 ЗУ «Про нотаріат»).

Підпис обраної стороною особи на тексті правочину, який не потребує нотаріального посвідчення (наприклад, певних видів довіреності) може бути засвідчений відповідною посадовою особою за місцем роботи, навчання, проживання або лікування суб'єкта правочину (ст. 245 ЦК). Такими посадовими особами можуть бути, зокрема, керівники організацій різних форм власності, керівник житлово-комунального підприємства, голова правління житлово-будівельного чи житлового кооперативу, головний лікар медичного закладу.

Обрана суб'єктом правочину інша особа виконує лише технічну функцію підписання тексту правочину, а відтак не набуває внаслідок цього прав та обов'язків за цим правочином.

У статті 208 ЦК визначаються випадки, в яких укладення правочину в письмовій формі є обов'язковим. При цьому мається на увазі проста (звичайна) письмова форма. За загальним правилом у письмовій формі мають вчинятися всі правочини між юридичними

[1] *Безклубий І. А.* Банківські правочини. — К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2007. — 456 с.

особами, незалежно від виду правочину та сфери його застосування, а також незалежно від організаційно-правової форми юридичної особи та форми власності.

У письмовій формі належить оформляти правочини, якщо хоча б однією стороною є фізична особа, а іншою є одна чи кілька юридичних осіб. Законодавець у цій статті спеціально не визначає форму угод за участю фізичних осіб, які мають статус суб'єктів підприємництва. Тому правочини за участю останніх з юридичними особами також мають оформлятися в письмовій формі. Коментоване правило не застосовується до правочинів, які можуть вчинятися усно відповідно до ч. 1 ст. 206 ЦК, тобто певних правочинів, які виконуються сторонами у момент їх вчинення.

З метою підвищення рівня захищеності фізичних осіб законодавець передбачає обов'язкову письмову форму для фізичних осіб між собою на суму, що у двадцять разів перевищує розмір неоподаткованого мінімуму доходів громадян, за винятком правочинів, вчинюваних усно відповідно до ч. 1 ст. 206 ЦК. Нині такий неоподаткований мінімум доходів громадян відповідно до Указу Президента України від 13 вересня 1994 р. складає 17 грн. Однак закон може передбачати випадки обов'язкової письмової форми правочинів на суму, нижчу зазначеного розміру (наприклад, щодо завдатку, уступки права вимоги та переводу боргу).

До інших правочинів, щодо яких закон вимагає письмового оформлення, зокрема належать: правочини щодо забезпечення виконання зобов'язання (ст. 547); договори дарування майнового права, дарування з обов'язком передати дарунок у майбутньому, дарування речей, які мають особливу цінність (частини 3, 4 ст. 719); договір ренти (ст. 732); договори найму транспортних засобів між юридичними особами (ст. 799); договір найму житла (ст. 811); певні види договору зберігання (ст. 937); договори страхування (ст. 981); договори управління рухомим майном (ст. 1031); договори позики на суму, що у 10 разів перевищує розмір неоподаткованого мінімуму доходів громадян (ст. 1047).

ЦК не встановлює загальнообов'язковості нотаріального посвідчення (нотаріальної форми) правочинів. Нотаріальне посвідчення правочину, вчиненого у письмовій формі, необхідне лише тоді, коли це прямо встановлено законом або передбачено домовленістю сторін (ст. 209 ЦК).

Випадки нотаріального посвідчення правочинів передбачені як ЦК, так і окремими законами. Так, обов'язкове нотаріальне посвідчення правочинів встановлено для: договору застави нерухомого майна (ст. 577); договорів купівлі-продажу земельної ділянки,

єдиного майнового комплексу, житлового будинку (квартири) або іншого нерухомого майна (ст. 657 ЦК); договорів дарування нерухомості й дарування валютних цінностей на суму, що перевищує 50-кратний розмір неоподатковуваного мінімуму доходів громадян (ст. 719); договорів найму будівлі або іншої капітальної споруди строком на один рік і більше (ст. 793); договорів найму транспортних засобів за участю фізичної особи (ч. 2 ст. 799); договорів управління нерухомим майном (ст. 1031); заповіту (ст. 1247 ЦК); договорів купівлі-продажу об'єктів приватизації (ст. 27 Закону України «Про приватизацію державного майна»); договорів купівлі-продажу земельних ділянок (ст. 128 ЗК); договорів оренди земельних ділянок (ст. 13 Закону України «Про оренду землі»); шлюбного договору (ст. 95 СК).

Нотаріальне посвідчення правочинів можуть вчиняти лише особи, які є нотаріусами, а також певними посадовими особами, визначеними нотаріальним законодавством. Наприклад, ч. 3 ст. 245 ЦК визначає перелік посадових осіб, які мають право посвідчувати довіреності, ст. 1252 ЦК визначає перелік посадових і службових осіб, яким надається право посвідчувати заповіти. В обох випадках перераховані правочини прирівнюються до нотаріально посвідчуваних.

Частина 4 ст. 245 ЦК надає право посвідчувати довіреності на одержання заробітної плати, стипендії, пенсії, аліментів, інших платежів та поштової кореспонденції посадовим особам організації, в якій довіритель працює, навчається, перебуває на стаціонарному лікуванні, або за місцем його проживання. Однак таке оформлення довіреності не прирівнюється до нотаріального посвідчення.

Порядок посвідчення правочинів визначається законодавством про нотаріат. Особа, яка посвідчує правочин, зобов'язана перед вчиненням посвідчувального напису перевірити його відповідність вимогам, встановленим ст. 203 ЦК. Після вчинення нотаріального посвідчення має діяти презумпція відповідності правочину цим вимогам, яка може бути спростована в судовому порядку.

Крім випадків обов'язкового посвідчення правочинів у силу безпосередніх вимог закону, у принципі будь-який інший правочин може бути посвідчений на вимогу фізичної або юридичної особи. При цьому нотаріус чи інша уповноважена особа не можуть відмовити в такому посвідченні, якщо не буде встановлена невідповідність правочину вимогам ст. 203 ЦК.

Окремі правочини вимагають не лише відповідної форми, а й водночас потребують державної реєстрації у випадках, передбачених законом. З державною реєстрацією правочину пов'язується настання

відповідних правових наслідків. Згідно з ч. 1 ст. 210 такий правочин має вважатися вчиненим з моменту його державної реєстрації. Однак статті глави 16 ЦК безпосередньо не передбачають недійсності конкретних видів правочинів, щодо яких не дотримані вимоги закону про державну реєстрацію. Тому вирішувати питання щодо правових наслідків порушення правил про державну реєстрацію правочину необхідно з урахуванням також тих положень закону, які безпосередньо визначають правочини, що потребують державної реєстрації.

На виконання вимог ЦК прийнято спеціальний ЗУ «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» від 1 липня 2004 р., яким врегульовано відносини, пов'язані з державною реєстрацією прав на нерухоме майно всіх форм власності, їх обмежень та правочинів щодо нерухомості. Правочини щодо нерухомого майна вчиняються, якщо право власності на це майно зареєстровано відповідно до цього Закону, а реєстрація речових прав на нерухомість, їх обмежень здійснюється лише у разі вчинення правочинів щодо нерухомого майна, а також за заявою власника (володільця) нерухомого майна (ст. 3), що підтверджує взаємопов'язаність державної реєстрації цих фактів. Державна реєстрація зазначених трьох видів фактів здійснюється за допомогою створюваної державної інформаційної системи — Державного реєстру прав на нерухоме майно та їх обмежень.

Випадки обов'язкової державної реєстрації правочинів передбачаються як ЦК, так і іншими законами. При цьому державну реєстрацію правочину не можна ототожнювати з державною реєстрацією речових прав на нерухоме майно або самого нерухомого майна чи інших об'єктів цивільного права (наприклад, транспортних засобів, у тому числі морських та річкових суден, повітряних суден; космічних об'єктів, зброї, окремих видів цінних паперів) з метою їх обліку, недотримання якої може впливати на чинність правочину щодо придбання таких об'єктів і призводити до інших правових наслідків.

У ЦК 1963 р. лише ст. 227 передбачала реєстрацію у виконавчому комітеті місцевої Ради народних депутатів договору купівлі-продажу житлового будинку, якщо хоча б однією зі сторін є громадянин. Таку реєстрацію безпосередньо здійснювали бюро технічної інвентаризації (БТІ), утворювані відповідними виконкомами. Однак ця реєстрація (або її відсутність) не впливала на дійсність чи чинність договору, а слугувала переважно способом обліку будівель і виявлення їх юридичних власників.

Новий ЦК розширює коло випадків державної реєстрації правочинів. Так, відповідно до ст. 577, державній реєстрації підлягає но-

таріально посвідчена застава нерухомого майна, а також застава рухомого майна за заявою заставодержателя або заставодавця шляхом внесення запису до Державного реєстру обтяжень рухомого майна. Правові засади державної реєстрації заставних правочинів нерухомого майна (іпотеки) визначені також законами України «Про заставу» (статті 13, 15), «Про іпотеку» (статті 1, 3, 4, 18), «Про іпотечне кредитування операцій з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати».

Не підпадає під дію ст. 210 ЦК реєстрація обмежень рухомого майна, що вчиняється на підставі ЗУ «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень».

Нотаріальному посвідченню і державній реєстрації підлягають договори купівлі-продажу (міни) земельної ділянки, єдиного майнового комплексу, житлового будинку (квартири) або іншого нерухомого майна (статті 657, 716 ЦК); договори довічного утримання, за якими відчужується нерухоме майно (ст. 745 ЦК); договори про передачу нерухомого майна під виплату ренти (ст. 732 ЦК); договори найму (оренди) будівлі або іншої капітальної споруди (їх окремих частин) строком не менше одного року (ст. 793 ЦК); договір управління нерухомим майном (ст. 1031 ЦК); договір комерційної концесії та субконцесії (статті 1118, 1119 ЦК). Закон України «Про оренду землі» встановлює, що укладений договір оренди земельної ділянки підлягає державній реєстрації, факт якої засвідчується печаткою реєструючого органу. В усіх зазначених випадках спеціальні наслідки недотримання правила про державну реєстрацію цих договорів не визначені.

Нормативно-правовими актами можуть передбачатися особливі випадки реєстрації договорів, яка має інше правове значення порівняно з державною реєстрацією правочинів за ст. 210 ЦК. Так, згідно зі ст. 9 ЗУ «Про зовнішньоекономічну діяльність», Міністерство економіки України здійснює реєстрацію окремих видів зовнішньоекономічних контрактів. Постановою КМ України від 15 лютого 2002 р. «Про затвердження Порядку реєстрації зовнішньоекономічних контрактів (договорів) на здійснення експортних операцій з металобрухтом» перелік таких видів контрактів фактично зведений до операцій з металами, що звичайно не заперечує можливості їх розширення. Відповідно до ст. 15 ЗУ «Про товарну біржу» від 10 грудня 1991 р. біржова угода вважається укладеною з моменту її реєстрації на біржі. У разі відсутності такої реєстрації угода (правочин) не набуде ознак біржової угоди.

Незважаючи на те, що законодавець, як правило, безпосередньо не визначає правові наслідки недотримання положень про державну

реєстрацію правочинів, вони так чи інакше випливають з контекстів певних правових норм ЦК. Так, відповідно до ч. 1 ст. 210 ЦК такі правочини є вчиненими з моменту їх державної реєстрації. Тобто вони не можуть породжувати для їх суб'єктів бажаного правового результату, а врешті й відповідних прав та обов'язків їх сторін. Щодо договірних правочинів цей висновок додатково підтверджується загальними положеннями про договір, за якими договір набирає чинності з моменту коли сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору (статті 638, 640 ЦК). Однак сказане певною мірою не стосується угод (правочинів) про перехід права власності на земельні ділянки, оскільки вони мають вважатися укладеними з дня їх нотаріального посвідчення (ст. 132 ЗК).

Більш однозначно розглядуване питання вирішене щодо договірних правочинів, спрямованих на перехід права власності, оскільки згідно зі ст. 334 ЦК, якщо договір про відчуження майна підлягає державній реєстрації, право власності у набувача виникає з моменту такої реєстрації. Отже, за її відсутності у набувача майна за договором право власності виникнути не може.

Земельним кодексом України передбачені певні особливості продажу земельних ділянок державної та комунальної власності громадянам та юридичним особам. Договір купівлі-продажу такої земельної ділянки підлягає нотаріальному посвідченню, а документ про оплату є підставою для видачі державного акта на право власності на земельну ділянку та її державної реєстрації (ч. 7 ст. 128 ЗК). Цілком очевидно, що у даному разі мається на увазі державна реєстрація, власне, земельної ділянки, а не договору купівлі-продажу.

Відповідно до ч. 2 ст. 211 ЦК, перелік органів, які здійснюють державну реєстрацію, порядок реєстрації, а також порядок ведення відповідних реєстрів встановлюються законом. Такий закон в Україні було прийнято 30 червня 2004 р. На момент прийняття ЗУ «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» в Україні вже сформувалася певна система реєструючих органів та порядку реєстрації. Так, Тимчасовим положенням про порядок реєстрації прав власності на нерухоме майно, затвердженим Міністерством юстиції України (наказ від 7 лютого 2002 р. № 7/5), було запроваджено державний реєстр прав на нерухомість, держателем якого визначено Міністерство юстиції України. До прийняття Закону України про державну реєстрацію прав на нерухомість, відповідно до Тимчасового положення, функції з державної реєстрації здійснювали органи, визначені окремими нормативно-правовими актами. Так, на виконання Указу Президента України від 17 лютого 2003 року «Про заходи щодо створення єдиної системи державної

реєстрації земельних ділянок, нерухомого майна та прав на них у складі державного земельного кадастру» Міністерство юстиції України спільним з іншими відомствами наказом від 26 лютого 2003 р. встановило, що: а) реєстрація земельних ділянок та прав на них здійснюється у складі державного реєстру земель, а функції Адміністратора Державного реєстру земель має виконувати Центр державного земельного кадастру при Державному комітеті України по земельних ресурсах; б) реєстрація об'єктів нерухомого майна та прав на них здійснюється у Реєстрі прав власності на нерухоме майно згідно з Тимчасовим положенням про порядок реєстрації прав власності на нерухоме майно, функції Адміністратора Реєстру прав власності на нерухоме майно здійснюється державним підприємством «Інформаційний центр» Мінюсту України, а функції реєстратора — органами БТІ.

Постановою Кабінету Міністрів України від 17 липня 2003 р. «Про створення єдиної системи державної реєстрації земельних ділянок, нерухомого майна та прав на них у складі державного земельного кадастру» № 1088 підтримано такий порядок державної реєстрації до моменту створення (до 1 січня 2005 р.) Державного реєстру прав на землю та нерухоме майно, а також встановлено, що після його створення державна реєстрація земельних ділянок, нерухомого майна та прав на них мають проводитися виключно Центром державного земельного кадастру при Державному комітеті по земельних ресурсах. Постановою КМ України № 671 від 26 травня 2004 р. було створено Державний реєстр правочинів, держателем якого визначено Міністерство юстиції України, а Адміністратором — ДП «Інформаційний центр» Міністерства юстиції України. Вищезазначеною постановою КМ України було також затверджено Тимчасовий порядок державної реєстрації правочинів, згідно з яким реєстрація правочинів проводиться шляхом внесення нотаріусом запису до Реєстру одночасно з його нотаріальним посвідченням. Ті ж нотаріуси, які не мають доступу до єдиної комп'ютерної бази даних Реєстру, в день посвідчення правочину надсилають один його примірник реєстратору, який в день отримання примірника вносить відповідний запис до Реєстру. Однак така система державної реєстрації прав на нерухомість та порядок її здійснення має бути приведена відповідно до вимог ЗУ «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» від 30 червня 2004 р., який визначив правові, економічні, організаційні засади створення у складі державного земельного кадастру єдиної системи державної реєстрації речових прав на земельні ділянки та інше нерухоме майно, їх обмежень. За цим Законом, зокрема, систему органів держав-

ної реєстрації прав складають центральний орган виконавчої влади з питань земельних ресурсів, створена при ньому госпрозрахункова юридична особа (центр земельного кадастру) та її відділення на місцях, які є місцевими органами державної реєстрації прав. Держателем Державного реєстру прав є центральний орган виконавчої влади з питань земельних ресурсів, а Адміністратором Державного реєстру прав є Центр земельного кадастру, який здійснює його ведення (ст. 5). Як зазначено у Прикінцевих положеннях Закону, до створення єдиної системи органів реєстрації прав, а також до формування Державного реєстру прав у складі державного земельного кадастру реєстрація об'єктів нерухомості проводиться комунальними підприємствами БТІ.

Водночас Закон «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» має досить істотний правовий недолік, адже в ньому основна увага надана реєстрації речових прав на нерухоме майно, але майже не врегульованими залишилися відносини щодо реєстрації правочинів. Так чи інакше можна констатувати необхідність подальшого вдосконалення системи державної реєстрації речових прав на нерухомість та правочинів з нею.

У цивільному праві існують правочини, щодо яких правові наслідки пов'язуються з настанням певної обставини.

У статті 212 ЦК визначаються особливості таких правочинів, які в цивілістичній науці отримали назву «умовні угоди», а нині — «умовні правочини». Під умовними правочинами необхідно розуміти всі звичайні правочини, спрямовані на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Тобто вони не є певним самостійним видом правочину. Їх визначальна особливість полягає в тому, що настання перерахованих правових наслідків ставиться в залежність від настання (ненастання) після укладення правочину в майбутньому певних обставин, щодо яких у сторін у момент укладення угоди існує лише відповідна вірогідність появи незалежно від їх волі тієї чи іншої передбачуваної обставини. Від умовних правочинів необхідно відмежовувати правочини, що призводять до настання відповідних правових наслідків лише після їх державної реєстрації, передбаченої для цих правочинів законом.

Під дію цієї статті мають підпадати лише ті правочини, за якими є невідомою на даний момент можливість настання обумовленої обставини в майбутньому. Обставинами, з настанням яких пов'язуються певні правові наслідки за умовним правочином, можуть бути соціальні, природні та інші події, явища, юридичні факти, які можуть бути як позитивними, так і негативними (народження дитини, вступ в шлюб, смерть чи втрата працездатності фізичної

особи, банкрутство юридичної особи тощо). Сам по собі факт введення до умовного правочину негативної обставини не дає підстав для визнання такого правочину неправомірним, якщо в цілому він відповідає загальним вимогам додержання яких є необхідним для чинності правочину (ст. 203 ЦК). Умовними правочинами фактично є усі договори страхування, довічного утримання.

Стаття 212 ЦК (як і ст. 61 ЦК 1963 р.) передбачає два види умовних правочинів — правочини, укладені під відкладальною умовою, і правочини, укладені під скасувальною умовою.

Під *відкладальною умовою (обставиною)* укладається правочин, за яким його сторони обумовлюють настання або зміну прав та обов'язків обставиною, щодо якої невідомо, настане вона чи ні. Наприклад, поставка вугілля буде здійснена у разі введення в дію теплоелектростанції, підрядник приступить до будівництва за умови отримання замовником земельної ділянки під забудову, наймодавець передасть наймачу складські приміщення лише після звільнення їх третіми особами, наймодавець надасть автомобіль у користування наймачу після отримання останнім посвідчення на право управління, страховик виплатить страхову виплату страхувальникові або іншій особі у разі настання страхового випадку.

Правочин вважатиметься укладеним *під скасувальною умовою*, якщо його сторони обумовлюють припинення прав та обов'язків обставиною, щодо якої невідомо, настане вона чи ні. Такими є правочини, за якими, зокрема, наймодавець і наймач передбачають припинення договору майнового найму складських приміщень за умови їх майбутнього продажу третім особам; наймач житлового приміщення зобов'язується звільнити його в разі розширення сім'ї наймодавця, у випадку необхідності проведення капітального ремонту.

Водночас ст. 212 встановлює певні правові наслідки для сторін умовного правочину залежно від причин настання чи ненастання обумовлених у ньому обставин.

Так, обставина має вважатися такою, що настала, якщо її настанню недобросовісно перешкоджала сторона, якій це невигідно. І навпаки, обставина має вважатися такою, що не настала, якщо її настанню недобросовісно сприяла сторона, якій це вигідно.

В новий ЦК вперше введена стаття 213 про тлумачення змісту правочину. Насамперед закон надає право тлумачити зміст правочину його сторонам (в односторонніх правочинах — стороні), що є проявом реалізації приватноправового характеру цивільних правовідносин. У даному випадку йдеться про тлумачення змісту правочину, а не про тлумачення змісту законодавства. Однак ця об-

ставина не заперечує можливості тлумачення правових норм, що регулюють такий правочин.

Тлумачення змісту одностороннього правочину його стороною не є обов'язковим для третіх осіб, особливо коли це стосується таких правочинів, як нотаріально посвідчена довіреність, заповіт. Сторони не завжди можуть дійти згоди щодо тлумачення дво- або багатостороннього правочину. Тому сторона або сторони можуть звернутися до суду з вимогою постановити судове рішення про тлумачення змісту правочину, яке матиме обов'язкову силу.

В частині 3 ст. 213 ЦК сформульовано основні способи застосовувані при тлумаченні змісту правочину. Насамперед необхідно брати до уваги однакове для всього змісту правочину значення слів і понять, а також загальноприйняте у відповідній сфері відносин значення термінів. Наприклад, якщо в договорі передбачено застосування за порушення договору залікової неустойки, то це положення необхідно тлумачити так, що вона застосовується за порушення будь-яких умов і будь-якою стороною. Якщо в договорі неодноразово вживаються терміни «продавець», «покупець», «наймодавець», «наймач», «підрядник», «замовник», то їм має надаватися однакове значення. Вживання в договорі без найменування термінів «підрядник», «замовник» за наявності сумнівів дає підстави класифікувати даний договір як договір підрядного типу, оскільки згадані терміни є загальноприйнятими у сфері підрядних правовідносин.

Використання способу виявлення буквального значення слів і понять та загальноприйнятого у відповідній сфері відносин значення термінів може не дати можливості встановити зміст окремих частин правочину. У такому випадку їх зміст має встановлюватися шляхом порівняння відповідної частини правочину зі змістом інших його частин, усім його змістом, намірами сторін. Наприклад, якщо в одній частині договору купівлі-продажу передбачається продаж 1000 чоловічих костюмів певного розміру, а в іншій визначається загальна ціна договору 500 000 грн., то цілком логічним є висновок про те, що вартістю одного костюма є 500 грн., якщо така вартість не була прямо передбачена у договорі. Аналогічно, якщо в одній частині договору передбачена вартість одного костюма 500 грн., а в іншій ціна договору 500 000 грн., то логічним є висновок, що продавець має передати покупцю 1000 костюмів.

Якщо ж за вищезазначеними способами тлумачення правочину неможливо встановити справжню волю сторони правочину, необхідно враховувати мету правочину, зміст попередніх переговорів, усталену практику відносин між сторонами, звичаї ділового оборо-

ту, подальшу поведінку сторін, текст письмового договору та інші обставини, що мають істотне значення. Наприклад, упродовж чотирьох років підрядник здійснював переробку томатів, які щомісячно поставлялися замовником. Договір передбачав оплату переробки впродовж 10 днів після передачі виготовленої продукції замовнику. В новому договорі ця умова не була передбачена. У разі спору суд має підстави при тлумаченні нового договору вважати, що оплата продукції має здійснюватися також упродовж 10 днів з моменту передачі її підрядником замовнику.

Перелік способів тлумачення правочину, передбачених у частинах 3 і 4 ст. 213 не є вичерпним, оскільки можуть застосовуватися і інші способи. Наприклад, у разі наявності розбіжностей між найменуванням договору і його змістом правову природу такого договору необхідно визначати відповідно до його умов, а не найменування.

Тлумачення змісту правочину має здійснюватися також у контексті змісту закону. Тобто так чи інакше в суду може виникнути потреба у застосуванні загально цивілістичних способів тлумачення правових норм, що регулюють спірні відносини. У тому ж разі, коли сторони взагалі не врегулювали договором певну частину відносин, суд має право поширювати на них відповідні правові норми. При тлумаченні правочинів, які є договорами, можуть враховуватися також типові умови (типові договори), навіть якщо в договорі немає посилання на ці умови.

При тлумаченні зовнішньоекономічних договорів необхідно також керуватися правилами їх тлумачення, закладеними в міжнародних конвенціях, угодах, якщо це не суперечить законам України.

Відповідно до ч. 2 ст. 214 ЦК суб'єкти дво- або багатостороннього правочину (договору) також мають право за взаємною згодою в будь-який момент, а також у випадках, передбачених законом, відмовитися від нього. При цьому це можливо і тоді, коли відбулося виконання договору. Відмова від договору фактично призводить до його припинення, а відтак припиняються зобов'язання сторін.

Як випливає зі змісту ч. 2 ст. 214 ЦК, відмова може також визначатися законом. У ЦК передбачаються випадки односторонньої відмови від договору двох видів. По-перше, відмова однієї сторони може бути обумовлена неналежним виконанням (невиконанням) умов договору другою стороною. Наприклад, якщо підрядник своєчасно не розпочав роботу або виконує її настільки повільно, що закінчення її у строк стає неможливим, замовник має право відмовитися від договору підряду. По-друге, за окремими договорами сторона може односторонньо відмовитися від договору й за відсутності

порушень його умов іншою стороною. Наприклад, дарувальник має право відмовитися від передання дарунка в майбутньому, якщо після укладення договору його майновий стан істотно погіршився (ст. 724 ЦК), таке ж право на односторонню відмову надається повіреному за договором доручення (ст. 1008 ЦК), комітенту за договором комісії (ст. 1025 ЦК).

Частина 3 ст. 214 визначає форму відмови від правочину. Вона має вчинятися у тій же формі, що і вчинений правочин.

У ЦК не визначається єдиний порядок оформлення взаємної відмови сторін від договору. Юридично така взаємна відмова також є правочином. Щодо договорів, укладених у простій письмовій формі, відмова від договору може бути оформлена письмово у вигляді правочину про відмову, про розірвання чи про припинення договору. Однак складнішою може виявитися ситуація, коли договір відчуження нерухомості було посвідчено нотаріально і вчинено його державну реєстрацію, яка підтверджує право власності в набувача. Очевидно, щоб припинити такий договір, недостатньо нотаріально посвідчити навіть обопільну відмову сторін, адже не менш важливо визначити її правові наслідки. Такі наслідки законодавець пов'язує не з відмовою від договору, а з його розірванням, оскільки згідно з ч. 3 ст. 651 ЦК, у разі односторонньої відмови від договору такий договір має вважатися розірваним. Звичайно, друга сторона може оспорити таку відмову в судовому порядку. Між тим, у розділі ІІ ЦК «Загальні положення про договір» відсутня така самостійна підстава припинення договору, як відмова від нього. Наразі у ст. 651 зазначається, що зміна або розірвання договору допускається лише за згодою сторін, якщо інше не встановлено договором або законом. У зв'язку з цим можна дійти висновку про те, що взаємна відмова від договору має бути оформлена у вигляді правочину про розірвання договору, одностороння відмова від договору можлива у судовому порядку шляхом його розірвання за наявності певних підстав (ч. 2 ст. 651 ЦК).

У новому Сімейному кодексі України передбачено особливий порядок відмови подружжя від шлюбного контракту шляхом подачі заяви нотаріусу (ст. 101).

У разі відмови від правочину можуть настати наслідки, передбачені законом або домовленістю сторін. У своїй домовленості сторони правочину можуть встановити умови повернення раніше переданого майна, у рівних чи в інших частках розподілити негативні правові наслідки, обумовлені відмовою від правочину.

Щодо правових наслідків односторонньої відмови від правочину — договору, то вони визначаються законом і залежать від підстав, що

її спричинили. Як правило, в ЦК правові наслідки односторонньої відмови від договору встановлюються для випадків, коли така відмова обумовлена порушенням договору другою стороною і для випадків, коли відмова не пов'язана з таким порушенням. У принципі вони тотожні правовим наслідкам, встановленим для розірвання договору.

Наприклад, відповідно до ч. 5 ст. 653 ЦК, якщо договір розірваний у зв'язку з істотним порушенням договору однією зі сторін, друга сторона може вимагати відшкодування збитків, завданих розірванням договору. Частина 2 ст. 852 ЦК надає замовнику право вимагати розірвання договору підряду та відшкодування збитків підрядником, якщо він допустив істотні недоліки в роботі.

ЦК надає комітенту право у будь-який момент відмовитися від договору комісії, але в такому разі він зобов'язаний відшкодувати комісіонеру витрати, зроблені ним у зв'язку з виконанням договору.

§ 2. Поняття цивільно-правового договору та його юридичні ознаки

В цивілізованому суспільстві обов'язково мають існувати правові інструменти, які забезпечують обіг матеріальних благ, використання інтелектуальних благ з метою постійного забезпечення його соціально-економічного розвитку. Одним із найефективніших правових інструментів у вирішенні цих завдань є договір, який має багатовікову історію свого існування. Ще в Стародавньому Римі договір став основною правовою формою товарообігу.[1] Зрозуміло, що в різні періоди розвитку суспільства відповідно змінювалися його значення та функції. Не є винятком і сучасний період, оскільки договір виконує роль ефективного інструмента в реалізації ринкових реформ в Україні.

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

[1] *Підопригора О. А.* Основи Римського приватного права. — К.: Вища школа, 1995. — С. 157.

Важливим завданням юридичної науки нині стає науковий аналіз усіх правових інститутів, серед яких особливе місце посідають загальні правові засади інституту договірного права, основним об'єктом правового регулювання якого є цивільно-правовий договір. У новому ЦК України збереглися вдалі договірні конструкції ЦК УРСР 1963 р. та з'явилися нові елементи, напрацьовані юридичною наукою, судовою практикою та зумовлені ринковими реформами в Україні. Ці питання були частково предметом аналізу в наукових статтях інших наукових працях досить вузького кола українських науковців (В. В. Луць, А. С. Довгерт, Н. С. Кузнєцова, М. М. Сібільов, Т. В. Боднар, І. А. Безклубий, В. Г. Олюха). Однак поки що в цивілістичній науці перевага надається дослідженню окремих видів договірних зобов'язань і не аналізується загалом договірне право, норми якого регулюють ці зобов'язання. Між тим, висвітлення загальних проблем договірного права є актуальним завданням юридичної науки, адже від ефективного їх вирішення залежить багато в чому ефективність вирішення спеціальних проблем окремих договорів.

Загальні правові засади договору сконцентровано у главах 52 «Поняття та умови договору», 53 «Укладення, зміна і розірвання договору», розміщених у розділі ІІ «Загальні положення про договір» Книги п'ятої «Зобов'язальне право». Тобто ці дві глави щодо загальних положень про договір завершують побудову норм Книги п'ятої. По-іншому ця проблема вирішувалася у ЦК УРСР, у якому загальнодоговірні норми не були сформовані у відповідну самостійну главу, а, як влучно зауважив з цього приводу В. В. Луць, були «розпорошені» по різних розділах і главах Кодексу[1]. Однак заради справедливості необхідно зазначити, що все-таки переважна частина загально-договірних норм розташовувалася в розділі ІІІ «Зобов'язальне право», який складався з шести глав. Спільним для обох кодексів є те, що і в першому, і в другому є первинні джерела — норми, що визначають загальні договірні засади. Містяться вони в нормах, що регулюють двосторонні правочини (угоди). Отже, можна констатувати наявність прогресивності у формуванні загальнодоговірних норм у новому ЦК України. Ця прогресивність полягає, зокрема, у тому, що договірне право набуло ознак системності й логічної завершеності, а зрештою — надійного правового підґрунтя більш ефективного врегулювання окремих договірних відносин завдяки закріпленню в загальних положеннях принципів формування

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

договірних конструкцій. Такий підхід буде також сприяти кращому застосуванню норм договірного права у судовій практиці, полегшуватиме їх тлумачення.

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

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

Поділяючи угоди на односторонні, двосторонні й багатосторонні, юристи стверджували, що двосторонні та багатосторонні угоди є договором[1]. Проте у тих випадках, коли виникала потреба дати визначення поняттю цивільно-правового договору, науковці визначали його зазвичай не через категорію «угода» (російською мовою — «сделка»), а за допомогою російського терміна «соглашение», синонімами якого в українській мові є дещо неадекватні терміни «домовленість», «згода».

Інколи зобов'язання ототожнювалися з договорами. Так, видатний цивіліст радянського періоду О. С. Іоффе зазначав, що до зобов'язань належать різноманітні цивільні правовідносини, основну масу яких становлять цивільно-правові договори[2]. Безумовно, це спрощений підхід до розуміння співвідношення зобов'язання і договору, адже в цивільному законодавстві радянського періоду, наприклад, у ЦК УРСР (ст. 151), договір розглядався лише як одна з підстав виникнення зобов'язання. Однак в інших випадках законодавець відступив від цієї принципової позиції, що вбачається з назви другого підрозділу розділу III ЦК УРСР — «Окремі види зобов'язань», в якому фактично врегульовані окремі види договорів.

Стверджувати, однак, що в цивілістичній науці зобов'язання (зобов'язальне право) ототожнювалося з договором (договірним правом), було б несправедливо. Швидше за все, це відбувалося внаслі-

---

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

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

док технічної невимогливості у застосуванні термінології. Врешті, той самий О. С. Іоффе чітко визначив зобов'язання як закріплене цивільним законом суспільне відношення щодо переміщення майна та інших результатів праці, в силу якого одна особа (кредитор) має право вимагати від іншої особи (боржника) здійснення певних дій і зумовленого цим утримання від здійснення певних інших дій[1]. Таке визначення зобов'язання можна умовно назвати «зобов'язання-правовідношення». В юридичній літературі воно одержало досить широку підтримку[2].

Водночас сформувалася й інша позиція про поняття зобов'язання, в основу якої закладалося законодавче положення ст. 33 Основ цивільного законодавства Союзу РСР і союзних республік, ст. 151 ЦК УРСР 1963 р. про те, що в силу зобов'язання одна особа (боржник) зобов'язана вчинити на користь іншої особи (кредитора) певну дію, як-от: передати майно, виконати роботу, заплатити гроші або утриматися від певної дії, а кредитор має право вимагати від боржника виконання його обов'язків.[3]

Розробники нового ЦК України 2003 р. вирішили за можливе надати перевагу третій концепції. Відтак у ст. 509 ЦК прямо передбачено, що зобов'язанням є правовідношення, в якому одна сторона (боржник) зобов'язана вчинити на користь другої сторони (кредитора) певну дію (передати майно, виконати роботу, надати послугу, сплатити гроші тощо) або утриматися від певної дії, а кредитор має право вимагати від боржника виконання його обов'язку. В новому ЦК також визначено, що зобов'язання виникають із підстав, встановлених ст. 11 Кодексу, серед яких окремо виділені договори та інші правочини. Отже, зобов'язання і договір не можуть розглядатися як абсолютно тотожні юридичні категорії, але в усіх випадках договір породжує цивільно-правове зобов'язання, яке як правовідношення функціонує в межах, визначених переважно договором, а також законом.

У новому ЦК (ст. 626) вперше дано легальне визначення поняття договору, під яким необхідно розуміти «домовленість двох

---

[1] *Иоффе О. С.* Обязательственное право. — М.: Юрид. лит., 1975. — С. 6.

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

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

або більше сторін, спрямовану на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків». Виявлення правової природи договору, його правових ознак має велике теоретичне і практичне значення, адже це сприяє виявленню співвідношення договору і зобов'язання, встановленню місця договору в системі договірного права. Тому наведене визначення заслуговує на всебічний аналіз.

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

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

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

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

У римському приватному праві юристи під договором розуміли двосторонню угоду, в якій виражена воля двох сторін, спрямована на досягнення або припинення правового результату — виникнен-

ня, зміну чи припинення прав і обов'язків.[1] Власне, таке визначення бралося за основу як за радянського періоду, так і нині.

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

На думку видатного вченого радянського періоду О. С. Іоффе, під договором необхідно розуміти «соглашение» двох або кількох осіб про встановлення, зміну чи припинення цивільних правовідносин[3]. Таким чином, на відміну від попереднього визначення, у наведеному договір розглядається як підстава виникнення і динаміки цивільних правовідносин, якими, зокрема, є і зобов'язальні правовідносини, адже за цивільним законодавством як радянського періоду (ст. 151 ЦК УРСР), так і сучасного періоду (статті 11, 506 ЦК України) договір є безпосередньою підставою виникнення зобов'язань. Концепція О. С. Іоффе базувалася на поєднанні двох елементів: юридичного факту і правовідношення, на що зверталася увага в юридичній літературі[4].

За великого розмаїття думок щодо поняття цивільно-правового договору базовим у переважній їх більшості закладається категорія угоди або домовленості[5]. В цей період у радянському праві панувала концепція виключно державного правового регулювання суспіль-

---

[1] *Підопригора О. А.* Римське приватне право. — К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2001. — С. 281.

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

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

[4] Гражданское право Украины / Под ред. А. А. Пушкина и др. — Х., 1996. — Ч. 1. — С. 353—354.

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

них відносин (єдиного їх регулятора), а тому, на думку М. В. Сібільова, договір розглядався переважно як **юридичний факт** — умова, з якою норми права пов'язують виникнення, зміну або припинення правовідносин і як певний автономний регулятор суспільних відносин[1].

Однак із прийняттям нового ЦК України істотно змінилася роль договору у співвідношенні зовнішнього (державного) і внутрішнього регулювання (саморегулювання) шляхом посилення засобів договірного саморегулювання. Яскравим підтвердженням цього слугують статті 6 і 7 ЦК України, якими прямо закріплюється самостійна праворегулююча роль договору і звичаю і навіть, більше того, адже сторони в договорі можуть відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд (ч. 3 ст. 6). Це дало можливість відповідно окремим авторам висунути досить спірну тезу про те, що в договірній сфері ЦК відсуває закон на друге місце, віддаючи перевагу договірному регулюванню[2].

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

На думку деяких авторів, визначення договору як домовленості двох або більше сторін є невдалим, оскільки не кожна домовленість набуває ознак договору[3]. Безумовно, така критика є справедливою, але можна зазначити й інші аспекти нововведеного визначення договору. Введення в ст. 636 ЦК (до речі, як і в десятки інших статей) терміна «домовленість», очевидно, стало наслідком прагнення розробників нового ЦК України до уніфікації цивілістичної термінології, використовуваної в правових системах насамперед країн СНД, зокрема Російської Федерації, в ЦК якої є аналогічна за змістом

---

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

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

[3] Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар. — К.: Істина, 2004. — С. 151—152.

стаття, відповідно до якої «Договором признается соглашение двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей». Відомий російський цивіліст М. І. Брагінський, аналізуючи поняття договору, в одному випадку стверджує, що договори належать до тієї різновидності юридичних фактів, яка іменується «сделками» (угодами), в іншому — зазначає, що «мать договора — соглашение». Автор не пояснює, у чому полягає різниця між цими двома термінами, а лише зазначає, що в римському праві поняття договору включало дві його неодмінні ознаки: «соглашение» (convention, consensus) та його підставу у вигляді певної мети[1]. Такої ж точки зору дотримується й інший відомий російський цивіліст О. Ю. Кабалкін у Коментарі до ЦК РФ, який стверджує безапеляційно, що договір — це юридичний факт[2].

В українській філологічній літературі синонімами договору вважаються — угода, контракт, домовленість[3]. Безумовно, при визначенні поняття договору не можна абсолютизувати філологічне значення його синонімів. В юридичній літературі цілком справедливо зверталася увага на те, що не кожна домовленість набуває ознак договору. Вона набуває ознак договору, якщо досягнута з дотриманням вимог, встановлених для укладення договору. Тому пропонувалося визначати поняття договору через категорію правочину[4]. З юридичної точки зору, такий підхід є правильним. Власне, подібна позиція висловлювалася до прийняття нового ЦК України. Так, в юридичному словнику-довіднику договір у цивільному праві визначався як угода двох або кількох осіб про встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків[5].

Визначення багатьма авторами договору лише як юридичного факту, на наш погляд, є занадто спрощеним розумінням дійсного змісту правової природи договору. У зв'язку з цим заслуговують на увагу спроби інших авторів вийти за межі традиційного уявлення про договір. Так, В. В. Луць погоджується з розумінням договору як дво- або багатосторонньої угоди, але водночас вважає припустимим розглядати договір як цивільні правовідносини (зобов'язання), що

---

[1] *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Общие положения. — М., 1997. — С. 13—14.

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

[3] Словник синонімів української мови. — К.: Наукова думка, 2001. — С. 440.

[4] Цивільне право України / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. — К.: Юрінком Інтер, 2003. — Кн. 1. — С. 168—170.

[5] Юридичний словник-довідник. — К.: Феміна, 1996. — С. 171.

виникли з договору як юридичного факту або правовий документ, яким зафіксовано виникнення договірного зобов'язання з волі його учасників[1]. Подібна точка зору висловлювалася й іншими авторами[2].

У цивілістичній науці сформувалася також концепція договору як особливого виду нормативного акта, якщо цей договір має форму типового (зразкового) договору. С. А. Верб розглядає типовий договір як нормативний акт, в якому правила поведінки виявляються в умовах конкретного договору. Водночас примірний договір, на його думку, не містить ознак нормативного акта, а його умови мають лише рекомендаційний характер[3].

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

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

Все вищевикладене бажано було б якнайповніше відобразити у визначенні поняття цивільно-правового договору. Звичайно, нереально очікувати в найближчій перспективі активних дій законодавців, спрямованих на кардинальне вдосконалення таких положень ЦК, що стосуються дефініцій. Насамперед можливі зміни будуть стосуватися суперечливих чи помилкових його норм. Це, однак не перешкоджає науковим пошукам найбільш оптимального визначення поняття цивільного договору. Тому на підставі всього викладеного договір можна було б визначити як *правомірний правочин (правомірну угоду) взаємоузгодженої волі двох і більше сторін, спрямованої*

---

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

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

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

на виникнення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків, у формі зобов'язального правовідношення та на врегулювання відносин між цими сторонами шляхом закріплення цих прав та обов'язків, як правило, у формі відповідних умов договору, у визначеній законом формі. Наведене визначення поняття договору є, безумовно, лише доктринальним, але воно містить такі складові, які засвідчують наявність у договорі багатоманітності його змісту.

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

Отже, договору притаманні наступні основні юридичні ознаки.

По-перше, договір є юридичним фактом, здатним породжувати виникнення цивільних прав і обов'язків. Як відомо, цивільні права та обов'язки виникають у силу різноманітних підстав, серед яких договір посідає особливе місце. Юридичні факти в цивільному праві класифікуються за різноманітними ознаками. Так, за проявом волі чи її відсутності вони поділяються на юридичні дії та юридичні події. У свою чергу, юридичні дії поділяються на правомірні та неправомірні дії як фізичних, так і юридичних осіб[1]. У даному разі договір є правомірною вольовою дією особи. Саме договір є найпоширенішою підставою виникнення цивільних прав та обов'язків, що, власне, підтверджується також змістом ч. 2 ст. 11 ЦК України, в якій договори та інші правочини передують іншим підставам, перерахованим у цій статті.

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

Воля є об'єктом досліджень не лише юристів, а й психологів, що цілком зрозуміло. Так, на думку вчених-психологів, ознаками волі,

---

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

по-перше, є усвідомлений особою характер дії, по-друге, здатність людини коригувати свої дії, по-третє, наявність активності у подоланні труднощів[1]. З наведеного можна зробити насамперед висновок, корисний з теоретичної і практичної точки зору для цивілістичної науки, про те, що воля є суб'єктивним проявом ставлення особи до своїх дій або, у нашому випадку, — до дій, спрямованих на укладення договору для досягнення відповідної юридичної мети. Оскільки ж договором є правочин двох і більше осіб, то цілком закономірною є умова: щоб відбувся взаємний збіг їх волі, необхідний їх адекватний зовнішній прояв у конкретних діях, виражених у юридичній формі.

На думку одного зі знаних фахівців цієї проблеми В. А. Ойгензіхта, воля має свій прояв у дії і сутність волі виявляється в її регулюючій функції[2]. На перший погляд, така позиція є вірною і прийнятною. Однак, на нашу думку, ця позиція не є бездоганною, оскільки не здатна повною мірою розкрити сутність волі лише за допомогою регулятивної функції. Сутність волі полягає насамперед, як уже зазначалося, у суб'єктивному ставленні особи до своїх дій, тобто її функція зводиться до того, що внутрішня воля особи забезпечує контроль за правильним її відображенням у волевиявленні, яке і забезпечує врегулювання відносин між носіями волі.

У юридичній науці висловлюються дуже різноманітні точки зору щодо правової природи угод як юридичного факту (нині двосторонніх та багатосторонніх правочинів), але розбіжності між авторами не носять принципового характеру, а мають переважно незначні термінологічні особливості. І якщо їх узагальнити, то зводяться вони в основному до того, що угоді-договору притаманні зустрічне (взаємне) волевиявлення двох чи більше осіб або єдиний вольовий акт, або збіг (співпадіння) волі сторін, відповідність волевиявлення взаємоузгодженій волі сторін[3]. На думку І. В. Спасибо-Фатєєвої, відсутність узгодження воль сторін при укладенні договору порушує

---

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

[2] *Ойгензихт В. А.* Воля и волеизъявление. — Душанбе, 1983. — С. 6—7.

[3] Цивільне право України / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — Кн. 1. — С. 171; *Олюха В. Г.* Цивільно-правовий договір: Поняття, функції і система: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2003. — С. 4; *Підопригора О. А.* Цивільне право України. Правові основи підприємництва. — К.: Юрінформ, 1994. — С. 47; *Новицкий И. Б., Лунц Л. А.* Общее учение об обязательстве. — М.: Юриздат, 1950. — С. 95; *Грущинський І.* Правове регулювання у підприємництві // Право України. — 1998. — № 2. — С. 76; *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Общие положения. — М.: Статут, 1997. — С. 117 та ін.

тим самим не тільки принципи договірного права, а й взагалі загальноправові принципи[1].

Отже, взаємоузгодженість волі сторін правочину-договору є його обов'язковим елементом. Однак це аж ніяк не означає, що воля кожної зі сторін є тотожною за своїм змістом. У багатьох випадках автори звертали увагу, що воля сторін може не збігатися, а узгодженість у вигляді збігу самостійних воль контрагентів можлива тільки у договорах про спільну діяльність[2]. З такою точкою зору не можна повністю погодитись, оскільки збіг волі контрагентів не слід розуміти як повне співпадіння змісту волі кожної зі сторін. Під збігом воль необхідно розуміти внутрішнє сприйняття кожною зі сторін прагнення до виникнення у них відповідних прав і обов'язків за наявності у них навіть протилежних інтересів в укладенні договору, як це особливо рельєфно виявляється в договорі купівлі-продажу, у якому інтереси кожної зі сторін, як правило, протилежні, оскільки продавець прагне продати товар за вищу ціну, а покупець — сплатити за нього нижчу ціну. Однак у процесі узгодження умов договору і досягнення сторонами консенсусу такий антагонізм інтересів набуває ознак внутрішньої вольової статики і не реалізується надалі в динаміці волевиявлення.

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

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

Дискусійною продовжує залишатися також проблема співвідношення значимості волі та волевиявлення. З цього приводу дискусії зводяться в цілому до наступного. По-перше, у разі виникнення спору закон перевагу надає волі і аж ніяк не волевиявленню[3]. По-друге,

---

[1] *Спасибо-Фатєєва І. В.* Акціонерні товариства: Акції, власність, корпоративне управління. — Х.: Видавничий Дім «Райдер», 2002. — С. 32.

[2] *Олюха В. Г.* Зазнач. праця.

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

перевагу необхідно надавати прояву волі (тобто волевиявленню)[1]. По-третє, в усіх випадках має бути єдність волі та її волевиявлення[2]. Оцінюючи усі зазначені варіанти, безумовно, можна віднайти в них як позитивні, так і вразливі місця.

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

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

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

Отже, *недоцільно абсолютизувати ідею надання переваг чи то внутрішній волі особи чи її зовнішньому прояву, тобто відповідному волевиявленню, адже наявність пороків (вад) в одному з двох елементів може позначатися на дійсності договору чи на визначенні його правової природи*. І практика це підтверджує. Наприклад, у Постанові Пленуму Верховного Суду України від 28 квітня 1978 р. «Про судову практику в справах про визнання угод недійсними» зазначалося, що під істотною помилкою, яка відповідно до ст. 56 ЦК УРСР може бути підставою для визнання угоди недійсною, слід розуміти таке неправильне сприйняття стороною в угоді суб'єкта, предмета

---

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

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

чи інших істотних умов угоди, що вплинуло на її волевиявлення, за відсутності якого за обставинами справи можна вважати, що угода не була б укладена[1].

В іншому випадку в узагальненні судової практики Верховний Суд України звернув увагу судів на те, що при вирішенні справ щодо визнання недійсними та розірвання угод про відчуження приватизованих квартир правову природу договору необхідно встановлювати на основі виявлення дійсної волі сторін[2].

Постановою Пленуму Верховного Суду України від 25 грудня 1992 р. було відмовлено в позові про визнання на підставі ст. 57 ЦК недійсним договору дарування жилого будинку як укладеного у зв'язку зі збігом тяжких обставин, оскільки наявність таких обставин судом при перевірці обґрунтованості вимог не встановлена[3]. У цьому випадку було відмовлено у задоволенні позову у зв'язку з тим, що позивач не надав доказів вад у формуванні волі дарувальника.

Таким чином, у всіх перерахованих випадках суд брав до уваги наявність чи відсутність адекватної волі на укладення договору. Однак це аж ніяк не свідчить, що суди надавали при вирішенні справи переваги волі сторони чи її зовнішньому прояву. Безперечно, для визнання правочину правомірним важливо, щоб і внутрішня воля сторін, і її волевиявлення не були деформованими. При цьому це стосується усіх сторін договору. Водночас не можна заперечувати іншого факту, що об'єктивно волевиявлення одержало у законодавстві значно ширше врегулювання. І це зрозуміло, адже волевиявлення має об'єктивне вираження в різних його проявах та формах при укладенні договору, його виконанні тощо.

Вперше в новому ЦК здійснено поділ договорів на **односторонні**, **двосторонні** або **багатосторонні** (частини 1, 2, 3 ст. 626). Відповідно, одностороннім є договір, якщо одна сторона бере на себе обов'язок перед другою стороною вчинити певні дії або утриматися від них, а друга сторона наділяється лише правом вимоги, без виникнення зустрічного обов'язку щодо першої сторони, а двостороннім — якщо правами та обов'язками наділені обидві сторони договору. Законодавець безпосередньо не визначає зміст багатосторонніх договорів, а лише передбачає можливість застосування загальних положень

---

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

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

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

про договір, якщо це не суперечить багатосторонньому характеру цих договорів, що цілком зрозуміло, адже багатосторонній договір є лише одним із видів цивільно-правового договору, який більшою мірою за своїми ознаками наближається до двосторонніх договорів. Однак законодавчий поділ договорів на односторонні, двосторонні та багатосторонні не є новим для цивілістичної науки, для якої він давно є усталеним, традиційним і таким, що, як правило, не викликав особливо гострих дискусій[1].

Аналіз окремих договірних зобов'язань свідчить, що переважна частина договорів є двосторонніми або багатосторонніми і лише деякі з них належать до односторонніх. У сучасній цивілістичній літературі до односторонніх відносять договори дарування, позики, безоплатного користування майном (позички). М. В. Венецька одностороннім вважає договір доручення[2]. На думку П. Л. Ткачука, до односторонніх договорів належать переважно реальні договори (договори довічного утримання, позики тощо)[3]. Залежно від реальності та консенсуальності того чи іншого договору вирішують проблему односторонності чи двосторонності договору В. С. Казанцев та деякі інші автори[4].

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

---

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

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

[3] Цивільний кодекс України: Коментар / За ред. Є. О. Харитонова, О. М. Калітенко. — Х.: Одіссей, 2003. — С. 444.

[4] Цивільне право України / За заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — Т. 2. — С. 163, 176, 227—228.

самого роду й такої самої якості, а поклажодавець, у свою чергу, повинен забрати поклажу та оплатити послугу зберігання, якщо вона надана на платних умовах.

Аналогічною може бути ситуація з договором позички, за яким навіть у випадку його реальності і позичкодавець, і користувач можуть мати певні права і обов'язки. Тому вважаємо, що не кожний реальний договір одночасно має належати до категорії односторонніх договорів. Це питання має вирішуватися з урахуванням наявності чи відсутності у сторін взаємних прав та обов'язків. При цьому не можна не звернути уваги на суперечливі погляди щодо співвідношення прав та обов'язків у сторін за певними договорами. Як вже зазначалося, окремі автори (М. В. Венецька) до односторонніх договорів зараховують також договір доручення, з чим не можна погодитись із принципових міркувань. Гадаємо, що таке судження стало можливим лише з огляду на взяття до уваги змісту ст. 1000 ЦК України, згідно з якою за договором доручення повірений зобов'язується вчинити від імені та за рахунок другої сторони (довірителя) певні юридичні дії. Дійсно, з наведеного визначення вбачаються начебто обов'язки лише повіреного. Але, якщо давати комплексний аналіз правовому регулюванню відносин, що виникають із договору доручення, то можна дійти однозначного висновку, що повірений також може мати певні обов'язки, адже, наприклад, за ст. 1007 ЦК України довіритель зобов'язаний, зокрема, видати повіреному довіреність на вчинення юридичних дій, відшкодувати повіреному витрати, пов'язані з виконанням доручення, негайно прийняти від повіреного все одержане ним у зв'язку з виконанням доручення. Тобто про односторонність чи двосторонність (багатосторонність) договору не можна робити висновки, покладаючись лише на його легальне (законодавче) визначення.

Положення нового ЦК України про договір дарування дають певні підстави для спростування загальновизнаної позиції про односторонній характер договору дарування, оскільки, на відміну від ЦК УРСР, у новому ЦК на сторін договору дарування покладаються певні обов'язки. Так, ст. 721 ЦК закріплює обов'язок дарувальника інформувати обдаровуваного про недоліки дару та його небезпечні властивості, ст. 726 ЦК зобов'язує обдаровуваного вчинити певні дії майнового характеру, якщо в договорі передбачено обов'язок обдаровуваного на користь третьої особи. Більше того, положення ст. 727 ЦК надає дарувальникові право вимагати розірвання договору дарування нерухомого майна чи іншого особливо цінного майна, якщо обдаровуваний умисно вчинив злочин проти життя, здоров'я, власності дарувальника, його батьків, дружини (чоловіка) або дітей. Та-

ким чином, під страхом розірвання договору обдаровуваний не повинен вчиняти вищезазначені дії. Тому не можна погодитися з тими авторами, які, коментуючи ст. 717 ЦК, визнають договір дарування, як правило, одностороннім (Ю. В. Білоусов, О. І. Сафончик) і не акцентують уваги на реально існуючих обов'язках сторін[1]. Тому більш виваженою є позиція тих авторів, які припускають двосторонність договору дарування і виділяють конкретні обов'язки сторін[2].

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

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

Що ж до критеріїв поділу договорів на оплатні та безоплатні, то в юридичній науці пропонуються різні підходи. На думку М. І. Брагінського, оплатними мають вважатися такі договори, за якими передбачається отримання кожною зі сторін від її контрагента певної компенсації, безоплатними — договори, які не передбачають такої компенсації[3]. О. Ю. Кабалкін оплатність розглядає як зустрічне надання одним контрагентом іншому майнового блага[4]. Дещо ширше

---

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

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

[3] *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Зазнач. праця. — С. 308.

[4] Советское гражданское право / Под ред. В. А. Рясенцева. — М., 1986. — С. 460.

вирішив у свій час цю проблему І. Б. Новіцький, на думку якого, оплатним є договір, у якому кожна зі сторін має майновий інтерес, а безоплатним — договір в інтересах виключно однієї сторони[1]. В. В. Луць поділяє договори на оплатні та безоплатні за ознаками наявності чи відсутності у договорі зустрічного задоволення[2].

Більш повним і адекватним могло б бути визначення оплатного договору як такого, у якому кожна із сторін або третя особа, на користь якої укладено договір, отримує зустрічне певне матеріальне або нематеріальне благо, а безоплатним — у якому виконання договірних зобов'язань однією стороною на користь іншої приймається останньою без зустрічного задоволення майнових інтересів контрагента або третіх осіб[3].

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

Переважна частина цивільно-правових договорів, а також господарських договорів, врегульованих Господарським кодексом України, є оплатними за деякими винятками. При цьому тут існує певна закономірність. ***По-перше***, частина договорів є завжди оплатними (договори купівлі-продажу, поставки, контрактації, підряду). ***По-друге***, деякі договори є лише безоплатними і ніколи не можуть містити зустрічних матеріальних чи нематеріальних обов'язків. Насамперед до них належать договори дарування, позички. ***По-третє***, існує категорія договорів, які умовно можна назвати оплатно-безоп-

---

[1] *Новицкий И. Б., Лунц Л. А.* Зазнач. праця. — С. 129—130.

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

[3] *Олюха В. Г.* Зазнач. праця. — С. 102—103.

латними, тобто таких договорів, які в одних випадках можуть бути оплатними, в інших — безоплатними. Такими, зокрема, можуть бути договори про надання послуг (ст. 901 ЦК), перевезень пасажирів і багажу (ст. 911 ЦК), зберігання (ст. 946 ЦК), доручення (ст. 1000 ЦК), позики (ст. 1046 ЦК), про спільну діяльність (ст. 1130 ЦК).

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

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

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

Поділ договорів на реальні та консенсуальні відомий ще з часів римського приватного права, на що завжди звертали увагу його дослідники. На думку відомих українських вчених О. А. Підопригори та Є. О. Харитонова, за римським приватним правом реальними вважалися контракти (договори), які набували юридичної чинності в момент фактичної передачі речі, оскільки для виникнення реальних договорів (позика, позичка, зберігання, застава) необхідно було здійснити дві дії в сукупності: досягнути згоди і передати річ. Причому перелік таких договорів був вичерпним. Усі ж інші, на їх думку, контракти (договори) були консенсуальними, тобто такими, для укладення яких достатньо було досягти згоди сторін[1].

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

---

[1] *Підопригора О. А., Харитонов Є. О.* Римське приватне право. — К.: Юрінком Інтер, 2003. — С. 380—404.

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

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

Конструкція визначення договору перевозки в ЦК УРСР давала підстави для визнання його консенсуальним договором. Але в юридичній науці обґрунтовувалася можливість його реальності (переважно на залізничному транспорті) в тих випадках, коли планове завдання визначало конкретні обов'язки сторін щодо подання перевізних засобів і вантажу, що не обумовлювало потребу спеціального оформлення договірних відносин[1]. Реальним договором вважався договір довічного утримання, оскільки, на думку авторів, передача майна не становить обов'язку відчужувача і не є виконанням обов'язку, а є моментом укладення договору[2].

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

Так, у свій час О. С. Іоффе стверджував, що консенсуальними визнаються угоди, які можуть бути укладені шляхом висловлення

---

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

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

лише однієї згоди на їх укладення в формі, що вимагається за законом, а реальними є ті угоди, які можуть бути укладені шляхом передачі майна[1]. Безумовно, таке визначення реального договору є хоч і правильним, але водночас у юридичному аспекті уявляється занадто спрощеним, оскільки для реального договору, як і для консенсуального, важливо насамперед досягти згоди щодо його істотних умов у належній за законом формі. Подібна думка висловлювалася й іншими вченими, котрі стверджували, що якщо для виникнення консенсуальної угоди достатньо лише однієї згоди сторін у відповідній формі, то для реальної угоди, крім цього, необхідна передача речі від одного контрагента до другого[2]. Такий підхід став домінуючим і в українській юридичній літературі радянського періоду, в якій пануючою стала концепція про те, що коли для виникнення зобов'язання достатньо лише домовленості сторін, то такі договори є консенсуальними, а якщо для виникнення зобов'язання необхідні домовленість сторін та передача речі або грошей, то такі договори вважаються реальними[3].

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

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

По-перше, за ч. 1 ст. 640 ЦК, яка є новелою, договір є укладеним з моменту одержання особою, яка направила пропозицію укласти договір, відповіді про прийняття цієї пропозиції. У наведеній нормі ч. 1 ст. 640 нічого не говориться про необхідність досягнення згоди у належній формі щодо істотних умов договору. Але, цю нор-

---

[1] *Иоффе О. С.* Советское гражданское право. — М., 1967. — С. 266.

[2] Советское гражданское право / Под ред. О. А. Красавчикова. — М., 1968. — Т. 1. — С. 236—237.

[3] Гражданский кодекс Украинской ССР: Научно-практический комментарий. — К.: Политиздат Украины, 1981. — С. 163.

му необхідно тлумачити комплексно разом зі ст. 638 ЦК, у якій дана проблема вирішена однозначно позитивно.

По-друге, вперше на законодавчому рівні в ч. 2 ст. 640 ЦК дано загальне визначення поняття реального договору. Якщо відповідно до акта цивільного законодавства, як записано в цій статті, для укладення договору необхідні також передання майна або вчинення іншої дії, договір є укладеним з моменту передання відповідного майна або вчинення певної дії. Таким чином, розробники нового ЦК певною мірою навіть розширили доктринальне тлумачення реального договору, яке пов'язувало реальність договору лише з передачею майна. До речі, у ЦК РФ дається більш вузьке розуміння реального договору, оскільки згідно зі ст. 433 цього Кодексу, якщо відповідно до закону необхідна також передача речі, договір має вважатися укладеним з моменту передачі відповідного майна. Тобто, якщо за ЦК РФ реальним має вважатися той договір, для укладення якого обов'язковою умовою є також передача речі, то за ЦК України такою умовою може бути не лише передача речі, а й вчинення інших дій.

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

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

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

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

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

Положення ч. 3 ст. 640 ЦК про момент укладення договорів, які вимагають обов'язкового нотаріального посвідчення та (або) державної реєстрації, не узгоджені з нормами ЦК, що передбачають недійсність правочинів. Як зазначалося вище, відповідно до змісту статей 638, 640 ЦК договори, які нотаріально не посвідчені або не зареєстровані в державних органах, для яких це є обов'язковим, мають вважатися неукладеними. Але ж відповідно до ст. 220 ЦК у разі недодержання сторонами вимоги закону про нотаріальне посвідчення договору такий договір є нікчемним, тобто недійсним із

настанням відповідних правових наслідків. Безумовно, недійсність договору у такому разі має превалювати над неукладеністю.

Не конкретизовані належним чином також правові наслідки недодержання вимог закону про обов'язковість державної реєстрації договору. На наш погляд, однозначно можна лише стверджувати, що відсутність державної реєстрації договору не спричиняє його недійсність, адже положення глави 16 «Правочини» не передбачають цього ні прямо, ні опосередковано. Відтак недодержання вимог закону про державну реєстрацію правочину-договору не дає підстав вважати його вчиненим. Однак у юридичній науці поки що не склалося солідного доктринального тлумачення правових наслідків недодержання вимог ст. 210 ЦК, хоча і зазначалася окремими авторами необхідність застосування правових наслідків у вигляді неукладеності договору[1]. Інші автори або не висловлюють з цього приводу взагалі своєї позиції, або висловлюються досить неоднозначно. Наприклад, А. Ю. Бабаскін зазначає, що державну реєстрацію правочинів слід відрізняти від реєстрації окремих видів майна або його обтяжень, нездійснення якої не впливає на дійсність правочинів, за яким таке майно було придбане його власником або обтяжене[2]. Тобто якщо застосовувати методи логіко-формального юридичного аналізу наведеного судження, то цілком можливий висновок про можливість визнання недійсним правочину, за яким не було дотримано вимог закону про його державну реєстрацію.

До введення в дію нового ЦК України президія ВАСУ, виходячи з відповідних положень ЦК УРСР 1963 р., який також прямо не встановлював для цих випадків правових наслідків, у своїх роз'ясненнях «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з визнанням угод недійсними» від 12 березня 1999 р. (з наступними змінами) зазначила, що угода, укладена з порушенням правил щодо обов'язкової державної реєстрації, може бути визнана недійсною лише у тому випадку, коли такі наслідки прямо передбачені нормативним актом[3]. Однак ні ЦК УРСР, ні новий ЦК України таких випадків не встановили. Для вирішення цієї проблеми, як нам вважається, необхідно також чітко встановити правову природу державної реєстрації, її місце в системі зобов'язального договірного правовідношення та співвідношення з нотаріальною фор-

---

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

[2] Зазнач. праця. — С. 294—295.

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

мою договору. Як на наш погляд, укладення договору не повинне пов'язуватися з його державною реєстрацією, адже може виникнути парадоксальна ситуація, за якої має вважатися укладеним навіть той договір, в якому з тих чи інших причин не визначені ті чи інші його істотні умови. Тому в ч. 2 ст. 640 ЦК необхідно було б зазначити, що з моменту державної реєстрації договір набуває чинності.

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

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

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

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

Значною мірою до вирішення цієї проблеми наблизилася Т. В. Боднар, яка заперечила можливість визнання договорів консенсуальними чи реальними залежно від особливостей побудови конструкцій договірних дефініцій. На її думку, якщо момент укладення договору і момент його виконання збігаються у часі, має вживатися термін «передає» (роздрібна купівля-продаж, рента тощо); якщо ці моменти можуть збігатися або не збігатися, вживається відповідно вислів «передає або зобов'язується передати» (купівля-продаж, міна, дарування тощо); якщо ж момент укладення договору не збігається у часі з моментом його виконання, має вживатися вислів «зобов'язується передати» (поставка, контрактація, енергопостачання, підряд тощо)[1]. Такі висновки автора можуть бути правильними в багатьох випадках, але не в усіх. Наприклад, той же договір роздрібної купівлі-продажу може виконуватися через деякий проміжок часу з моменту його укладення (зокрема, при торгівлі за зразками), здійснення договору підряду в момент його виконання (ремонт речі в присутності замовника). Тому запропонований підхід може не завжди дати позитивні результати.

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

Для судової практики найважливішим, безумовно, є проблема виявлення конкретних договорів реального характеру, оскільки у цивільному законодавстві не завжди чітко проводиться поділ договорів на консенсуальні та реальні. Однією з підстав для такого розмежування може слугувати законодавча конструкція визначення поняття того чи іншого договору. Інколи вважається, що коли в законі за тим чи іншим договором зобов'язана особа (боржник) бере на себе обов'язок передати майно чи вчинити іншу дію на користь управомоченої особи (кредитора), такий договір має вважатися консенсуальним. У ЦК УРСР таких договорів була переважна більшість.

---

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

І лише в кількох випадках ЦК УРСР визначав договір (дарування, позики, довічного утримання) як такий, за яким зобов'язана особа передає майно (вчиняє іншу дію) на користь кредитора. Однак такий критерій не завжди міг дати позитивний результат, оскільки певні договори за певних умов могли бути консенсуальними і реальними (наприклад, договори перевозки, зберігання).

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

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

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

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

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

визначення поняття договору купівлі-продажу (як і багатьох інших договорів) дала підстави окремим авторам зробити помилковий висновок про можливість визнання цього договору реальним[1]. Більше того, такого висновку стали дотримуватися навіть представники Верховного Суду України (суддя, заступник голови Судової палати у цивільних справах ВСУ В. В. Кривенко)[2].

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

В юридичній літературі, як правило, беззаперечно визнаються реальними договір ренти (ст. 731 ЦК) та договір довічного утримання (ст. 744 ЦК)[3]. Підставою для такого висновку авторам слугує вищенаведена конструкція поняття цих договорів, згідно з якою одержувач ренти передає платникові ренти у власність майно, а за договором довічного утримання відчужувач передає у власність майно набувачеві, після чого у них виникають відповідні обов'язки. Однак, на наш погляд, така позиція не може бути прийнятною в усіх випадках, адже закон не містить прямої заборони вчинити сторонам таких правовідносин консенсуальний договір.

---

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

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

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

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

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

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

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

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

Досить складною і неоднозначною є ситуація з договором перевезення, оскільки ні ЦК УРСР, ні новий ЦК України з цього приводу не містять прямих положень. Так, відповідно до ст. 909 ЦК України за договором перевезення вантажу перевізник зобов'язується доставити довірений йому відправником вантаж до пункту призначення та видати його одержувачеві, а відправник зобов'язується сплатити за перевезення вантажу встановлену плату. Зміст наведеної статті дає певні підстави розглядати такий договір як консенсуальний. Однак в юридичній літературі окремі автори вважають його реальним, оскільки відправник передає вантаж перевізнику, а останній видає документ, що підтверджує цей факт[1].

Дещо по-іншому вирішує цю проблему В. В. Луць, який договори перевезення конкретного вантажу розглядає як реальні, а дого-

[1] Цивільне право України / За ред. Я. М. Шевченко. — Т. 2. — К., 2003. — С. 126.

вори про організацію перевезень — як консенсуальні, з чим можна погодитись[1].

Є певні особливості в цьому аспекті й щодо договору перевезення пасажира та багажу, за яким перевізник зобов'язується перевезти пасажира до пункту призначення, а в разі здавання багажу — також доставити багаж до пункту призначення і видати його уповноваженій особі, а пасажир зобов'язується сплатити вартість проїзду та вартість перевезення багажу (ст. 910). З цього визначення випливає, що договір перевезення пасажира — консенсуальний, а багажу — реальний, на що вже зверталася увага науковців[2].

Такий підхід у визначенні реальності й консенсуальності договору перевезень пасажира не можна поширювати на усі різновиди пасажирських перевезень, наприклад, перевезень у міському громадському транспорті, у приміських електропоїздах, в яких проїзд пасажирів здійснюється з використанням «проїзних білетів», талонів із наступним їх компостуванням у транспортному засобі або на умовах пільгового безоплатного режиму (ст. 911 ЦК). Гадаємо, що за таких обставин договір перевезення пасажира має вважатися укладеним після вчинення ним певних дій, зокрема після зайняття ним місця в транспортному засобі, компостування талона тощо. Тобто у цих випадках договір має ознаки реальності. Відповідно до ст. 52 Закону України «Про автомобільний транспорт» моментом укладення договору на перевезення таксі є посадка пасажира.

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

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

Так, М. М. Сібільов, Є. О. Харитонов зазначають, що реальний правочин вважається укладеним з моменту передачі речі, а відтак недооцінюють зміст ч. 2 ст. 640 ЦК, в якій укладеність реального договору пов'язується не лише з передачею відповідного майна, а й зі вчиненням певної дії[3]. Такий підхід цілком виправданий для

---

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

[2] Цивільне право України / За ред. Я. М. Шевченко. — Т. 2. — К., 2003. — С. 126.

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

російських цивілістів, оскільки в ЦК РФ (ст. 433) реальність договору пов'язується з передачею лише речей[1].

Хибною, як на наш погляд, є позиція тих авторів, які здійснюють поділ договорів на консенсуальні та реальні залежно від того, чи є вони двосторонніми чи односторонніми (В. С. Казанцев, Є. О. Харитонов, Ю. В. Шемонаєв). Особливо наполегливо обстоюють таку точку зору Є. О. Харитонов та Ю. В. Шемонаєв), які стверджують, що оскільки в консенсуальних правочинах момент укладення і момент виконання не збігаються, а в реальних — збігаються, то консенсуальні договори зажди є взаємними, а реальні — односторонніми[2]. Вразливість такого твердження є очевидною. По-перше, за загальним правилом, договір зберігання є реальним і водночас є двостороннім, оскільки і зберігач, і поклажодавець мають певні права і обов'язки (статті 936, 942, 946, 947, 948 ЦК України). По-друге, якщо керуватися методологією вищезгаданих авторів, то ми повинні були б визнавати реальними усі договори, які виконуються в момент їх укладення, наприклад, договори роздрібної чи ярмаркової торгівлі, договори підряду щодо лагодження речей у присутності замовника, що було б юридичним нонсенсом.

Далеко небезспірним є також висновок Р. М. Замуравкіної про те, що договір найму житла може бути як реальним, так і консенсуальними, що залежить від того, як сторони визначили порядок його укладення. Якщо вони встановили, що договір вважатиметься укладеним з моменту досягнення сторонами згоди щодо усіх істотних умов, договір буде консенсуальним, якщо ж момент укладення договору визначено передачею житла у користування — це реальний договір[3]. Цю точку зору підтримав В. В. Кривенко, вважаючи, що ЦК допускає можливість визнання сторонами на свій розсуд деяких видів договорів як реальних або консенсуальних (договорів купівлі-продажу, зберігання, факторингу)[4].

Однак така позиція суперечить тій же ст. 640 ЦК (ч. 2), з якої випливає, що договір вважатиметься укладеним з моменту передання майна або вчинення певної дії, якщо це передбачено актом цивільного законодавства. Тобто у цій статті реальність чи консенсуальність не ставиться в залежність від розсуду сторін. Очевидно

---

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

[2] Цивільне право України / За ред. Є. О. Харитонова, А. І. Дрішлюка. — Одеса: Юрид. літ., 2005. — Кн. 1. — С. 288.

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

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

автор припускається певної підміни понять, змішуючи визначення моменту укладеності договору з моментом його виконання, який сторони дійсно мають право визначити на власний розсуд. Інша справа, що законодавець передбачає для окремих видів договорів визначення їх як реальними, так і консенсуальними (договори дарування, зберігання, перевезення) залежно від порядку їх укладення. Тому сторони тут діють лише у межах, визначених законом.

Таким чином, за загальним правилом, цивільно-правові договори є консенсуальними, якщо інше не встановлено законом. Конструкція статей ЦК, в яких даються визначення поняття того чи іншого договору і вживаються терміни «сторона передає» або «сторона зобов'язується передати (виконати)», не є чинником приналежності договору до консенсуального або реального правочину, а швидше за все, вони вказують на момент виконання договору.

Цивільно-правовий договір виконує багатогранні функції, зміст яких досить повно і глибоко досліджено в цивілістичній науці. Науковці серед різноманітних функцій договору в усіх випадках виділяють: **регулятивну** функцію, яка надає сторонам право на власний розсуд врегулювати свої відносини, визначити права та обов'язки в межах, не заборонених законом; **гарантійну** (стимулюючу) функцію, яка через закріплені в договорі права, обов'язки та забезпечувальні засоби (неустойка, завдаток тощо) спонукає сторони до належного виконання договору, мобілізує їх на досягнення відповідного правового результату; **охоронну** функцію, яка полягає у створенні договором механізму правових гарантій, які упереджують від порушень прав сторін ними самими та третіми особами, а у разі їх порушення — уможливлюють застосування способів захисту порушених прав, передбачених договором або законом. Саме ці функції найбільш рельєфно визначають правову роль договору. В багатьох випадках в юридичній літературі поряд з терміном «функція договору» вживаються «роль», «значення договору». У зв'язку з цим В. В. Луць зазначив, що у функціях договору поєднуються вияв головних цілей призначення договору та його вплив на суспільні відносини[1].

Чимало авторів дають розширений перелік функцій договору. Так, В. В. Луць та О. О. Красавчиков виділяють ініціативну, програмно-координаційну, інформаційну, гарантійну (забезпечувальну), захисну функції[2].

---

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

[2] Там само. — Кн. 1. — С. 635; *Красавчиков О. А.* Гражданско-правовой договор // Гражданско-правовой договор и его функции. — Свердловск, 1980. — С. 16.

Далі пішли у формуванні переліку функцій договору представники науки господарського права, які класифікують усі функції на загальні, спеціальні та конкретні, які, в свою чергу, деталізують[1]. Наприклад, В. С. Щербина, крім вищезазначених п'яти функцій, називає функції правового засобу реалізації державних замовлень, правового інструмента децентралізованого засобу планування господарської діяльності та ін.[2]

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

§ 3. Поняття договірного права України

Цивільне право, як і будь-яка інші галузь права, звичайно має свою структурну побудову, тобто систему, під якою юристи розуміють певні сукупності взаємопов'язаних, відносно самостійних правових норм, які регулюють певну групу однорідних цивільних відносин. У цю систему входять підгалузі, правові інститути, субінститути тощо. Центральним інститутом цивільного права є інститут права власності. Норми цього інституту регулюють відносини власності у їх статиці. Однак суспільне виробництво можливе лише завдяки обігу матеріальних та інших благ. Цьому сприяють в основному норми договірного права. У зв'язку з цим і постає завдання визначити місце норм договірного права у системі цивільного права.

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

Навіть видатні сучасні російські цивілісти, автори серії наукових праць «Договорное право»[3] М. І. Брагінський та В. В. Вітрянський, які, на жаль, взагалі не торкнулися проблем поняття договірного права та його місця в системі цивільного права, надали перевагу дослідженню проблем цивільно-правового договору. Відсутні дослідження цих проблем і в українській цивілістиці, в якій дослід-

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

[2] *Щербина В. С.* Господарське право. — К.: Юрінком Інтер, 2007. — С. 300—302.

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

ники зосереджували свою увагу переважно на аналізі договірних зобов'язань[1] та окремих видів цивільно-правових договорів[2]. У зарубіжних правових системах договір розглядається як центральний інститут зобов'язального права[3].

Такі тенденції у дослідженні проблем цивільного права не сприяли виявленню загальнотеоретичних засад договірного права, визначенню його місця у структурі цивільного права. Врешті це не дозволило чітко визначити правову природу договорів, врегульованих нормами інших галузей законодавства, наприклад, господарського, земельного, сімейного. Натомість досить активно визначалися загальнотеоретичні аспекти зобов'язального права, а договірне право визнавалося переважно як його складова частина.

---

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

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

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

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

В юридичній науці, у тому числі цивілістичній, традиційним є поділ правової системи України на самостійні галузі права, які становлять самостійні, цілісні й структурно завершені підсистеми правового регулювання однорідних суспільних відносин[1]. В основі поділу системи права на галузі права лежать відповідні системоутворюючі чинники, якими є предмет та метод правового регулювання відповідної категорії суспільних відносин. При цьому останнім часом відновлено поділ усієї правової системи України на публічне і приватне право, що цілком відповідає принципам побудови світової правової системи. Публічному праву притаманні, зокрема, владнорозпорядчі засади, дія яких обов'язкова для усіх суб'єктів і стосується державних або суспільних інтересів. Щодо приватного права, то найбільш усталеною і прийнятною є думка, що воно становить сукупність правових норм, які за допомогою диспозитивного методу регулюють відносини, засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні й майновій незалежності їх учасників, які фактично закріплюють систему юридичної децентралізації[2]. Як вдало зазначив О. О. Мережко, приватне право можна визначити як систему «горизонтальних» правовідносин, які базуються на принципах свободи і рівності, а публічне — як систему «вертикальних» правовідносин, побудованих за принципом ієрархії, панування і підпорядкування, а відтак в основі приватного права закладено метод координації волевиявлень суб'єктів, а в основі публічного права — метод «субординації», за яким норми права «нав'язуються зверху»[3]. Нині ні у кого

---

[1] *Алексеев С. С.* Структура советского права. — М., 1975. — С. 32—42.

[2] *Покровский И. А.* Основные проблемы гражданского права. — М.: Статут, 1998. — С. 39—40.

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

не виникає сумнівів, що цивільне право — це приватне право. Більше того, цивільне право є фундаментом усього приватного права, до якого належать також сімейне, трудове право. Загальновизнаним в юридичній науці є правило про поділ галузей права на відповідні правові інститути, які покликані забезпечити в межах тієї чи іншої галузі відносно самостійне врегулювання певної галузевої частини відносин відповідною групою споріднених норм[1]. У цивільному праві такими нормативними утвореннями є інститут позовної давності, інститут представництва, інститут права власності, інститут зобов'язального права, інститут спадкового права.

Останнім часом досить активну підтримку вчених отримала ідея існування підгалузей права[2], які можуть об'єднувати кілька правових інститутів. На думку В. І. Борисової, у цивільному праві необхідно виділяти п'ять підгалузей: особисті немайнові права фізичної особи; право власності та речові права на чуже майно; право інтелектуальної власності; зобов'язальне право; спадкове право[3]. Фактично, автор майже все цивільне право (крім загальних положень) поділила на підгалузі. Очевидно, в основу такої класифікації В. І. Борисова поклала структурну побудову нового ЦК України, який складається з шести однойменних книг. Така класифікація підгалузей цивільного права має право на існування як наукова ідея, але вона не безспірна, адже визнання автором спадкового права підгалуззю лише на тій підставі, що вона об'єднує інститут спадкування за заповітом та інститут спадкування за законом, не має під собою достатнього правового підгрунтя. Як нам вважається, поділ спадкового права на два правових інститути є штучним, оскільки усі норми надзвичайно тісно пов'язані між собою, регулюють абсолютно однорідні відносини спадкування, а регулювання спадкування за законом та за заповітом не містить принципових розбіжностей у методах правового регулювання.

Недостатньо аргументованою є позиція автора щодо структурної побудови зобов'язального права як підгалузі цивільного права, яка має включати інститут договірного права (договірних зобов'язань), який, у свою чергу, поділяється на субінститути. Система побудови зобов'язального права та місце у ньому договірного права вимагає докладного аналізу. Подібну точку зору висловила також Я. М. Шев-

---

[1] *Алексеев С. С.* Зазнач. праця. — С. 32—42; *Керимов Д. А.* Философские проблемы права. — М.: Мысль, 1972. — С. 288.

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

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

ченко, яка підгалузями цивільного права визнає: речове право, засноване на приналежності речей; зобов'язальне право, в якому зосереджені всі інститути, що стосуються обігу, а також недоговірні інститути; виключні права, де розглядаються питання використання нематеріальних об'єктів, які є результатом творчої діяльності; спадкові права; особисті немайнові права[1].

За радянського періоду зобов'язальне право вважалося найбільшим правовим інститутом, який складався із загальних норм та інститутів щодо усіх видів зобов'язань і спеціальних норм та інститутів щодо окремих видів відносин[2]. За таких обставин незрозумілою уявляється взагалі роль договірного права, яке не може бути визнаним навіть правовим інститутом. Подібна точка зору поділялася й іншими радянськими вченими[3]. Дещо відмінну позицію займав О. С. Іоффе, який вів мову про інститут зобов'язального права, а не про зобов'язальне право як самостійний правовий інститут[4].

Так, не викликає жодного сумніву визнання зобов'язального права підгалуззю цивільного права. Власне, цей факт визнається більшістю цивілістів сучасного періоду[5]. Проти такої концепції важко заперечити, адже дійсно норми ЦК УРСР 1963 р. і норми ЦК України, що врегулювали зобов'язальні відносини, становлять фактично найбільшу питому вагу, порівняно з іншими сукупностями правових норм. Але не можна заперечувати і той факт, що за такого підходу принижується роль договірного права, яке зводиться до визнання його звичайним правовим інститутом. Так, із 696 статей, що загалом регулюють зобов'язальні відносини, 517 статей присвячено загальним положенням про договір та окремим видам договорів. Вже це саме по собі є підставою для переосмислення місця договірного права в зобов'язальному праві. Значимість договірного права загалом у цивільному праві та вагомість сукупності договірнорегулюючих норм дають нам підстави підвищити місце договірного права в підгалузі зобов'язального права. Гадаємо, що усі норми

---

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

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

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

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

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

ЦК, які вміщені в главах 52 «Поняття та умови договору», 53 «Укладення, зміна і розірвання договору», в розділі третьому «Окремі види зобов'язань», а також норми щодо договорів, розміщені в інших актах законодавства України, можуть бути цілком закономірно об'єднані в генеральний інститут договірного права, до складу якого входять відповідні групи цивільно-правових норм, які визначають особливості регулювання окремих видів договірних відносин (купівлі-продажу, майнового найму, підряду тощо) та утворюють відносно автономні правові інститути (базові інститути), що функціонують у межах генерального інституту договірного права. Однак на цьому побудова системи договірного права не завершується, оскільки в межах того чи іншого правового інституту можуть діяти певні субінститути (підінститути). Наприклад, у купівлі-продажу таким субінститутом може вважатися договір роздрібної торгівлі, в наймі (оренді) — прокат, лізинг, позичка.

Наведене не суперечить науковим поглядам про правові інститути. В цивілістичній науці сформувалися в цілому усталені погляди щодо поняття правового інституту, які, однак не відзначаються великим розмаїттям. Якщо їх узагальнити, то вони зводяться до того, що цивільно-правовий інститут є певною сукупністю цивільно-правових норм, що регулюють певну споріднену зовнішньо і внутрішньо категорію цивільно-правових відносин[1], або певні групи цивільно-правових норм, що регулюють однорідні відносини[2], тощо. Наведені визначення безумовно формально є правильними, але містять надто мало змістовної інформації, яка б дозволила чітко визначати ту чи іншу конкретну групу правовідносин. Постає також питання щодо ступеня їх однорідності. Однак у запропонованій редакції наведені визначення правового інституту не можуть дати відповіді на ці питання. Не сприяє цьому також аналіз праць російських юристів. Наприклад, Н. Д. Єгоров стверджує, що поряд із загальними родовими ознаками суспільні відносини, що входять до предмета цивільного права, характеризуються специфічними особливостями, які зумовлюють внутрішню структурну диференціацію цивільного права з поділом їх на підгалузі та інститути права[3]. І знову ж у цих випадках важко віднайти критерії для поділу цивільного права на зазначені

---

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

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

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

сукупності цивільно-правових норм, оскільки в наведеному не пропонується якісна характеристика таких однорідних відносин.

Як на наш погляд, для вирішення проблеми визначення сукупності правових норм, що має юридичне право вважатися правовим інститутом цивільного права, необхідно встановити наявність у них відповідних ознак. Як вірно відзначив В. Ф. Яковлєв, цивільне право входить до розвиненої правової системи, в якій склалися норми та інститути високого ступеня узагальнення[1]. Зрозуміло, що це здебільшого стосується інститутів загальної частини цивільного права як-от: правосуб'єктність учасників цивільних правовідносин, правочини, представництво, право власності, позовна давність тощо. Визнаючи зобов'язальне право підгалуззю, оскільки в ній багато норм загального характеру, Т. І. Ілларіонова звертає увагу на те, що до нього входять інститути конкретного змісту і відповідно інститути і підгалузі в цивільному праві виділяються або за предметним, або за функціонально-службовим критерієм[2]. Таку тезу можна прийняти до уваги і, якщо її розвинути, то можна дійти висновку, що в зобов'язальному праві є *загальнорегулятивні норми функціонального призначення, поширювані на всі види зобов'язальних відносин; загальнорегулятивні норми, поширювані на певну частину зобов'язальних відносин (наприклад, на договірні чи на позадоговірні зобов'язання), та спеціальні норми, поширювані на конкретні окремі види договірних чи позадоговірних відносин (наприклад, купівля-продаж, дарування, довічне утримання, найм тощо) і закріплені, як правило, в окремій главі ЦК України.*

Таким чином, **зобов'язальне право визнається підгалуззю права насамперед тому, що регулює відносно однорідні договірні та позадоговірні зобов'язальні відносини, містить норми загальної та спеціальної дії, що мають предметну та функціональну спрямованість.** Однак не можна ігнорувати і той факт, що в зобов'язальному праві домінує сукупність норм, які регулюють лише договірні зобов'язальні відносини. Більше того, ці норми також поділяються на норми загальної дії (розташовані в главі 52 «Поняття та умови договору», главі 53 «Укладення, зміна і розірвання договору») та спеціальної дії (в главах 54—77). Відтак можна навіть стверджувати, що сукупність норм, які регулюють договірні зобов'язальні відносини, має свою загальну і особливу частину, що і дає усі підстави визнати існування генерального інституту договірного права, до складу якого, в свою чергу,

---

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

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

входять окремі базові інститути та субінститути, що також додатково регулюють відповідні види відносно однорідних невеликих груп договірних відносин. Однією з формальних ознак існування відносно самостійних інститутів купівлі-продажу, дарування, довічного утримання тощо є об'єднання відповідної сукупності правових норм у структурній частині ЦК на рівні глави. Крім того, кожний такий інститут договірного права має, як правило, *самостійну статтю загальної дії*, в якій дається загальне визначення поняття того чи іншого договору. Певною мірою такі ознаки притаманні й деяким субінститутам (наприклад, договору роздрібної торгівлі) договірного права. Це означає, що фактично може існувати багатопорядкова структурна побудова системи права. На думку представниці господарсько-правової науки О. А. Беляневич, кожна галузь права виступає як система другого порядку, об'єднуючи правові інститути — системи третього порядку і відповідно господарське право як галузь (система норм другого порядку є елементом системи першого порядку, тобто системи права України, а господарське договірне право є складовою господарського права (його інститутом).[1] Однак, як вже було доведено, ці системи можуть бути і більш багатопорядковими.

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

У зв'язку з цим необхідно ще раз звернутися до структури права України, яка, як свідчить історія його розвитку, не залишається незмінною. Галузі права можуть відмирати у зв'язку з політико-економічними змінами в країні. Так, у зв'язку з ліквідацією колгоспів у період формування ринкових умов господарювання відійшло в історію колгоспне право. Водночас бурхливий розвиток законодавства спричинив формування підприємницького права[2], екологічного права[3], корпоративного права[4], господарського права[5], які інколи

---

[1] *Беляневич О. А.* Господарське договірне право України. — К.: Юрінком Інтер, 2006. — С. 81.

[2] *Рабінович П. М.* Основи загальної теорії права і держави. — К.: ІСДО. — 1995. — С. 95—96.

[3] *Андрейцев В. І.* Право екологічної безпеки. — К.: Знання-Прес, 2002. — С. 11—22.

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

[5] Хозяйственное право / Под ред. В. К. Мамутова. — К.: Юрінком Інтер, 2002. — С. 9—18.

вважають галузями права. Однак такі формування правових норм навряд чи можна визнавати самостійними галузями права, оскільки вони містять різногалузеві норми. Тому вони можуть бути визнані комплексними утвореннями і навіть галузями права, можливість існування яких вже давно обґрунтована юридичною наукою. Так, С. С. Алексєєв зазначав, що з розвитком законодавства, зумовленого економічними, соціально-політичними відносинами, видають комплексні акти, які формують комплексні галузі законодавства, а зрештою, і комплексні правові утворення[1]. Ще далі у свій час пішов у своїх висновках В. К. Райхер, який такі правові утворення безпосередньо визнавав комплексними галузями права[2]. Гадаємо, така точка зору є цілком прийнятною, оскільки в комплексних галузях права можуть об'єднуватися різнорідні правові норми, покликані регулювати певні сфери діяльності, предметом якої можуть бути різнорідні суспільні відносини.

Такі трансформаційні процеси в системі права не оминули й іншу структурну ланку, яка складається з правових інститутів самостійних галузей права. Власне, відбувається процес проникнення до цих інститутів норм різних галузей права, що зумовлюється необхідністю врахування особливостей окремих видів суспільної діяльності. Об'єктивно це знаходить вираження у прийнятті комплексних актів законодавства, таких як, наприклад, закони України «Про захист прав споживачів», «Про приватизацію державного майна», «Про оренду державного та комунального майна», «Про цінні папери та фондовий ринок», «Про банки і банківську діяльність», «Про зовнішньоекономічну діяльність», «Про регулювання товарообмінних (бартерних) операцій у галузі зовнішньоекономічних відносин», «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» та багато інших. Завдяки таким законодавчим актам забезпечується більш раціональне комплексне врегулювання відносин товарообігу, у зв'язку з чим відпадає потреба у прийнятті кількох окремих законодавчих актів, тобто реалізується принцип законодавчої ефективності та економічності. Водночас забезпечується врахування особливостей окремих об'єктів цивільних та інших правовідносин, наприклад нерухомості, цінних паперів, фінансових послуг тощо. Така ситуація змусила юристів визнати можливість існування комплексних або змішаних правових інститутів[3].

---

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

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

[3] *Щербина В. С.* Господарське право України. — К.: Атіка, 1999. — С. 30—31.

Таким чином, постає питання про галузеву приналежність норм, що регулюють договірні відносини, та про галузеву приналежність договірного права. Безумовно, тут необхідно враховувати нетотожність понять «галузь права» і «галузь законодавства». Цивілістична наука однозначно визнає, що, якщо цивільне право — це система цивільно-правових норм, то цивільне законодавство — це система нормативних актів, у яких знайшли своє вираження цивільно-правові норми, а відтак цивільне законодавство — це форма вираження цивільного права як галузі права[1].

Водночас представники цивілістичної школи визнають, що у практиці немає «чистих» галузей законодавства, тобто таких, які б містили норми виключно однієї галузі права, і зрештою, стверджувала Д. В. Боброва, сукупність комплексних нормативних актів становить комплексне законодавство, за допомогою якого забезпечується консолідація норм групування їх у самостійні рубрики, скорочення, множинності й усунення між ними суперечностей[2].

Подібної позиції дотримуються і деякі представники господарського права. Як влучно зауважив В. С. Щербина, норми господарського права функціонують завдяки своїй нормативній формі — формі нормативних актів, а тому господарське законодавство загалом можна визначити як систему нормативних актів, які є інституційними джерелами господарського права[3]. Такий підхід до визначення співвідношення галузі законодавства і галузі права дав також автору підстави визнати господарські відносини комплексними, а господарське право — комплексною галуззю права.

Звісно, комплексний характер галузей законодавства в цілому та окремих нормативних актів впливає не лише на формування права та їх зміст, а й на формування їх окремих правових інститутів. І за таких обставин надзвичайно велика кількість правових норм, що регулюють договірні відносини, зосереджені за межами Цивільного кодексу України і містяться як в окремих кодифікованих актах, так і в нормативних актах комплексного характеру. Відповідно постає питання про допустимість включення таких «чужих» норм до цивілістичного інституту договірного права. З огляду на те, що існують комплексні галузі права, неможливо заперечувати вплив різногалузевого законодавства на правові інститути відповідних галузей права. Тому є достатньо підстав підтримати позицію тих авторів, які визнають

---

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

[2] Цивільне право України / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — Кн. 1. — С. 36.

[3] *Щербина В. С.* Господарське право. — К.: Юрінком Інтер, 2007. — С. 75—80.

існування комплексних (змішаних) правових інститутів. Якщо це заперечити, то необхідно визнати, що в кількох галузях права існують інститути права власності (в цивільному, земельному, сімейному праві), інститути договірного права (в цивільному, земельному, господарському, банківському та інших самостійних та комплексних галузях права)[1]. Однак, незважаючи на розосередженість норм, що регулюють договірні відносини, поза сумнівом є факт їх цивілістичного походження. Відповідно норми, розміщені поза межами актів цивільного законодавства, виконують допоміжну (субсидіарну) роль, яка полягає у врахуванні особливостей регулювання договірних відносин в окремих видах діяльності. Тому договірне право має бути визнане генеральним інститутом цивільного права комплексного характеру, а окремі види договірних зобов'язань — спеціальними інститутами (субінститутами), норми яких регулюють відносно самостійні договірні відносини за їх предметною ознакою.

Нині спостерігається певною мірою небезпечна тенденція до визнання будь-якої сукупності правових норм чи окремих правових явищ інститутами. Так, на думку Ю. О. Заіки, інститутами спадкового права є: відкриття спадщини, підстави спадкування, охорона спадкового майна, виконання заповіту, спадковий договір тощо[2]. Подібний поділ автором спадкового майна на окремі самостійні правові інститути є методологічно необґрунтованим (за винятком спадкового договору), оскільки автор штучно розчленовує фактично однорідні спадкові відносини, а також виокремлює похідні правовідносини, які мають допоміжне значення (наприклад щодо виконання заповіту).

Значимість стадії виконання договору оригінальним чином вирішила підкреслити Т. В. Боднар, яка запропонувала виконання зобов'язання розглядати як правовий інститут, як процес і як підставу припинення зобов'язання. І найголовніше, автор запропонувала вважати інститутом виконання зобов'язання сукупність цивільно-правових норм, що регулюють суспільні відносини, які виникають у зв'язку з виконанням зобов'язань[3].

---

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

[2] *Заіка Ю. О.* Спадкове право України: Навч. посібник. — К.: Істина, 2005. — С. 20.

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

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

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

Зокрема, відсутні принципові перешкоди до виділення у функціонально-допоміжні інститути ті сукупності правових норм, які сприяють функціонуванню основного договірного правовідношення. Тобто можна стверджувати, що до договірного права як генерального правового інституту, входять інститути окремих видів договорів, які, в свою чергу, можуть складатися з відносно автоном-

них підінститутів (субінститутів) за предметним чи функціональним призначенням їх норм.

Останнім часом активізувалися спроби дати визначення договірного права у вузькогалузевому значенні.

Так, В. С.Мілаш висловила твердження про те, що «усе різноманіття норм, що залучаються до механізму правового регулювання господарсько-виробничих відносин, учасники яких мають за мету отримання прибутку, утворюють право комерційних договорів, складниками якого є: а) національне (внутрішнє) комерційне договірне право як частина господарського договірного права; б) транснаціональне комерційне право (Lex mercatoria)»[1].

Наведене визначення комерційного права має чимало вразливих місць. В ньому, зокрема, взагалі не визначено зміст відносин, що мають регулюватися договірним правом.

Більш науково виважене визначення поняття господарського договірного права сформулювала О. А. Беляневич, яка розглядає господарське договірне право як «сукупність господарсько-правових норм, що регулюють усі стадії існування договірного зобов'язання, а також включаючи переддоговірну стадію (стадію укладення господарського договору) є складним інститутом господарського права, в якому виділяються загальні положення про договори та спеціальні норми про окремі види господарських договорів»[2].

Однак і таке визначення договірного права є дискусійним і неповним, адже в ньому механізм правового регулювання зведений лише до сукупності господарсько-правових норм, що насправді штучно обмежує його джерельну базу. Водночас з автором можна погодитись в тому, що господарське договірне право є комплексним правовим інститутом.

З урахуванням усього викладеного **договірне право можна визначити як системно упорядковану сукупність правових норм, розміщених у ЦК України, інших актах законодавства та норм-вимог, розміщених в інших джерелах права, які встановлюють: принципи договірних відносин; правила та порядок укладення договору; зміст договору, тобто права та обов'язки сторін; порядок виконання договірних зобов'язань; правові наслідки неналежного виконання (невиконання) договірних зобов'язань та способи захисту порушених прав сторін договору**.

---

[1] *Мілаш В.С.* Комерційний договір у контексті сучасних ринкових умов. — Харків, 2007. — С. 339.

[2] *Беляневич О.А.* Господарське договірне право України. — К.: Юрінком Інтер, 2006. — С. 107.

§ 4. Джерела договірного права України

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

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

Цивільний кодекс України, який іноді називають «Економічною Конституцією України», є основним кодифікованим актом цивільного законодавства. ЦК складається з шести книг: Книга перша — «Загальні положення», Книга друга — «Особисті немайнові права фізичної особи», Книга третя — «Право власності та інші речові права», Книга четверта — «Право інтелектуальної власності», Книга п'ята — «Зобов'язальне право», Книга шоста — «Спадкове право». Таким чином, на рівні книг відсутнє посилання на існування в тій чи іншій формі норм договірного права. Зрозуміло, що вони містяться в Книзі п'ятій — «Зобов'язальне право». Так, у розділі другому Книги п'ятої глава 52 присвячена поняттю та умовам договору (статті 626—637 ЦК), глава 53 — укладенню, зміні і розірванню договору (статті 638—654), а у розділі третьому «Окремі види договірних зобов'язань» договірним зобов'язанням присвячені глави 54—77 (статті 655—1143). Однак договору присвячені певною мірою й інші норми ЦК, розміщені в десятках статей Книги першої, Книги третьої, Книги четвертої, Книги шостої. Постає питання про правову природу цих правових норм, про їх співвідношення з нормами Книги п'ятої, які безпосередньо присвячені регулюванню договірних відносин.

У загальній теорії права пропонуються різні класифікації норм права. Зокрема, пропонується їх класифікувати за галузевою прина-

лежністю, юридичною силою, ступенем спорідненості змісту, характером встановлюваних правил поведінки, способами встановлення правил поведінки (тобто категоричні чи диспозитивні). На наш погляд, класифікація норм за галузевою ознакою чи за юридичною силою має значення переважно для загальнотеоретичних досліджень[1].

Важливою уявляється класифікація, в основі якої лежить поділ норм за формою регулювання: **зобов'язуючі**, які змушують до здійснення певних дій; **уповноважуючі**, які дозволяють вчиняти передбачені в законі дії; **заборонні**, які зобов'язують суб'єктів утримуватися від вчинення певних дій[2]. С. С. Алексєєв усі норми права поділяє на регулятивні та правоохоронні. Така класифікація, на його думку, означає, що до регулятивних належать приписи позитивного регулювання (зобов'язуючі, уповноважуючі, заборонні), які забезпечують встановлення певної поведінки шляхом надання учасникам суспільних відносин суб'єктивних прав та покладення на них позитивних суб'єктивних обов'язків, а до правоохоронних — приписи, спрямовані на визначення поведінки суб'єктів шляхом регламентації механізмів державно-примусового впливу у формі санкцій, їх підстав, характеру, обсягу[3]. Водночас з огляду на недостатність класифікаційних груп автор зауважив, що в міру поглиблення спеціалізації права до вищезазначених двох основних видів норм приєднуються спеціалізовані приписи (загальні, дефінітивні, декларативні, оперативні, колізійні), які безпосередньо не є підставою виникнення правовідносин, мають додатковий характер і по-різному виявляються в тій чи іншій галузі права.

Звичайно, правові позиції загальної теорії права необхідно враховувати при характеристиці класифікації норм інститутів цивільного права. В цивілістичній літературі були спроби дати класифікацію норм інституту права власності наступним чином: а) регулятивні (правовстановлювальні, зобов'язуючі, заборонні); б) спеціалізовані; в) правозахисні[4].

Наведена класифікація є життєздатною і прийнятною для інституту права власності. Однак договірне право, як на наш погляд, містить набагато різноманітніші норми, що вимагає повнішої класифікації, яка б враховувала адекватно особливості структурної та змістовної побудови цих норм. У будь-якому разі поділ договірних норм на регулятивні й правоохоронні не може розкрити їх змісту.

---

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

[2] Там само.

[3] *Алексеев С. С.* Структура советского права. — М., 1975. — С. 102—110.

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

Власне, очевидною є недооцінка С. С. Алексєєвим змісту правоохоронних норм, які фактично завжди є за формальними ознаками правоохоронними, а за своїм змістом також регулятивними. Крім того, автор не виділяє серед правоохоронних ті норми, які є правозахисними, тобто норми, які вступають у дію лише у разі порушення договірного зобов'язання, що спричинює виникнення правозахисного правовідношення. Не можна оминати також *норми-принципи*, *норми-дефініції*, норми, що забезпечують передумови виникнення чи функціонування договірних відносин, тощо.

З огляду на викладене, доцільно виділити наступні класифікаційні групи договірних норм.

Норми-приписи — це такі норми, які визначають основоположні ідеї, на яких має базуватися договірне право[1]. До таких норм належать насамперед положення ст. 3 ЦК України про загальні засади цивільного законодавства (неприпустимість свавільного втручання в сферу особистого життя людини; неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, встановлених Конституцією України; свобода договору; свобода підприємницької діяльності, не забороненої законом; судовий захист цивільного права та інтересу; справедливість, добросовісність та розумність). Останні продубльовані також у ст. 509 ЦК, в якій записано, що зобов'язання має ґрунтуватися на засадах добросовісності, розумності та справедливості. Загалом же принципи добросовісності, розумності та справедливості у тому чи іншому співвідношенні вживаються в нормах, присвячених договірним відносинам, десятки разів, що свідчить про їх значний вплив на формування змісту правових норм[2]. Звісно, наведеними принципами не обмежується їх перелік у договірному праві, адже тут може виявлятися дія інших як суто цивільно-правових принципів (принципи обов'язковості договору, належного та реального виконання тощо), так і загальноправових, притаманних усій системі права України[3].

Норми-дефініції в договірному праві мають велику питому вагу в системі договірного права, під якими ми розуміємо норми, які в узагальненій формі визначають зміст та правову природу юридичних понять і фактів. У книзі «Зобов'язальне право» норми-дефініції визначають: поняття зобов'язання (ст. 509); поняття неустойки (ст. 549);

---

[1] Поняття принципів цивільного права детально розглядається в другому розділі.

[2] *Боднар Т. В.* Виконання договірних зобов'язань у цивільному праві. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — С. 34—58.

[3] *Колодій А. М.* Принципи права України. — К.: Юрінком Інтер, 1998. — С. 28—40.

поняття поруки (ст. 553); поняття гарантії (ст. 560); поняття завдатку (ст. 570); поняття притримання (ст. 594); поняття порушення зобов'язання (ст. 610); поняття договору (ст. 626); поняття строку договору (ст. 631); поняття публічного договору (ст. 633); поняття договору приєднання (ст. 634); поняття договору на користь третьої особи (ст. 636); поняття істотного порушення договору (ст. 651); поняття окремих видів договорів (глави 54 — 77); поняття спадкового договору (ст. 1302).

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

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

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

До *другої групи* мають належати ті норми, які: а) передбачають для укладення тих чи інших договорів попереднє одержання дозволів (наприклад, органів опіки та піклування на вчинення правочинів

опікунами та піклувальниками відповідно до ст. 71 ЦК; органів, уповноважених Верховною Радою АРК або місцевими радами управляти майном, на оренду державних та комунальних цілісних майнових комплексів, їх структурних підрозділів та нерухомого майна відповідно до ст. 287 ГК; ліцензій для укладення певних договорів, наприклад, для операцій з валютними цінностями); б) передбачають проведення переддоговірних організаційно-правових заходів (наприклад, проведення конкурсів, аукціонів тощо).

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

Нарешті значну частину в договірному праві становлять **правозахисні норми**, які вступають у дію лише у зв'язку з порушенням договірного зобов'язання. Водночас можна зауважити, що порушення договірного зобов'язання може мати уявний характер, адже суд може і не встановити такого факту. Правозахисні норми необхідно відмежовувати від загальноохоронних. В юридичній науці, у тому числі в цивілістичній, вже сформовані певні погляди щодо співвідношення таких понять, як «правова охорона» та «правовий захист». Загалом нині спостерігається в юридичній науці тенденція до визнання пра-

вового захисту відповідною складовою частиною правової охорони, до якої мають включатися лише ті правові засоби, потреба у застосуванні яких виникає лише у момент порушення суб'єктивного (регулятивного) права[1].

Особливу позицію з цього питання зайняв Г. М. Стоякін, на думку якого правовий захист включає в себе: а) видання норм, які встановлюють права та обов'язки, визначають порядок їх здійснення, захисту та застосування санкцій; б) діяльність суб'єктів зі здійснення і захисту своїх суб'єктивних прав; в) попереджувальну діяльність держави і громадських організацій, а також діяльність із реалізації правових санкцій[2].

Із наведеного вбачається, що автор фактично усі норми визнає правозахисними, у тому числі ті, які мають суто регулятивний характер. Іншими словами, відбулося ототожнення автором правоохоронних і правозахисних норм. З таким підходом важко погодитися. Як зазначалося в юридичній літературі, поряд із широким розумінням охорони в науці і в законодавстві використовується поняття охорони і у вузькому розумінні слова, згідно з чим до нього включаються лише ті передбачені законом міри, які спрямовані на відновлення чи визнання цивільних прав і захисту інтересів при їх порушенні або оспорюванні, а тому з метою уникнення термінологічної плутанини охорону у вузькому значенні прийнято іменувати **захистом цивільних прав**[3]. З такою думкою важко не погодитись. Але головним у цій ситуації є не можливість плутанини у термінології, а правові реалії, які полягають у тому, що правові норми, які розпочинають свою дію після порушення договору, мають свої істотні особливості, які виправдовують виділення їх в окрему відносно самостійну структурну групу.

Цікаву позицію задекларував В. М. Коссак, на думку якого правовий захист нерозривно пов'язаний з правовою охороною. Між

---

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

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

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

ними є різниця, визначена у самому законі, згідно з яким, зокрема, у ст. 16 ЦК України йдеться про захист та способи захисту цивільних прав, а термін «охорона» вживається у статтях, що регулюють особисті немайнові відносини[1]. Наведені автором аргументи лише частково підтверджують його позицію, яка досить легко спростовується, зокрема, змістом ст. 432 ЦК України, згідно з якою кожна особа має право звернутися до суду за захистом свого права інтелектуальної власності відповідно до ст. 16 цього Кодексу. Тобто вже самі норми інституту права інтелектуальної власності уможливлюють захист такого порушеного права засобами, передбаченими для застосування у разі порушення будь-якого цивільного права. Інша справа, що законодавець далеко не завжди враховує особливості співвідношення правової охорони та захисту, віддаючи перевагу першому поняттю. Наприклад, такими є закони України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі», «Про охорону прав на промислові зразки», «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг». Як на наш погляд, зазначені закони одержали таку назву тому, що в них правова охорона передбачених ними прав розглядається у широкому розумінні, що саме по собі не виключає розміщення в них чисто правозахисних норм. Відповідно і у Законі України «Про захист прав споживачів», незважаючи на таку назву, містяться охоронні норми, які регулюють відносини купівлі-продажу, підряду тощо до моменту порушення прав договірних сторін. Отже, сама по собі назва того чи іншого акта законодавства не може бути покладена в основу критерія виявлення правової природи договірних норм. З іншого боку, не можна також нехтувати законодавчою термінологією, у тому числі застосовуваною у ЦК. Так, ст. 15 ЦК закріплює право кожної особи на захист свого цивільного права у разі його порушення, невизнання або оспорювання. Вже зі змісту наведеної норми з очевидністю вбачається, що право на захист безпосередньо пов'язується з моментом порушення цивільних прав та інтересів. Цей висновок підтверджується також наступною ст. 16 ЦК, в якій безпосередньо визначені конкретні способи захисту цивільних прав та інтересів. Зміст цих способів також свідчить про те, що право на їх застосування виникає в момент порушення цивільних прав та інтересів.

З наведеного можна дійти висновку про відносну самостійність норм ЦК, які передбачають застосування відповідних способів захисту цивільних прав та інтересів. Відтак є достатньо підстав підтри-

[1] Цивільне право України / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. — Юрінком Інтер, 2004. — Кн. 1. — С. 233.

мати позицію С. С. Алексєєва, який вважає, що правовий захист — це державно-примусова діяльність, спрямована на поновлення порушеного права, забезпечення виконання юридичного обов'язку[1]. У даному випадку таку діяльність необхідно розглядати як таку, що спрямована на реалізацію передбачених законом способів захисту порушених прав та інтересів.

Договірному праву, як і іншим правовим інститутам, можуть бути притаманні певні особливості конструкції правозахисних норм. По-перше, вони розташовані в різних структурних частинах ЦК, ГК, інших актах законодавства України. Так, до правозахисних норм договірного права мають бути віднесені насамперед норми глави 3 «Захист цивільних прав та інтересів», глави 16 «Правочини», які носять загальний характер для усіх договірних зобов'язань. Безперечно, правозахисними є усі норми глави 51 ЦК, які визначають правові наслідки порушення зобов'язання, у тому числі підстави та міри застосування відповідальності. Нарешті, правозахисними мають вважатися ті норми, які регулюють правові наслідки порушень окремих видів договірних зобов'язань. Показовою у цьому аспекті може бути глава 54 «Купівля-продаж», в якій міститься найбільше правозахисних норм, порівняно з іншими договорами. До них, зокрема, можна віднести ст. 661 про відповідальність продавця у разі відсудження товару у покупця, ст. 665 про правові наслідки відмови продавця передати товар, ст. 666 про правові наслідки невиконання продавцем обов'язку передати приналежності товару та документи, що стосуються товару, ст. 670 про правові наслідки порушення умови договору щодо кількості товару, ст. 672 про правові наслідки порушення умови договору щодо асортименту товару, ст. 678 про правові наслідки передання товару неналежної якості та інші статті цієї глави (679, 680, 681, 684, 686, 688, 709, 710, 711).

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

Господарський кодекс України безперечно є джерелом правового регулювання певної частини цивільних відносин. Власне, це випливає зі змісту норм ЦК та ГК, незважаючи на їх певну непослідовність та суперечливість. Відповідно до ст. 9 ЦК України законом можуть бути передбачені особливості регулювання майнових відно-

[1] *Алексеев С. С.* Общая теория права. — М., 1981. — Т. 1. — С. 180.

син у сфері господарювання. Натомість, за ст. 4 ГК не є предметом регулювання цього Кодексу «майнові та особисті немайнові відносини, що регулюються Цивільним кодексом України».

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

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

ГК та інших законів не повинні суперечити нормам ЦК. Водночас ч. 7 ст. 179 ГК бажано було б викласти у наступній редакції: «Господарські договори, засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників, укладаються за правилами, встановленими Цивільним кодексом України, з урахуванням особливостей, передбачених цим Кодексом, іншими нормативно-правовими актами щодо окремих видів договорів за умови, що норми Цивільного кодексу України допускають інше врегулювання договірних відносин законом.»[1]

Надзвичайно розгалуженими і різноманітними джерелами договірного права є норми транспортного законодавства, яке складається з багатьох законів, кодексів, статутів, інших нормативно-правових актів. Найзначущими серед них є закони України: «Про транспорт» від 10 листопада 1994 р.[2], «Про залізничний транспорт» від 4 липня 1996 р.[3], «Про трубопровідний транспорт» від 15 травня 1996 р.[4], Кодекс торговельного мореплавства України[5], Повітряний кодекс України[6], Статут залізниць України[7], Статут внутрішнього водного транспорту, затверджений постановою РМ СРСР від 15 жовтня 1955 р.[8], Статут автомобільного транспорту УРСР[9].

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

Кодекс торговельного мореплавства України[10] також містить значну кількість норм, які є джерелом договірного права в сфері торговельного мореплавства. Відповідно до ст. 1 КТМ під торговельним мореплавством у цьому Кодексі розуміється діяльність, пов'язана з використанням суден для перевезення вантажів, багажу та пошти, рибних та інших морських промислів, розвідки та видобування корисних копалин, виконання буксирних, криголамних і рятувальних операцій, прокладення кабелю, також для інших господарських, наукових і культурних цілей. Важливою є ст. 4 КТМ, згідно з якою

---

[1] *Беляневич О. А.* Господарське договірне право України. — К.: Юрінком Інтер, 2006. — С. 149—180.

[2] Відомості Верховної Ради України. —1994. — № 51. — Ст. 446.

[3] Там само. —1996. — № 40. — Ст. 183.

[4] Там само. — 1996. — № 29. — Ст. 139.

[5] Там само. — 1995. — № 47. — Ст. 349.

[6] Там само. — 1993. — № 25. — Ст. 274.

[7] Офіційний вісник України. — 1998. — № 14. — С. 150.

[8] СП СРСР. — 1959. — № 2. — Ст. 12.

[9] ЗП УРСР. — 1969. — № 7. — Ст. 89.

[10] Відомості Верховної Ради України. — 1995. — № 47. — Ст. 349.

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

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

Серед перерахованих структурних частин КТМ особливу увагу необхідно звернути на положення глави «Договір морського перевезення вантажу» та глави «Договір морського перевезення», якими встановлюються обмеження розміру відповідальності та встановлення широкого кола підстав для звільнення від відповідальності (статті 176, 177, 178, 181, 193, 194). Як на наш погляд, встановлені нор-

мами КТМ обмеження відповідальності перевізника не суперечать як загальним, так і спеціальним нормам ЦК України з наступних міркувань.

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

Повною мірою також узгоджуються ст. 179 КТМ та ст. 924 ЦК у частині встановлення обмеженої відповідальності перевізника за втрату, нестачу, псування або пошкодження вантажу у розмірі фактичної шкоди. Однак цього не можна сказати щодо незбереження перевізником багажу пасажира, оскільки за ст. 194 КТМ відповідальність перевізника за втрату або пошкодження каютного багажу в жодному разі не може перевищувати 1800 розрахункових одиниць на пасажира відносно перевезення в цілому (щодо автомашини та багажу, що перевозяться в машині — не більше 1000 розрахункових одиниць, щодо іншого багажу — не більше 2700 розрахункових одиниць), а за ст. 924 ЦК перевізник відповідає за втрату, нестачу, псування або пошкодження прийнятих до перевезення вантажу, багажу, пошти у розмірі фактичної шкоди, якщо не доведе, що це сталося не з його вини. При цьому у ЦК не міститься ніякого застереження про можливість встановлення іншого розміру відшкодування за незбереження багажу. Якщо виходити з того, що в КТМ ця проблема вирішена з урахуванням традицій торговельного мореплавства і міжнародного досвіду, міжнародних конвенцій з морського права, то, як на наш погляд, ч. 2 ст. 924 ЦК необхідно було б доповнити

нормою про те, що *в торговельному мореплавстві перевізник відповідає за втрату, нестачу, псування або пошкодження багажу у розмірі, що визначається за правилами Кодексу торговельного мореплавства України.*

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

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

Земельний кодекс України, прийнятий 25 жовтня 2001 р., містить десятки статей, які можуть розглядатися як джерело договірного права, оскільки так чи інакше регулюють цивільні відносини, об'єктом яких виступає земля. Така думка може виявитися дещо відмінною від поглядів представників науки земельного права, які вважають, що наявність у земельному законодавстві окремих норм щодо регулювання земельних відносин, які за змістом можна розцінювати як цивільно-правові (купівля-продаж, дарування, спадщина, відшкодування збитків), свідчить про те, що земельне законодавство має комплексний характер, але від цього норми земельного права, якими регулюються специфічні земельні відносини, не втрачають притаманних їм галузевих ознак, не зменшують ролі земельного права як самостійної галузі права, основною функцією якого є регулювання суто земельних відносин, за предметом регулювання відмінних від правових норм інших галузей права[1].

Не аналізуючи детально висловлену позицію, автором якої є відомий вчений, академік Академії правових наук України В. І. Семчик, все ж таки необхідно зауважити, що включення норм про купівлю-продаж, дарування, оренду землі до Земельного кодексу України не може змінити суто цивілістичної природи врегульованих ними

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

суспільних відносин і зумовити їх монопольне включення до предмета земельного права як галузі українського права. Власне, і В. І. Семчик змушений визнати комплексний характер вищезазначених норм ЗК України, хоча і зараховує врегульовані ними суспільні відносини виключно до предмета земельного права. Однак, як нам уявляється, не можна ігнорувати ідеологію та принципи побудови нового ЦК, який не виключає землю з числа об'єктів цивільних прав. Більше того, відповідно до статей 177, 181 ЦК земельні ділянки як нерухомі речі є об'єктами цивільних прав. Статті 173—378 ЦК України безпосередньо визначають правовий режим власності на землю (земельну ділянку), статті 395—417 ЦК визначають зміст речових прав на чуже майно, до якого належать і земельні ділянки. Нарешті, в ЦК прямо закріплюється можливість земельної ділянки бути предметом окремих видів договірних зобов'язань (статті 657, 718, 744, 792 тощо). Однак найвагоміший інструмент на користь цивілістичної природи договорів, предметом яких є земельні ділянки, закладений безпосередньо в ЗК України, глава 20 якого має назву «Придбання земельних ділянок на підставі цивільно-правових угод». Більше того, в ст. 131 ЗК України прямо передбачено, що укладення угод щодо земельних ділянок на підставі міни, дарування, успадкування та інших цивільно-правових угод здійснюється відповідно до Цивільного кодексу України з урахуванням вимог ЗК. Як нам вважається, не можна недооцінювати регулюючого впливу на такі угоди з земельними ділянками принципів земельного права. Якщо ж аналізувати ЦК, то можна встановити обмежену регулятивну дію його норм, які переважно стосуються форми і порядку укладення договорів щодо земельних ділянок. Натомість, зміст цих договорів визначається переважно нормами ЗК України. Тому нині логічніше вести мову про існування подвійної правової природи окремих суспільних відносин, до яких належить також певна частина земельних відносин, які є предметом регулювання як цивільного, так і земельного права.

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

Норми **Сімейного кодексу України** посідають особливе місце в системі джерел, що багато в чому зумовлене місцем ЦК і СК України в системі права України. В юридичній науці з цього питання сформувалося кілька точок зору. Ще за радянського періоду домінуючою стала концепція сімейного права як самостійної галузі

права[1]. Підґрунтям такої концепції слугували такі чинники, як обмежений склад суб'єктів сімейних правовідносин, малорозвинутість майнових відносин у сім'ї, панування державного регулювання сімейних відносин тощо. Як зазначав Є. М. Ворожейкін, у сімейному житті члени сім'ї повинні мати однакові права без індивідуального регулювання відносин між ними[2].

Представники другої концепції, сформованої також за радянського періоду, розглядали сімейне право як підгалузь цивільного права. Свою позицію автори обґрунтовували наявністю рівності учасників сімейних правовідносин, притаманністю їм ознак «горизонтальних», а не «вертикальних» відносин[3].

У сучасний період дискусії щодо місця сімейного права тривають, але вже дещо на іншому правовому фоні з огляду на здійснюване в Україні кардинальне реформування законодавства, у тому числі цивільного та сімейного законодавства. Ця проблема могла б бути вирішена новим ЦК України, адже в його Проекті у редакції 1996 р. містилася Книга шоста «Сімейне право». Однак, врешті-решт, 10 лютого 2002 р. Верховна Рада України в силу багатьох об'єктивних та суб'єктивних причин прийняла самостійний кодифікований акт у формі Сімейного кодексу України. Після прийняття нового СК України серед дослідників даної проблеми єдності не спостерігається. Одна частина авторів підтримує концепцію самостійності сімейного права[4], інша — концепцію підгалузі цивільного права[5]. Безумовно,

---

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

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

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

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

[5] *Жилинкова И. В.* Правовой режим имущества членов семьи. — Х., 2000. — С. 80; *Шевченко Я. М.* Проблеми нового Сімейного кодексу України // Проблеми законності: Наук. зб. — Х., 2003. — Вип. 63. — С. 4; Сімейне право України / За ред. В. І. Борисової, І. В. Жилінкової. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — С. 15—16.

прихильники і першої, і другої концепції наводять на користь своєї позиції вагомі аргументи. Однак, як на наш погляд, більш важливим є питання приналежності сімейного права до приватного чи до публічного. І тут необхідно погодитися з тими авторами, які сімейне право відносять до приватного права[1]. Як влучно зазначив Ч. Н. Азімов, принципи приватного права є базою як цивільного права, так і інших «цивілістичних галузей»[2]. Тому можна стверджувати, що сімейне право є відносно автономною галуззю права, що входить до «цивілістичної сім'ї», відносини в якій базуються на диспозитивності методу регулювання та рівності сторін.

Безспірним є також той факт, що чимало норм СК України є джерелом договірного права. Такими насамперед є глави 8 «Право спільної сумісної власності подружжя» та 10 «Шлюбний договір». Звичайно, особливе значення для договірного права мають норми, що регулюють шлюбний договір, цивільно-правова природа якого, як зазначалося в літературі, під сумнів не ставиться, і він розглядається як договір, який має цивільно-правову договірну структуру, але водночас — і низку особливостей[3]. Власне, ці особливості й зумовлюють зміст правових норм статей 92—103 СК України. Отже, норми цих статей є безпосередніми джерелами договірного права України.

Серед джерел договірного права важливе місце посідають численні спеціальні закони, які регулюють договірні відносини в тій чи іншій сфері суспільної діяльності. Такими є, зокрема, закони України: «Про приватизацію державного майна», «Про оренду державного та комунального майна», «Про фінансовий лізинг», «Про заставу», «Про цінні папери і фондовий ринок», «Про державне регулювання ринку цінних паперів», «Про зовнішньоекономічну діяльність», «Про регулювання товарообмінних (бартерних) операцій у галузі зовнішньоекономічної діяльності», «Про операції з давальницькою сировиною у зовнішньоекономічних відносинах», «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг», «Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю». Усі перераховані та інші спеціальні закони тією чи іншою мірою регулюють договірні відносини

---

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

[2] О соотношении частного и гражданского права // Проблеми законності. — Х.: Національна юрид. академія України, 1995. — Вип. 30. — С. 90.

[3] *Жилинкова И. В.* Брачный договор. — Х., 2005. — С. 40.

і мають враховуватися при укладенні та виконанні відповідних договорів.

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

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

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

В судовій практиці цих вимог дотримуються судові органи України. Так, при розгляді господарського спору між приватним підприємством «Промінь» і ТОВ «Адап-Палітра» про стягнення з останнього боргу та штрафних санкцій у зв'язку з неналежним виконанням послуг перевезення вантажу за маршрутом «Барселона-Харків» Вищий господарський суд України задовольняючи позов ПП. «Промінь» послався на ст. 30 Конвенції про договір міжнародного перевезення вантажів» та на ратифіковану Україною Угоду про міжнародні автомобільні перевезення між Урядом України та Урядом Королівства Іспанія і в своїй постанові від 31 січня 2006 р. також відзначив, що згідно зі ст. 19 Закону «Про міжнародні договори України» укладені і належним чином ратифіковані міжнародні договори України становлять невід'ємну частину національного за-

конодавства України і застосовуються у порядку, передбаченому для норм національного законодавства, а якщо міжнародним договором України, укладення якого відбулось у формі закону, встановлено інші правила ніж ті, що передбачені законодавством України, то застосовуються правила міжнародного договору України[1].

Колізійні норми та звичаї як джерело договірного права. Існування цих норм обумовлено участю іноземного елемента у приватних відносинах, що спричинило зародження міжнародного приватного права, яке визначається в юридичній науці як система колізійних норм (внутрішніх і договірних) і уніфікованих матеріально-правових норм держави, які регулюють приватноправові відносини, ускладнені іноземним елементом[2].

У багатьох європейських країнах (Австрія, Угорщина, Федеративна Республіка Німеччина, Швейцарія, Франція, Туреччина та ін.) прийняті спеціальні закони про міжнародне приватне право чи з іншою їх назвою. Видатна правова подія настала і в Україні, адже нещодавно — 23 червня 2005 р. — Верховна Рада України прийняла Закон «Про міжнародне приватне право»[3], норми якого закладалися спершу у проект нового ЦК України в редакції 1996 р. До речі, В. І. Кисіль обгрунтував переваги розміщення колізійних норм в окремому законі, а не в ЦК України[4]. У цьому Законі є розділ 6 «Колізійні норми зобов'язального права», в якому містяться статті (43—47), присвячені питанням вибору права за згодою сторін, права, що застосовується до договору за відсутності згоди сторін про вибір права, що застосовується до договору споживання, права, що застосовується до засновницького договору юридичної особи з іноземною участю, сферу дії права, що застосовуються до договору. Безумовно, норми зазначених статей є не лише джерелом міжнародного приватного права, а й джерелом інституту договірного права України.

Є й інші джерела міжнародного приватного права, багато з яких мають подвійну правову природу, оскільки в їх основі у багатьох випадках лежать звичаї, які відповідно до ст. 7 ЦК України можуть бути регулятором цивільних відносин, якщо вони не суперечать договору або актам цивільного законодавства. Одним із найпоширені-

---

[1] Судова практика у справах господарського судочинства. Договірні зобов'язання / За ред. І.І,Балаклицького. — К.: Юрисконсульт, 2007. — С. 24—30.

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

[3] Урядовий кур'єр. — Орієнтир. — 2005. — 2005. — 31 серпня. — № 163.

[4] *Кисіль В. І.* Міжнародне приватне право. Питання кодифікації. — К.: Україна, 2000. — С. 124.

ших міжнародних торговельних звичаїв ділового обороту є Правила ІНКОТЕРМС, розроблені Міжнародною торговельною палатою у Парижі у редакції 2000 р. (ІСС). В Україні обов'язковість застосування Правил ІНКОТЕРМС при укладенні зовнішньоекономічних та внутрішніх договорів була запроваджена Указом Президента України «Про застосування міжнародних правил інтерпретації комерційних термінів» від 4 квітня 1994 р. Якщо за загальним правилом ч. 1 ст. 7 ЦК звичаєм є правило поведінки, яке не встановлене актами цивільного законодавства, але є усталеним у певній сфері цивільних відносин і може бути зафіксованим у відповідному документі, то, як зазначалося в літературі, звичай ділового обороту є також усталеним правилом поведінки, яке широко застосовується у певній сфері підприємницької діяльності, зокрема, в торгівлі, розрахункових операціях, торговельному мореплавстві тощо[1].

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

До такого роду актів необхідно віднести Уніфіковані правила по інкасо; Уніфіковані правила по договірних гарантіях тощо[2].

У цивілістичній літературі останнім часом чимало авторів серед звичаїв прагнуть виділяти ділові узвичаєння («деловые обыкновения» — рос.). Однак питання ділового узвичаєння, на відміну від звичаю ділового обороту, поки що не знайшло однозначного вирішення. Так, на думку І. Б. Новицького, ділове узвичаєння являє собою не норму права, а особливий засіб заповнення змісту волі сторін у конкретному правовідношенні, якщо така воля у відповідній частині не була виражена прямо[3]. І. С. Зикін пропонує розмежовувати поняття «правовий звичай», «узвичаєння», оскільки перше має ознаки юридичної норми загального регулювання, а узвичаєння не є нормою права, але воно вважається таким, що входить до складу волевиявлення сторін за угодою у випадку відповідності їх намірам[4].

---

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

[2] Международное частное право. — Х.: Консум, 1998. — С. 39—95.

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

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

На думку М. Д. Єгорова, діловими узвичаєннями є усталені в цивільному обороті правила поведінки[1]. М. І. Брагінський вважає, що особливість ділового узвичаєння порівняно зі звичаєм виявляється в правовому значенні волі сторін, відтак узвичаєння включають в себе як загальні правила, так і ті, які стали звичайними в практиці контрагентів[2]. Позицію цих авторів важко узгодити з положеннями ЦК РФ, у ст. 5 якого дається поняття «обычая делового оборота», а не «делового обыкновения» (рос. мовою).

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

Договір як джерело договірного права. Нині практично неможливо віднайти дослідника, який би заперечував за договором роль регулятора відносин між договірними сторонами. На думку А. С. Довгерта, договір є основним регулятором цивільних відносин[3]. Може йтися лише про ступінь впливу договірних механізмів на відносини договірних контрагентів та їх співвідношення з нормативно-правовими регуляторами. Відповідь на друге питання безпосередньо міститься в ст. 6 ЦК, в якій, по-перше, визнається регулятивна роль договору, а по-друге, визначено межі впливу договірних регуляторів на відносини контрагентів, які полягають у тому, що сторони в договорі не можуть відступати від положень актів цивільного законодавства, якщо в них про це прямо зазначено або коли обов'язковість цих положень випливає з їх суті або з суті відносин між сторонами. Що ж стосується регулятивної ролі договору, то вона визначається ступенем договірної урегульованості відносин сторін, порівняно зі ступенем їх нормативної урегульованості. Тобто вона може бути **домінуючою**, якщо зміст договору визначений переважно його умовами, або **мінімальною**, якщо сторони обмежилися лише визначенням параметрів істотних умов із застереженням

---

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

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

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

про врегулювання усіх інших відносин чинним законодавством України.

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

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

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

Типові умови договору можуть формалізовуватися у різних правових документах (у типових або взірцевих договорах, типових умо-

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

вах чи правилах). Так, наказами Фонду державного майна України від 21 серпня 1997 р. № 910 та № 911 затверджені Типовий договір купівлі-продажу пакета акцій відкритого акціонерного товариства, створеного у процесі корпоратизації, за комерційним конкурсом та Типовий договір купівлі-продажу пакета акцій відкритого акціонерного товариства, створеного у процесі приватизації, за некомерційним конкурсом, наказом Фонду державного майна України від 23 серпня 2000 р. № 1774 — Типовий договір оренди цілісного майнового комплексу державного підприємства (статутного підрозділу підприємства)[1].

Постановою КМУ і Національного банку України від 21 червня 1995 р. № 444 затверджені «Типові платіжні умови зовнішньоекономічних договорів (контрактів) і типові форми захисних застережень до зовнішньоекономічних договорів (контрактів), які передбачають розрахунки в іноземній валюті», наказом Міністерства економіки та з питань європейської інтеграції України (нині — Міністерство економіки) від 6 вересня 2001 р. № 201 затверджено «Положення про форму зовнішньоекономічних договорів (контрактів). В усіх перерахованих актах закріплені типові договірні умови, які, як правило, мають обов'язковий характер для сторін. Однак не завжди в нормативних актах, якими затверджуються типові договори, визначається дія закріплених у них умов. Так, у п. 10 постанови КМ України від 11 липня 2002 р. № 1000, якою затверджено Типовий договір обов'язкового страхування врожаю сільськогосподарських культур і багаторічних насаджень..., лише зазначено, що договір обов'язкового страхування укладається за формою згідно з Типовим договором[2]. З такої норми важко дійти висновку про обов'язковість умов такого типового договору. Імовірно, вони є **диспозитивними**.

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

---

[1] Орендні відносини в Україні: Зб. нормат. актів. — К.: Юрінком Інтер, 2001. — С. 204.

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

За усталеною практикою примірні, зразкові (взірцеві) договори носять рекомендаційний характер, а відтак не повинні вважатися джерелом права. Проте, якщо сторони в договорі зробили застереження про прийняття умов, сформульованих у примірному чи зразковому договорі, то вони мають для них обов'язковий характер. Необхідно також враховувати, що навіть у таких за назвою договорах можуть міститися обов'язкові для сторін умови. Так, у зразковому договорі застави, затвердженому Положенням про порядок надання Фондом державного майна України дозволу на заставу державного майна, затвердженого наказом Фонду державного майна України від 4 червня 1996 р. № 618, містилося спеціальне застереження про те, що даний Договір є рекомендованим, а в частині пунктів 1.1—1.4, 2, 3.2, 4, 5.5, 6.2, 8, 11—11.5, 12 є обов'язковим для отримання погодження Договору застави Фондом державного майна України (його регіональних відділень)[1]. Це означає, що правову природу типових, примірних чи зразкових умов, їх чинність необхідно визначати не за назвою затвердженого їх акта, а за його змістом та застереженням про його чинність щодо тих чи інших відносин. У зв'язку з цим необхідно зробити висновок про те, що *якщо уповноваженим органом, який затвердив типовий, примірний чи зразковий договір не застережено щодо обов'язкового чи рекомендаційного характеру дії їх умов, то має діяти презумпція необов'язковості умов цих договорів для сторін, що укладають відповідний договір.*

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

Подібна ситуація складається і в деяких інших сферах діяльності, зокрема страхової. Так, відповідно до ст. 5 Закону України «Про страхування» загальні умови і порядок проведення добровільного страхування визначаються правилами страхування, що встановлюються страховиком самостійно. Договір страхування, факт його

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

укладення може посвідчуватися страховим свідоцтвом (страховим полісом, сертифікатом), він може бути укладений і в інших формах, передбачених цивільним та страховим законодавством (статті 15, 17 Закону України «Про страхування»). У зв'язку з цим може виникнути питання про співвідношення правил страхування і договору страхування. Відповідь на це питання прагнув дати Вищий арбітражний (нині — господарський) суд України в своїх Роз'ясненнях «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з укладанням та виконанням кредитних договорів» від 6 жовтня 1994 р. № 02-5/706 (зі змінами від 30 березня 1995 р., 14 травня і 18 листопада 1997 р.)[1]. У п. 6.3 цих Роз'яснень, зокрема, записано: якщо між страховиком і страхувальником укладений договір страхування, то подальше посилання останнього на те, що він не був ознайомлений з цими правилами зазвичай не повинно братися до уваги. Такі висновки ВАС України є певною мірою неоднозначними. Можна припустити, що вони стосуються тих випадків, коли в договорі добровільного страхування не відтворені типові умови, закладені в правилах страхування. Тобто за таких обставин суд при вирішенні спору між сторонами буде керуватися не лише умовами договору, а й умовами, закладеними в правилах страхування, про що ВАС України, на жаль, не дав роз'яснень.

Особливу регулятивну роль відіграють Правила біржової торгівлі, затверджувані зборами членів біржі або уповноваженим органом відповідно до вимог ст. 17 Закону України «Про товарну біржу» та Правила фондової біржі, затверджувані зборами акціонерів біржі відповідно до вимог ст. 34 Закону України «Про цінні папери і фондовий ринок». Цими правилами можуть встановлюватися також певні умови при укладенні біржових угод. На думку В. С. Щербини, Правила фондової біржі є локальним нормативним актом, що регламентує її діяльність, пов'язану з торгівлею цінними паперами[2]. Така думка є не безспірною, адже зазначені Правила не відповідають ознакам, притаманним нормативним актам. Як на наш погляд, ***Правила біржової торгівлі, Правила фондової біржі та інші подібні документи є локальними правовими актами, які водночас є джерелом договірного права, але не є нормативними актами.***

В юридичній літературі висловлювалася думка про те, що типовий договір є особливим нормативним актом, обов'язковим для

---

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

[2] *Щербина В. С.* Господарське право. — К.: Атіка, 1999. — С. 251; *Щербина В. С.* Господарське право. — К.: Юрінком Інтер, 2002. — С. 339.

сторін договору, а примірний договір не є нормативним актом, оскільки його положення є рекомендаційними[1]. Однак така думка є дещо спрощеною. В типовому договорі можуть міститися як обов'язкові, так і диспозитивні рекомендаційні положення, що саме по собі не позбавляє типовий договір ознак нормативності, якщо він затверджений компетентним органом та зареєстрований як нормативний акт.

Ближчою до істини є позиція В. Г. Олюхи, який вважає, що типові та примірні договори, затверджені відповідними центральними органами виконавчої влади, є нормативно-правовими актами з особливим способом викладення правових норм (умов договору): імперативні в типових, диспозитивні в примірних договорах, оскільки вони поширюють свою дію на невизначене коло осіб на території всієї держави[2]. Водночас автор не врахував те, що нормативно-правові акти можуть приймати не лише органи центральної виконавчої влади, а також Президент України, Національний банк України, Фонд державного майна України та інші уповноважені органи. Крім того, необхідно враховувати, що з 1 січня 1993 р. має здійснюватися обов'язкова державна реєстрація нормативно-правових актів, що видають органи державної виконавчої влади, органи господарського управління та контролю (які стосуються прав, свобод і законних інтересів громадян або мають міжвідомчий характер), Міністерство юстиції України відповідно до Указу Президента України «Про державну реєстрацію нормативно-правових актів міністерств та інших органів виконавчої влади».

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

---

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

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

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

В багатьох правових системах країн з розвиненою ринковою економікою з початку XX століття активно розпочала формуватися концепція «**формулярного права**», до якого включаються джерела нормативного походження, до яких зазвичай відносять типові (зразкові) договори, інші стандартні форми договорів, договори приєднання, які розробляються великими підприємствами, компаніями у певних сферах їх діяльності (перевезення, страхування, банківське обслуговування тощо). В своїх стандартних документах (типових чи зразкових договорів, договорів приєднання, документах-формулярах) суб'єкти підприємництва, які надають послуги великій кількості клієнтів, у тому числі фізичних осіб-споживачів, закладають деталізовані умови договору. Формулярні джерела мають свої як позитивні, так і негативні риси. Позитивним є насамперед те, що формулярні документи сприяють прискоренню оформлення договірних відносин, підвищенню економності витрат часу тощо. Негативною їх рисою є те, що їх творці досить часто закладають у формулярні документи пільгові умови для себе і більш обтяжливі умови для своїх контрагентів, а також у цих випадках фактично обмежується свобода вибору умов договору для контрагентів.[1]

Судова практика як джерело договірного права. Чинне законодавство України не визнає судову практику джерелом права. За ст. 55 Закону України «Про судоустрій України» від 7 лютого 2002 р.[2] Пленум Верховного Суду України дає роз'яснення судам загальної юрисдикції з питань застосування законодавства, у разі необхідності визнає нечинними відповідні роз'яснення вищих спеціалізованих судів (зокрема, Вищого господарського суду України, Вищого адміністративного суду України). Крім того, згідно зі ст. 44 цього ж Закону пленум вищого спеціалізованого суду має право надавати роз'яснення з питань застосування спеціалізованими судами законодавства при вирішенні справ відповідної судової юрисдикції. Аналізуючи наведені норми, можна дійти однозначного висновку, що *роз'яснення Пленуму Верховного Суду України, пленумів вищих спеціалізованих судів України не є обов'язковими для застосування при розгляді справ відповідними нижчестоящими судами.*

Між тим, був період, коли роз'яснення Пленуму Верховного Суду України (в радянський період — Верховного Суду СРСР), Ви-

---

[1] *Беляневич О. А.* Господарське договірне право. — К.: Юрінком Інтер, 2006. — С. 309—341.

[2] Юридичний вісник України. — 2002. — № 13.

щого арбітражного суду України (нині — Вищого господарського суду України) мали певну юридичну силу.

Так, п. 9 Положення про Верховний Суд СРСР[1] Пленуму Верховного Суду СРСР було надано право давати керівні роз'яснення судовим органам із питань судових справ. З цього приводу О. С. Іоффе зазначив, що Верховний Суд СРСР як вищий орган радянської системи вправі видавати обов'язкові для цієї системи та інших осіб, які вступають у відносини з нею, нормативні акти у вигляді постанов Пленуму Верховного Суду СРСР, що мають обов'язкову силу, а відтак вони є джерелом радянського права[2].

Згодом Закон України «Про судоустрій України» від 5 червня 1981 р. (ст. 40) встановив обов'язковість керівних роз'яснень Верховного Суду України з питань застосування законодавства для судів, інших органів і посадових осіб, що застосовують нормативний акт, з якого було дано роз'яснення. Відповідно до ст. 12 Закону України «Про арбітражний суд» від 4 червня 1991 р. також було закріплено обов'язковість роз'яснень Вищого арбітражного суду України для судів та учасників господарських відносин[3].

Отже, нормотворча практика вирішення цієї проблеми є мінливою. У юридичній науці це питання не знайшло однозначного вирішення. Так, Є. О. Харитонов та Н. О. Саніахметова, базуючись на положеннях Закону України «Про судоустрій України» 1981 р. та Закону України «Про арбітражний суд» 1991 р., визнають роз'яснення вищих судів джерелом цивільного права. Така сама позиція висловлювалася й іншими авторами. Однак, на думку О. В. Дзери, такі роз'яснення вищих спеціалізованих судових органів є більше підстав розглядати лише як форми тлумачення чинного законодавства, що застосовується судами[4]. Тобто автор у даному разі ухилився від визнання роз'яснень вищих судових органів джерелом права. Як на наш погляд, не можна недооцінювати вплив керівних роз'яснень вищих судових органів як на формування загалом судової практики, так і на вирішення конкретних справ без посилання судів у своїх рішеннях на відповідні роз'яснення Пленуму Верховного Суду України чи вищого спеціалізованого суду, багато яких стосується саме

---

[1] Ведомости Верховного Совета СССР. — 1957. — № 4. — Ст. 85.

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

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

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

норм договірного права[1]. Якщо ЦК України визнав джерелом права звичаї, то не визнавати джерелом права роз'яснення Пленуму Верховного Суду України нелогічно і юридично некоректно. Більше того, як на нашу думку, контрагенти відповідного договору не позбавлені права передбачити у договорі застереження про вирішення між ними спорів з урахуванням відповідного роз'яснення Верховного Суду України чи вищого спеціалізованого суду. Варто було б також передбачити в процесуальному законодавстві правило про те, що у разі винесення судом рішення без урахування таких роз'яснень це має бути аргументовано у судовому рішенні.

Між тим, окремі автори і за існуючих умов вважають, що роз'яснення Пленуму Верховного Суду України мають правову силу, стають обов'язковими для виконання всіма учасниками судочинства і є джерелом житлового права[2].

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

---

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

[2] *Галянтич М. К.* Житлове право України. — К.: Юрінком Інтер, 2007. — С. 54.

Глава 2
ПРИНЦИПИ ДОГОВІРНОГО ПРАВА

§ 1. Система принципів договірного права за новим цивільним законодавством України

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

Принципи договірного права були малодослідженими за радянського періоду. Перевага тут надавалася аналізу принципів цивільного права безвідносно окремих правових інститутів. Зрозуміло, що за радянського періоду принципи цивільного права аналізувалися з позицій соціалістичної ідеології. Тому до принципів радянського цивільного права, зокрема, відносили: а) посилену охорону соціалістичної власності й соціалістичної системи господарства; б) забезпечення матеріальної зацікавленості дотримання господарського розрахунку; в) забезпечення планової дисципліни; г) поєднання особистих інтересів із суспільними; д) реальну рівноправність громадян[1]. В іншому випадку такими принципами вважалися: а) принцип поєднання державного планового управління розвитку народного господарства з госпрозрахунковими інтересами підприємств; б) принцип

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

переважного захисту права державної власності; в) принцип рівності суб'єктів цивільного права; г) принцип свободи у здійсненні цивільних прав відповідно до їх соціального призначення і добросовісність виконання цивільних обов'язків[1].

В юридичній доктрині називалися й інші модифікації зазначених принципів, але всі вони не мали між собою істотних розбіжностей і підпорядковувалися загальним принципам радянського соціалістичного права (принцип пролетарського інтернаціоналізму, демократичного інтернаціоналізму, соціалістичної законності тощо)[2]. Саме таким загальним принципам соціалістичного права мали підпорядковуватися галузеві принципи. В силу багатьох причин цивілістична наука не сформулювала чіткої цілісної концепції системи цивільно-правових принципів, що, власне, визнавалося юристами того періоду[3]. Однак заради справедливості необхідно зазначити, що і в Україні за роки незалежності не була сформульована цілісна і чітка система принципів українського цивільного права. Невирішеною ця проблема залишається і після прийняття нового ЦК України, незважаючи на те, що його норми дають вагомі правові підстави для наукової побудови системи принципів цивільного права, а зрештою — принципів договірного права. Певною мірою правовий вакуум може заповнити монографічне дослідження Т. В. Боднар, в якому знайшли глибоке відображення принципи, які діють на стадії виконання договірних зобов'язань[4].

Найповніше в юридичній літературі сучасного періоду принципи договірного права дослідив О. О. Мережко в своїй монографії «Договор в частном праве»[5]. Він дав своє бачення принципів свободи договору, справедливості, добросовісності, розумності, обов'язковості виконання договору, довіри, незловживання правом, співробітництва, рівноправності сторін. В основу розуміння змісту цих принципів автор поклав переважно ідеологію тлумачення принципів науковцями розвинутих зарубіжних країн, законодавство цих країн (Англії, Франції, Нідерландів, Німеччини, США та ін.)

---

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

[2] *Алексеев С. С.* Об общих принципах советского социалистического права: Курс лекций. — Свердловск, 1963. — С. 150.

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

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

[5] *Мережко А. А.* Договор в частном праве. — К.: Юстиниан, 2003. — С. 52—93.

та міжнародно-правові акти (зокрема, принципи УНІДРУА). Однак висновки автора не пов'язані достатньою мірою з нормами нового ЦК України, що власне зрозуміло, адже монографічна праця опублікована у 2003 році, тобто в рік прийняття Верховною Радою України нового ЦК України.

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

Перераховані в ст. 3 ЦК правові засади-принципи були підтримані в юридичній літературі й водночас доповнені новими принципами цивільного права, оскільки в зазначеній статті не міститься їх вичерпного переліку. Так, В. І. Борисова доповнює законодавчо визначені принципи цивільного права принципом юридичної рівності, вільного волевиявлення, майнової самостійності учасників цивільних відносин[1]. Я. М. Шевченко принципом цивільного права пропонує вважати принцип юридичної рівності суб'єктів цивільного правовідношення перед законом, що міститься у ст. 1 ЦК України[2]. Не торкаючись питання обґрунтованості таких пропозицій, необхідно визнати цілком правильним сам підхід до розширення переліку цивільно-правових принципів. Інша справа, що вищеназвані додаткові принципи, як на наш погляд, автори певною мірою ототожнюють з методом цивільно-правового регулювання. Якщо ближче до предмета нашого дослідження, цілком логічним є питання про те, які загальні принципи діють у договірному праві, а також які принципи є специфічними лише для договірного права. Для того щоб дати правильну відповідь на поставлене питання, важливо виз-

---

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

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

начити зміст поняття «принципи права». Між тим, у юридичній доктрині поняття принципів права не спостерігається єдності у його розумінні. По-перше, переважна частина цивілістів не розглядають принципи як такі, що поряд із предметом та методом правового регулювання є чинниками, що їх кладуть в основу поділу права на галузі.

Водночас ще за радянського періоду відомий радянський юрист В. Ф. Яковлєв відзначив важливу роль принципів у формуванні галузей права[1]. Фактично, цю позицію підтримали й інші автори (Н. С. Кузнєцова, В. І. Борисова)[2].

Щоб виявити всю систему принципів цивільного права, у тому числі договірного права, необхідно враховувати зміст самого поняття правового принципу. В загальній теорії права принципи визначаються як основні керівні засади (основні ідеї), які знаходять своє закріплення в нормах відповідної галузі права, які направляють розвиток і функціонування усієї правової системи[3]. В Україні перше комплексне наукове дослідження принципів права здійснив А. М. Колодій. На його думку, принципи права — це такі відправні ідеї існування права, які виражають найважливіші закономірності й підвалини даного типу держави і права, є однопорядковими із сутністю права і становлять його головні риси, відрізняються універсальністю, вищою імперативністю і загальною значимістю, відповідають об'єктивній необхідності побудови і зміцнення суспільного ладу[4]. Це складне і надмірно теоретизоване визначення принципів права фактично зводиться до визнання за ними ролі універсального механізму гармонізації праворегулюючих та охоронних норм або робочого механізму, як вірно зазначила Н. С. Кузнєцова, за допомогою яких визначаються межі можливої та належної поведінки учасників цивільно-правових відносин[5].

Таким чином, щоб відбулося забезпечення єдності й одноманітності у регулюванні відповідної категорії суспільних відносин, необхідне закріплення у правових нормах концентрованих правових ідей, притаманних відповідній правовій системі та її складовим частинам. При цьому, незважаючи на великі розбіжності у визначенні

---

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

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

[3] *Алексеев С. С.* Общая теория права. — М., 1982. — Т. 2. — С. 16.

[4] *Колодій А. М.* Принципи права України. — К.: Юрінком Інтер, 1998. — С. 27.

[5] *Кузнєцова Н. С.* Зазнач. праця. — С. 123.

конкретних принципів права, важливо констатувати наявність у науковців певної єдності у визначенні системи принципів права, яку становлять загально-правові, галузеві принципи, підгалузеві принципи, інституційні та міжінституційні принципи[1].

Отже, якщо розглядати договірне право як інститут цивільного права і зобов'язального права як підгалузі, то з усією очевидністю постає необхідність виявлення принципів договірного права. Норми договірного права, які становлять основу всього зобов'язального права (з усіх 707 статей книги 5 «Зобов'язальне право» 519 статей присвячені безпосередньо договорам), безумовно побудовані з урахуванням загальних принципів цивільного права. Водночас у них можна виявити дію спеціальних принципів.

Вперше в українській цивілістичній науці було ґрунтовно досліджено принципи зобов'язального права професором Н. С. Кузнєцовою[2].На її думку, до принципів, закріплених у ст. 3 ЦК, які мають першочергове значення для зобов'язального права, належать: свобода договору; свобода підприємницької діяльності, не забороненої законом; судовий захист цивільного права та інтересу; справедливість, добросовісність та розумність. Тобто автор виключила з числа таких принципів лише принцип неприпустимості свавільного втручання у сферу особистого життя людини, але, як нам вважається, не тому, що в зобов'язальному праві він не може бути застосований, а тому, що його дія тут є мінімальною і виявляється в обмеженому форматі. Таку позицію підтримала також Т. В. Боднар. Однак надалі автор із невідомих міркувань у відносинах виконання договірних зобов'язань виділила лише принципи добросовісності, розумності й справедливості[3]. Значення цих нових для української цивілістики принципів дійсно непересічне, на відміну від правових систем багатьох інших країн (наприклад, Німеччини, Нідерландів). Введення їх до ЦК деякі автори розглядають як передумову до створення в Україні судового прецеденту, а їх абстрактність позбавляє наявність у них ознак нормативно-правового акта[4]. Така пересторога є небезпідставною, адже, як зазначається в літературі, за відсутності нормативно-правового або договірного регулювання зазначені принципи виконують

---

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

[2] Там само. — С. 9—15.

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

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

функцію регулятора прав і обов'язків сторін зобов'язання[1]. Отже, поряд з іншими зазначеними в ст. 3 ЦК засадами є усі підстави вважати загальногалузеві принципи добросовісності, розумності й справедливості такими, що найповніше виявляють свою дію в договірному праві. ЦК України не містить чітких критеріїв визначення змісту кожного з цих понять, встановлюючи у тих чи інших випадках певні загальні орієнтири їх розуміння. З огляду на сказане, заслуговує на увагу позиція А. С. Довгерта як одного з розробників ЦК України. Принцип добросовісності, вважає він, є внутрішнім критерієм, тоді як справедливість та розумність — зовнішнім або об'єктивним. Відповідно справедливість — це застосування моральних вимог як вимог правових до актів цивільного законодавства, це поняття про належне, яке відповідає розумінню сутності людини та її поглядів. Однак зрештою автор визнає, що визначити законодавчо поняття справедливості неможливо[2].

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

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

Так, на наш погляд, можна виділити принцип **моральності**, який має полягати у тому, що договір та його умови не повинні бути спрямовані на досягнення цілей, що суперечать моральним засадам суспільства. Власне, це випливає зі змісту ст. 203 ЦК України, в ч. 1 якої прямо записано, що зміст правочину не може суперечити цьому Кодексу, іншим актам цивільного законодавства, а також моральним засадам суспільства. Оскільки ж договір є одним із видів

---

[1] *Боднар Т. В.* Виконання договірних зобов'язань у цивільному праві. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — С. 121—122.

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

правочинів, то і зміст договору не повинен суперечити моральним засадам суспільства. Звісно, що такі випадки в практиці можуть бути надзвичайно рідкісними, але виключати їх не можна. Наприклад, можуть бути визнані недійсними договори, що містять умови, які суперечать вимогам Закону України «Про захист суспільної моралі». Звичайно, в судовій практиці найскладнішою проблемою буде встановлення ступеня «неморальності» договору, оскільки оцінка цього поняття багато в чому буде носити суб'єктивний характер. Тому викликає певні сумніви доцільність закріплення в ЦК України категорії «моральність договору». Його застосування в силу різного сприйняття і тлумачення цього терміна неминуче призведе до появи багатьох проблем у договірній та судовій практиці.

За радянського періоду, коли економіка носила одержавлений і плановий характер, загальновизнаним були принципи економічності та співробітництва сторін. Сутність принципу економічності вбачалася авторами того періоду в тому, що він орієнтує на виконання сторонами своїх обов'язків найбільш економічним способом, який базується як на загальних вимогах, так і на однопорядкових конкретних обов'язках, передбачених умовами конкретного договору[1]. Звісно, в умовах планової одержавленої економіки доречність такого принципу в договірних зобов'язаннях була очевидною. Однак нині, як нам вважається, доцільність в існуванні такого принципу не лише зберігається, а й більше того — підвищується. Це пояснюється насамперед тим, що в умовах ринкової економіки, розвитку підприємництва, домінування права приватної власності суб'єктам підприємництва і господарювання, які здійснюють підприємницьку діяльність на свій ризик з метою одержання прибутку, вкрай важливо займатися такою діяльністю з мінімальними матеріальними втратами. Іншими словами, активне впровадження принципу економічності в договірних зобов'язаннях буде сприяти підвищенню доходів сторін, зменшенню їх матеріальних і нематеріальних витрат.

На жаль, широкого впровадження в новому ЦК принцип економічності не одержав, за деякими винятками. Особливо рельєфно виявляється дія принципу економічності в правовому регулюванні, наприклад підрядних відносин. Так, відповідно до ст. 845 ЦК підрядник має право на ощадливе ведення робіт за умови забезпечення належної їх якості. Ощадливе ведення робіт є взаємовигідним, оскільки сторони можуть домовитися про розподіл між ними заощадження, отриманого підрядником (ч. 3 ст. 845 ЦК). Елементи економічності спостерігаються і в інших статтях, які передбачають: а) можливість залучення до виконання договору підряду субпідряд-

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

ника (ст. 838 ЦК); б) розподіл виконання робіт із матеріалів підрядника або замовника (статті 839, 840 ЦК); в) визначення ціни у кошторисі (ст. 844 ЦК); г) обставини, про які підрядник зобов'язаний повідомляти замовника (ст. 847 ЦК); ґ) права замовника у разі порушення підрядником договору підряду (ст. 852 ЦК); д) право підрядника продати виконану роботу у разі ухилення замовника від її прийняття (ст. 853 ЦК).

Принцип економічності прямо чи опосередковано закріплюється також у статтях ЦК, які регулюють інші договори. Наприклад, відповідно до ст. 666 ЦК, якщо продавець не передає покупцеві приналежності товару та документи щодо нього, покупець насамперед має право встановити розумний строк для їх передання і лише у разі невиконання цих вимог має право відмовитися від договору купівлі-продажу та повернути товар продавцеві. Принцип економічності у даному випадку полягає у тому, що передчасне повернення товару може спричинити зайві витрати у виконанні договору, чого можна уникнути шляхом встановлення продавцеві розумного строку для передання покупцеві приналежностей товару та документів на нього. Законодавець надає покупцеві, якому переданий товар неналежної якості, право відмовитися від договору і вимагати повернення сплаченої за товар грошової суми лише тоді, коли буде мати місце істотне порушення вимог щодо якостей товару (ч. 1 ст. 678 ЦК). При цьому тут враховуються інтереси не лише покупця, а й продавця, до якого така санкція не застосовується, якщо недоліки не належать до категорії істотних. Це можна пояснити, зокрема тим, що економічно доцільніше надати покупцю право за наявності таких недоліків вимагати або пропорційного зменшення ціни, або безоплатного усунення недоліків товару, або відшкодування витрат на усунення недоліків товару.

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

функціонування єдиного принципу економічності та співробітництва сторін.

У цивілістичній науці завжди виділялися і виділяються принципи належного і реального виконання зобов'язань. При цьому наголошується на тому, що в умовах ринкової економіки зберігається значимість принципу належного виконання[1]. Цей факт важко заперечити, адже в новому ЦК (ст. 526), як і в ЦК УРСР 1963 р., прямо закріплюється ця правова ідея. Зобов'язання має виконуватися належним чином, відповідно до умов договору та вимог ЦК, інших актів цивільного законодавства, а за відсутності таких умов та вимог — відповідно до звичаїв ділового обороту або інших вимог, що зазвичай ставляться (ст. 526 ЦК). У цивілістичній літературі досить поширеною є думка про існування поряд із належним виконанням договору його **реального** виконання, під яким розуміється виконання зобов'язання в натурі[2]. Зміст принципу реального виконання полягає у тому, що мають бути вчинені відповідні дії боржником на користь кредитора щодо предмета договору, як-от: передача продавцем покупцеві товару, виконання відповідної роботи, надання послуги тощо. Однак серед науковців поки що не досягнуто згоди щодо співвідношення принципів належного і реального виконання, у зв'язку з чим тут сформувалося кілька позицій.

Відповідно до першої позиції принцип належного виконання і принцип реального виконання є взаємопов'язаними між собою, але і водночас самостійними за своєю сутністю, оскільки реальне виконання характеризує вчинення особою дії, яка є об'єктом відповідного правовідношення, а належне виконання характеризує дотримання вимог закону, договору при вчиненні таких дій[3].

Прихильники другої позиції виділяють зазначені два принципи як самостійні, але водночас припускають можливість їх співвідношення. Наприклад В. В. Луць та інші автори вважають, що на стадії нормального розвитку зобов'язання вимоги належного і реального виконання збігаються, бо належним виконанням охоплюється й дотримання умов щодо предмета, який слід передати у натурі[4].

Особливий погляд на цю проблему висловив О. С. Іоффе, який визнав домінуючим принцип реального виконання, оскільки, як він

---

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

[2] *Иоффе О. С.* Обязательственное право. — М.: Юрид. лит., 1975. — С. 59—64.

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

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

зазначав, соціалістичне право виходить із загального правила про виконання зобов'язання у тому вигляді, в якому останнє визначено планово-адміністративними актами, договорами та іншими зазначеними в законі підставами[1]. Саме тому це правило, на думку автора, називають принципом реального виконання, який діє визначальним чином як на стадії нормального розвитку, так і у випадку порушення. З такими твердженнями можна погодитись, але подальша оцінка О. С. Іоффе співвідношення принципів реального та належного виконання зобов'язання дає підстави для критики. Так, на думку автора, у разі порушення зобов'язання можливість належного виконання у повному обсязі виключається і зберігається можливість вчинення тих дій (з передачі речей, виконання робіт тощо), які складають основну мету зобов'язання[2]. Такі міркування не дають відповіді, зокрема, на питання в тих випадках, коли виконання в натурі взагалі неможливе (наприклад, у разі загибелі індивідуально визначеної речі), а відтак вимоги кредитора про виконання зобов'язання в натурі є нездійсненними.

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

На наш погляд, концепція існування двох близьких, але різноплощинних принципів реального і належного виконання зобов'язання є нині невиправданим ні з теоретичної, ні з практичної точок зору. Власне, не можна ігнорувати той факт, що реальне виконання зобов'язання є головним елементом належного виконання. У разі порушення зобов'язання в частині виконання його в натурі відпадає потреба взагалі говорити про інші допущені боржником порушення. Звісно, кредитор має право вимагати від боржника виконання зобов'язання в натурі навіть за умови відшкодування останнім збитків, сплати неустойки тощо. Але якщо це стане неможливим у силу

[1] *Иоффе О.С.* Обязательственное право. — М.: Юрид. лит., 1975. — С. 59—63.
[2] Там само. — С. 59—63.

суб'єктивних чи об'єктивних причин, то у такому разі буде мати місце не просто неналежне виконання зобов'язання, а — **невиконання** його взагалі. Іншою буде ситуація у разі виконання зобов'язання в натурі, але з порушеннями його інших умов (наприклад, про строки, про якість). Тобто тут буде мати місце неналежне виконання, іншими словами, буде мати місце виконання, але часткове[1].

Самостійне існування реального та належного принципів як двох різноплощинних принципів лише ускладнюватиме судову практику, для якої тлумачення реального виконання як елемента загального принципу належного виконання є більш зрозумілим і таким, що адекватніше відображає сутність допущеного боржником порушення. Так, Судова палата в господарських справах Верховного Суду України, розглянувши касаційну скаргу банку про скасування постанови Вищого господарського суду України у справі за позовом банку до товариства про стягнення заборгованості за кредитним договором, у своїй постанові, зокрема зазначила, що згідно зі ст. 216 ЦК УРСР зобов'язання припиняється виконанням, проведеним належним чином[2]. Цілком зрозуміло, що під належним виконанням Судова палата має на увазі й реальне виконання кредитного договору шляхом повернення кредитної суми. Власне, це випливає зі змісту ст. 610 ЦК, згідно з якою порушенням зобов'язання є його невиконання або виконання з порушенням умов, визначених змістом зобов'язання (неналежне виконання). Ця обставина повинна враховуватися при формулюванні позовних вимог. Наприклад, у разі відмови продавця передати проданий товар покупець має право відмовитися від договору купівлі-продажу і вимагати повернення сплачених за товар коштів та відшкодування збитків, завданих невиконанням зобов'язання в натурі (статті 623, 665 ЦК). У разі ж продажу покупцеві товару з істотними недоліками покупець, зокрема, має право відмовитися від договору і вимагати повернення сплаченої за товар грошової суми та відшкодування збитків і сплати передбаченої договором неустойки на тій підставі, що продавець неналежно виконав зобов'язання (статті 623, 624, 678 ЦК).

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

---

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

[2] Юридичний вісник України. — 2004. — № 18. — С. 15.

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

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

У ст. 16 ЦК дається орієнтовний перелік основних способів захисту цивільних прав та інтересів, переважна частина яких може застосовуватися судом також у разі порушення договірних зобов'язань. Специфіка їх застосування у договірному праві визначається в главі 51 «Правові наслідки порушення зобов'язання. Відповідальність за порушення зобов'язання», а також у статтях ЦК, які регулюють окремі види договірних зобов'язань. Важливе значення у формуванні цієї специфіки відіграють Господарський, Земельний, Сімейний кодекси України, інші закони України.

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

Перераховані правові наслідки є різнорідними санкціями і для їх застосування необхідні різні умови. Зокрема, односторонню відмову від зобов'язання у разі його порушення другою стороною та односторонню зміну зобов'язання у цивілістичній літературі прийнято називати оперативними санкціями[1], для застосування яких до порушника не обов'язковою є наявність у діях останнього вини.

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

Натомість сплата неустойки і відшкодування збитків та моральної шкоди є мірами (санкціями) цивільно-правової відповідальності, настання якої можливе лише за наявності підстав цивільно-правової відповідальності (які в сукупності утворюють склад цивільного правопорушення), у тому числі такої підстави, як вина, якщо інше не встановлено договором або законом. Крім цих двох видів правових наслідків, що настають у разі порушення зобов'язання, в окремих статтях ЦК передбачаються і такі, які спонукають боржника виконати той чи інший договірний обов'язок. Наприклад, відповідно до ст. 620 ЦК у разі невиконання боржником обов'язку передати кредиторові у власність або у користування річ, визначену індивідуальними ознаками, кредитор має право витребувати річ у боржника та вимагати її передання відповідно до умов зобов'язання. Безумовно, судовий примус до виконання передбаченого договором обов'язку є санкцією, але не мірою відповідальності.

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

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

говору; 6) принцип судового адекватного застосування договірних та законних санкцій до порушника договірного зобов'язання.

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

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

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

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

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

держави звичаї, як зовнішній прояв уявлень про справедливість, були основними джерелами формування права[1].

Арістотель, зокрема, поділяв справедливість на два види — **природну і встановлену законом**. Справедливість від природи — це та, що залишається в більшості випадків такою. Те ж, що ми самі визнаємо справедливим, стає після цього таким, ми і називаємо його справедливим за законом[2]. Справедливе має місце тоді, коли людина учиняє за вільним вибором, добровільно і усвідомлюючи, щодо кого, яким способом і заради чого вона це робить.

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

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

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

---

[1] *Майданик Р. А.* Проблеми довірчих відносин в цивільному праві. — К., 2002. — С. 67—68.

[2] *Аристотель.* Соч.: В 4 т. — Т. 4 / Пер. с древнегреч.; Общ. ред. А. И. Доватура. — М.: Мысль, 1983.

законодавець, опинись він тут, а якщо б знав заздалегідь, то вніс би цю поправку до законодавства»[1].

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

У силу цього, в Англії в XIV і XV ст., коли два основних королівських суди обмежили свою компетенцію з цих питань, канцлер короля, який тоді майже незмінно виступав високою посадовою особою в католицькій церкві, почав здійснювати виключну юрисдикцію «по совісті» і «в ім'я права справедливості». Проте в інших європейських системах королівського права і в Англії XII і XIII ст. «право справедливості» розглядалося не як щось окреме від «права», а навпаки, як його складова частина. Як і в канонічному праві, право справедливості королівських судів було тим аспектом права, який надавав йому здатність пристосовувати старі норми до нових («виключних») обставин в ім'я здійснення справедливості[2].

Із часом категорії справедливості, добросовісності отримали не лише філософське, а й правове обґрунтування. Відповідно вони знайшли своє безпосереднє закріплення у законодавстві європейських країн, наприклад у Франції, Німеччині, Італії, Нідерландах. Більше того, окремі з цих принципів знайшли відображення у Принципах міжнародних комерційних договорів, затверджені Адміністративною радою Міжнародного інституту уніфікації приватного права (Принципи УНІДРУА), Правилах ІНКОТЕРМС та інших міжнародних документах[3].

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

---

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

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

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

На жаль, розробники нового ЦК України не поставили за мету розкрити зміст зазначених загальних засад цивільного законодавства. Можливо вони зробили це свідомо, вважаючи, що це справа цивілістичної науки та майбутньої судової практики. Однак, як засвідчила практика застосування цих юридичних категорій західних європейських країн, їм не вдалося уникнути певного «судового свавілля» з огляду на їх «каучуковий» або «гумовий» оціночний характер. І незважаючи на те, як стверджує Н. С. Кузнєцова, що тут мало місце перебільшення «судового свавілля», недооцінювати можливі негативні наслідки довільного їх тлумачення в судовій практиці України не можна[1]. Щоб знизити ступінь небезпеки «судового свавілля» вкрай важливо всебічно розкрити сутність та зміст добросовісності, справедливості та розумності та їх інтерпретації в нормах договірного права.

Принцип добросовісності фактично є одним із засобів певного обмеження принципу свободи договору сторін, що передбачає вимогу дотримування добросовісності у договірних відносинах. Саме принцип добросовісності надає можливість контролювати виконання сторонами договору, вирішує проблему недопущення зловживання правами за договором, певною мірою захищає слабшу сторону договору[2], якою в довірчих відносинах виступає довіритель та вигодонабувач.

Юридичний словник Блека (Black's Law Dictionary) визначає добросовісність як «нематеріальну та абстрактну властивість, яка не має формально-юридичного значення чи законодавчого визначення та охоплює, серед іншого, чесне переконання, відсутність злого умислу та наміру ошукати чи здобути безпідставні переваги»[3].

У словнику Даля добросовісність розглядається як «добра совість, праводушшя, чесність, правдивість, сувора богобоязливість у вчинках»[4].

У правових джерелах зверталася увага, що на ранніх стадіях розвитку права добросовісність переважно означала відсутність недобросовісності. Проте поступово добросовісність стала ідентифікуватися з вимогами розумності, здорового глузду та справедливості[5].

Підстави застосування принципу добросовісності прямо передбачені в ЦК України. Згідно з ч. 3 ст. 509 ЦК України зобов'язання

---

[1] *Кузнєцова Н. С.* Принципи сучасного зобов'язального права України // Українське право. — 2003. — № 4. — С. 12.

[2] *Майданик Р. А.* Проблеми довірчих відносин в цивільному праві. — К., 2002. — С. 71.

[3] Black's Law Dictionary,.. 1990. — С. 693.

[4] *Даль В.* Толковый словарь живого великорусского языка.

[5] Стаття Британіка: http: // www/ britanica com.

має ґрунтуватися на засадах добросовісності, розумності та справедливості. Оскільки ж найпоширенішою підставою виникнення зобов'язань є договір, то наведена норма повною мірою має поширюватися на договори, причому на всіх їх стадіях (укладення договору, його динаміки та виконання). Однак не можна не звернути увагу на відсутність прямого посилання на застосування принципу добросовісності в договірних зобов'язаннях у ст. 627 ЦК України, яка передбачає, що сторони є вільними у виборі контрагента, у визначенні умов договору з урахуванням вимог чинних правових актів, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості. Такі випадки застосування зазначених принципів у різному їх співвідношенні для ЦК є непоодинокими. Як зазначає Т. В. Боднар, в одних випадках ЦК вживає усі три терміни одночасно (статті 3, 509), в других — два, наприклад, добросовісність і розумність, розумність і справедливість (статті 92, 627), в третіх — лише один, як правило, розумність (статті 749, 564, 619). Це дало їй підстави для висновку про існування в ЦК трьох самостійних принципів, з чим можна погодитись[1]. Але, як на наш погляд, у ЦК це зроблено не завжди вдало і послідовно. Таким прикладом є ст. 627 ЦК, в якій не передбачено, що при укладенні договору сторони повинні, крім усього, діяти добросовісно, а не лише відповідно до вимог розумності та справедливості. Так, відповідно до ст. 659 ЦК продавець зобов'язаний попередити покупця про права третіх осіб на товар, що продається. Невиконання продавцем цієї вимоги закону може дати суду підстави вважати його недобросовісним. Тому ст. 627 ЦК мала б бути доповнена принципом добросовісності.

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

[1] *Боднар Т. В.* Виконання договірних зобов'язань у цивільному праві. — К., 2005. — С. 121.

добросовісності та недобросовісності набувача майна і можуть братися до уваги при визначенні поняття принципу добросовісності.

Німецьке цивільне уложення в параграфі 242 передбачає, що сторіни договірного зобов'язання повинні керуватися вимогами добросовісності. Під добросовісністю необхідно розуміти не тільки як суб'єктивні уявлення конкретної особи про добросовісність її дій, а й, головним чином, як об'єктивну відповідність цих дій стандартам поведінки у відповідному секторі торгівлі. На думку професора Шлехтрайма, добросовісність є «колективним переконанням або вірою кожної розумної, чесної і порядної людини» з урахуванням специфіки сфери міжнародної торгівлі. Ці переконання є навіть важливішими, ніж стандарти і цінності, закріплені в Конституції і Німецькому цивільному уложенні[1].

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

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

---

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

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

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

Нині в Європейському Союзі діють понад десять нормативних актів, що належать до так званого права захисту прав споживачів. Одним із важливих елементів доктрини права захисту споживачів, введеного в правову науку і законодавство європейських держав, є поняття «несправедливі умови договору» (unfair contracts terms)[1].

У Великобританії у 1977 р. було прийнято Акт «Про несправедливі умови договору», який забороняє особі—підприємцю включати до договору умову про виключення або обмеження своєї відповідальності у випадку смерті або заподіяння шкоди споживачу за своєї необачності, крім випадків, якщо така умова відповідає вимогам справедливості. Таким чином, несправедливими мають вважатися умови про безпідставне виключення або обмеження відповідальності підприємця за шкоду, заподіяну споживачу. Наявність таких умов у договорі тягне порушення встановленого Актом принципу добросовісності (good faith). Прикладом несправедливої умови, в контексті цього закону, може бути випадок, коли особа, яка надає послугу перевезення (наприклад, залізниця), в односторонньому порядку знімає з себе відповідальність за зберігання вантажу пасажирів при перевезеннях[2].

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

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

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

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

---

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

[2] Там само. — С. 6.

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

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

по-третє, добросовісність має «обмежувальну» функцію, що виражене в ч. 2 ст. 6:248 ЦК Голландії, яка зазначає, що правило, обов'язкове для сторін, не застосовується настільки, наскільки за даних обставин це буде неприйнятним відповідно до критерію розумності та справедливості. Таким чином, добросовісність може за даних обставин анулювати чи виключити застосування правил, встановлених сторонами[1].

У цьому аспекті всі правила, які створюються сторонами чи законом, підпадають під контроль судів не для того, звісно, щоб оцінити їх внутрішню справедливість, а для того, щоб вирішити, чи не призведе їх застосування в конкретній справі до несправедливих результатів[2].

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

Так, МКАС розглянув справу за позовом американської фірми «Х» про стягнення з української фірми «Н» 10,6 млн доларів США за неоплату поставленого обладнання за контрактом від 11 лютого 1998 р. Своїм рішенням у справі, порушеній 24 грудня 2001 р., МКАС відмовив у задоволенні позову через пропуск позовної дав-

---

[1] *Artur S.* Hartkamp Judicial Discretion under the New Civil Code of Nether land // Centro di studi e ricerchedi diritto comparato e Seminari: http: // www. Cnr. It/ CRDCS / hart kamp. htm

[2] *Майданик Р. А.* Проблеми довірчих відносин в цивільному праві. — К., 2002. — С. 74—76.

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

ності. Судом було встановлено факт неоплати поставленого обладнання. Оскільки остаточне рішення ухвалювалося більшістю голосів, один із суддів висловив окрему думку, зазначивши, що позов слід задовольнити, бо судове рішення повинно бути справедливим[1]. Очевидно, суддя виходив також із того, що відповідач безпідставно збагатився на таку велику суму.

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

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

Згідно зі ст. 3 Директиви умова договору, яка не була окремо погоджена, вважається несправедливою (нечесною), якщо всупереч вимозі про добросовісність вона створює нерівність у правах і обов'язках сторін договору, причому на шкоду споживачу[2].

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

Відповідно до ст. 6 Директиви несправедливі умови договору, укладеного між споживачем і продавцем, постачальником, не ство-

---

[1] Архів МКАС при ТПП України за 2002 рік.

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

рюють прав і обов'язків для споживача, і договір продовжує діяти в цілому, якщо це можливо без несправедливих умов. Таке правило означає, що суд зобов'язаний встановити можливість реалізації такого договору як угоди за відсутності несправедливих умов. Споживачу надається право висловити бажання залишити таку умову в силі, добровільно відмовившись від визначених прав на користь свого контрагента.

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

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

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

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

Виходячи з критерію добросовісності, вирішується питання про визнання договірних положень недійсними внаслідок істотної помилки однієї сторони, про яку було відомо іншій стороні (ст. 3.5), обману (ст. 3.8), істотної нерівності умов договору, коли одна сто-

рона отримує надмірну і невиправдану перевагу за рахунок іншої (ст. 3.10), зокрема, за застереженнями про обмеження відповідальності (ст. 7.1.6).

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

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

Розуміння ідеї добросовісності як джерела можливих зобов'язань, не передбачених прямо ні угодою сторін, ні застосовуваним правом, є спільним елементом правових систем, що визнають цей принцип. Такі «забезпечувальні зобов'язання» повинні доповнювати систему взаємних зобов'язань сторін для досягнення цілей, заради яких і укладено договір[1].

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

Добросовісність є визначальним поняттям для тлумачення договору, коли спільний намір сторін неможливо встановити. В Принципах УНІДРУА закріплено похідне від принципу добросовісності правило contra proferentem, відповідно до якого двозначні умови по-

[1] *Майданик Р. А.* Проблеми довірчих відносин в цивільному праві. — К., 2002. — С. 80.

винні тлумачитися так, щоб перевага надавалася розумінню, протилежному інтересам сторони, яка запропонувала таку умову.

Принципами встановлюється загальний обов'язок для суб'єктів комерційних відносин діяти відповідно до прийнятих у практиці міжнародної торгівлі стандартів добросовісності й чесної ділової практики і зумовлює імперативний, фундаментальний характер норми, за якою сторони за договором не можуть обмежити або виключити її дію. Проте ніщо не заважає сторонам передбачити в договорі зобов'язання слідувати більш суворим стандартам, ніж ті, які встановлені практикою міжнародної торгівлі[1].

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

Останнім часом із прийняттям нового ГК активізувалися дискусії щодо поняття принципу добросовісності. Так, на думку Н. С. Кузнєцової, у межах зобов'язання засади добросовісності конкретизують як загальний обов'язок, що передбачає необхідність: а) кожній стороні зробити все, що взаємно полегшить виконання зобов'язання, і уникати того, що може їх ускладнити або унеможливити їх виконання; б) уникати порушення прав іншої сторони; в) дійсно робити спільно все, що необхідно для досягнення мети договору; г) надавати необхідну інформацію про виконання первісних дій з реалізації зобов'язання[2]. Визначені автором ознаки добросовісності досить влучно відображають сутність принципу добросовісності у зобов'язальному праві. Водночас зайвим уявляється останній елемент, оскільки він фактично охоплюється другим елементом, який передбачає обов'язок вчиняти все для того, щоб досягти мети зобов'язання.

Т. В. Боднар та О. О. Мережко розглядають принцип добросовісності у зобов'язальному праві як засаду, що передбачає сумлінну і чесну поведінку суб'єктів при виконанні суб'єктивних обов'язків і здійснення суб'єктивних прав у зобов'язальних правовідносинах[3]. Важко заперечувати правильність наведеного визначення принципу добросовісності, але його ефективність у правозастосовній практи-

---

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

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

[3] *Боднар Т. В.* Виконання договірних зобов'язань у цивільному праві. — К., 2005. — С. 116; *Мережко А. А.* Lex mercatoria: теория и принципы транснационального торгового права. — К.: Таксон, 1999. — С. 160.

ці поки що незначна, оскільки сутність принципу добросовісності розкривається через оціночні терміни сумлінності й чесності, які, в свою чергу, є неоднозначними і потребують спеціального тлумачення.

Р. А. Майданик визначає принцип добросовісності як один із засобів певного обмеження принципу свободи договору сторін та контролю виконання сторонами договору[1].

У російській юридичній літературі окремі автори принцип добросовісності визначають як обов'язок учасника цивільних правовідносин при здійсненні своїх прав і виконанні своїх обов'язків турбуватися про дотримання прав і законних інтересів інших учасників майнового обороту[2]. Таке визначення принципу добросовісності є юридично помилковим, адже не можна зобов'язати особу піклуватися про дотримання прав і законних інтересів невизначеного кола осіб, особливо коли це стосується сфери підприємницької діяльності, яка базується на конкуренції суб'єктів підприємництва.

Підсумовуючи аналіз цивільного законодавства України, юридичної літератури, зарубіжного досвіду щодо принципу добросовісності, можемо дійти висновку, що *в договірних відносинах добросовісною має вважатися така поведінка сторони, яка, знаючи (повинна була знати), що здійснення нею або іншою стороною прав або виконання договірних обов'язків може призвести до негативних наслідків, не вжила доступних їй заходів для їх усунення*. В іншому випадку вона має вважатися недобросовісною з настанням для неї тих чи інших правових наслідків. Встановлення факту недобросовісності особи можливе за наявності доказів, які спростовують презумпцію добросовісності поведінки учасників цивільних правовідносин. У зв'язку з цим не можна повністю погодитися з думкою про те, що недобросовісність — це знання або нереалізована можливість знання про вірогідну шкоду лише від своїх дій для іншої особи[3].

Наукового осмислення вимагає також зміст **принципу розумності**, який порівняно з іншими принципами (добросовісності та справедливості) застосовується в ЦК понад 50 разів, причому переважно в статтях щодо виконання зобов'язань. Законодавець знову ж таки не дає визначення поняття «розумність», але, як правило, пов'язує його вживання з іншими юридичними категоріями: розумна по-

---

[1] *Майданик Р. А.* Проблеми довірчих відносин в цивільному праві. — К., 2002. — С. 71.

[2] *Чукреев А. А.* Добросовестность в системе принципов гражданського права // Журнал российского права. — 2002. — № 11. — С. 103.

[3] *Емельянов В.* Добросовестность, разумность // эж-Юрист. — 2002. — № 18. — С. 4; *Ємельянов В. И.* Разумность, добросовестность, незлоупотребление гражданскими правами. — М.: Лекс-Книга, 2002.

ведінка (ч. 5 ст. 12); розумний строк (статті 564, 666, 670, 672, 678, 680, 684, 688 та ін.); розумна ціна (ч. 1 ст. 874); розумна плата (ч. 2 ст. 903, ч. 1 ст. 916, ст. 931); розумні витрати (ч. 1 ст. 1232); розумний час (ст. 1146). Таке широке застосування терміна «розумність» дало підставу Т. В. Боднар висловити думку про існування принципу розумності лише в правовідносинах виконання зобов'язань, що є певним перебільшенням[1].

§ 3. Принцип свободи в договірному праві України

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

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

[1] *Боднар Т. В.* Виконання договірних зобов'язань у цивільному праві. — К., 2005. — С. 117.

Такими є основні положення статей 3, 6, 627 ЦК, які визначають найголовніші правові засади щодо свободи договору. Для правильного розуміння принципу свободи договору та його правильного застосування на практиці необхідно визначити його зміст, межі дії, правові наслідки вчинення сторонами дій поза цими межами. Поки що ці питання недостатньо досліджувалися українськими вченими-правознавцями. Найвагомішою науковою працею є дисертаційна робота А. В. Луць «Свобода договору в цивільному праві України»[1]. На думку автора, ст. 6 ЦК України встановлює лише межі (рамки) свободи договору, з чим не можна не погодитися в силу вищенаведених міркувань.

У свій час деякими цивілістами радянського періоду також визнавався як загальноцивілістичний принцип свободи у здійсненні цивільних прав відповідно до їх соціального призначення, який знайшов певне опосередковане відображення в ст. 5 Основ цивільного законодавства СРСР та ст. 5 ЦК УРСР[2]. Однак широкої підтримки в наукових колах цей принцип не отримав, оскільки визнавався атрибутом буржуазного договірного права[3].

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

Так, Н. С. Кузнєцова лише називає серед принципів, закріплених у ст. 3 ЦК, свободу договору, але в подальшому не розкриває його змісту, а піддає детальному аналізу принцип диспозитивності, який, на її думку, у традиційному сенсі визначає модель поведінки учасника цивільних відносин, яка дозволяє відійти їм від нормативної моделі й передбачити інші правила. Однак розробники нового ЦК відмовилися від такого занадто звуженого розуміння диспозитивності у договірних зобов'язаннях і передбачили у ст. 6 ЦК інші підходи. За цією статтею, зокрема, сторони можуть відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд, якщо інше не визначено імперативними приписами актів цивільного законодавства[4]. Викладена позиція Н. С. Кузнєцової не викликала б жодних заперечень, якби не звертати увагу на застереження в ст. 627 ЦК про те, що відповідно до ст. 6 цього Ко-

---

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

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

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

[4] *Кузнєцова Н.* Принципи сучасного зобов'язального права // Українське комерційне право. — 2003. — № 4. — С. 9—17.

дексу сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору. Наявність такої відсилочної норми до ст. 6 ЦК дає підстави вважати, що начебто остання визначає правові засади свободи договору, що не зовсім так, адже насправді в ст. 6 визначається лише один із аспектів свободи договору в частині співвідношення нормативного і договірного регулювання, в якому Н. С. Кузнєцова вбачає ознаки принципу диспозитивності. Відтак з огляду на це можна припустити, що автор розмежовує принципи свободи та диспозитивності як самостійні.

М. Сібільов, оцінюючи правила ст. 6 ЦК щодо співвідношення закону і договору, зазначив, що положення актів цивільного законодавства мають тлумачитися як диспозитивні, крім випадків, коли в них прямо вказано на неможливість для сторін у договорі відступати від положень цих актів або коли це випливає з їх змісту, або із суті відносин між сторонами[1]. Відповідно, автор підтримав точку зору З. В. Ромовської, яка стверджує, що співвідношення питомої ваги імперативних і диспозитивних норм ЦК вирішує на користь останніх[2]. Натомість В. В. Луць зазначає, що статті 6 і 627 ЦК не розкривають повністю змісту принципу свободи договору[3]. Таким чином, В. В. Луць уникає виділення принципу диспозитивності, вбачаючи у змісті ст. 6 ЦК наявність елементів принципу свободи договору. Отже, існує неузгодженість між юристами в оцінці правової природи свободи договору та диспозитивності в договірному праві.

Як нам вважається, ці дві правові категорії є дуже близькими, хоч і не завжди можуть повністю співпадати. Не випадково видатний російський вчений В. П. Мозолін зауважив, що з поняттям свободи договору, яке розкривається у ст. 1 ЦК РФ як право громадян і юридичних осіб вільно встановлювати свої права і обов'язки на основі договору і у визначенні будь-яких умов договору, що не суперечать законодавству, досить тісно пов'язане поняття диспозитивних норм, широко застосовуваних у цивільному законодавстві[4]. Однак автор, на жаль, не запропонував свого конкретного бачення «пов'язаності» цих понять.

---

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

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

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

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

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

У цивілістичній літературі дається різне визначення принципу свободи договору. Однак в усіх випадках визначальним має бути правило римського приватного права про те, що договір не може виникати всупереч волі сторін, а відтак вона має бути лише виявом взаємної згоди[1].

Спроби розкрити зміст принципу свободи договору робилися і за радянського періоду. Так, на думку Ф. І. Гавзе, свобода договору полягає у наступному: 1) договір — це вільне погодження волі суб'єктів; 2) об'єктом договору може бути будь-який предмет або дія; 3) умови договору цілком визначаються волею сторін; 4) форма

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

укладення договору цілком залежить від розсуду сторін; 5) розірвання договору може відбуватися на вимогу однієї зі сторін; 6) наслідки невиконання договору, якщо вони зумовлені у самому договорі, не можуть змінюватися судовими органами; 7) відповідальність за невиконання договору має бути суто цивільною[1].

Перераховані ознаки чи елементи свободи договору багато в чому прийнятні й нині, оскільки це було зумовлено лібералізацією економічного товарообігу, введенням нової економічної політики (НЕП), від якої досить швидко влада відмовилася, а на зміну їй в економічну політику були привнесені адміністративно-командні методи управління економікою, які стали пануючими і в договірних відносинах, особливо між соціалістичними організаціями. Відтак і свобода договору в соціалістичній економіці виявилася деформованою[2].

У пострадянський період активізувалися дослідження принципів цивільного права. Так, О. О. Мережко обґрунтував думку про те, що юридичний зміст принципу свободи зводиться до: а) свободи суб'єктів на свій розсуд укладати договір; б) свободи сторін договору визначати його зміст шляхом взаємної згоди; в) обов'язку сторін при укладенні договору враховувати суспільні та державні інтереси, які виражені, передусім, у нормах публічного права; г) обов'язковості добросовісного виконання договору[3].

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

Надзвичайно широко визначив свободу договору російський юрист С. А. Денисов, який на основі аналізу положень нового Цивільного кодексу РФ виділив такі елементи договірного права: 1) право учасників цивільного обороту самостійно вирішувати, чи слід їм укладати договір, чи ні; 2) громадяни та юридичні особи є вільними у виборі контрагента за договором; 3) у процесі досяг-

---

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

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

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

нення згоди сторони є юридично рівноправними одна щодо одної; 4) самостійність сторін у ході укладення договору визначати вид (різновид) договору, якому вони хочуть підпорядковувати свої правовідносини; 5) право сторін укласти договір, в якому є елементи різних договорів, передбачених законом або іншими правовими актами (змішані договори); 6) право сторін вести переговори з метою досягнення угоди будь-якими правовими способами і без обмежень у часі, а також вирішувати, продовжувати їм переговори чи ні; 7) регулювання відносин суб'єктів за зобов'язанням переважно диспозитивними нормами, які діють тільки у випадках, коли інше не передбачено в самому договорі, розробленому сторонами; 8) значне розширення свободи учасників договору, оскільки ЦК РФ, зокрема, наділив загальною правоздатністю комерційні організації, а також розширив правоздатність громадян, давши їм можливість здійснювати підприємницьку діяльність; 9) істотне розширення сфери застосування договору, включаючи питання інтелектуальної власності, біржової та банківської діяльності, обігу цінних паперів, страхування, використання застави тощо; 10) розширення кола об'єктів, з приводу яких можливе укладення договору (нерухомість, майнові права, інформація тощо)[1].

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

Занадто звужене розуміння принципу договірної свободи запропонував А. М. Статівка, на думку якого під ним необхідно розуміти укладення договору будь-якого змісту з метою реалізації суб'єктами своїх індивідуальних інтересів[2].

Однак особливий інтерес викликає зміст принципу свободи договору, запропонований А. В. Луць, яка вважає, що хоч ст. 627 нового ЦК України названо «Свобода договору», проте в ній не пов-

---

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

[2] *Стативка А. Н.* Договоры в агропромышленном комплексе Украины в условиях рынка. — Харьков: Право, 1997. — С. 136—143.

ністю розкривається зміст договірної свободи в цивільному праві. Крім можливості вибору контрагента та визначення змісту договору, свобода договору включає також: а) вільний вияв волі особи на вступ у договірні відносини; б) свободу договору у виборі сторонами форм договору; в) право сторін укладати як договори, передбачені законом, так і договори, які законом не передбачені, але йому не суперечать; г) право сторін за своєю угодою змінювати, розривати або подовжувати дію укладеного ними договору; ґ) право визначати способи забезпечення договірних зобов'язань; д) право встановлювати форми (міри) відповідальності за порушення договірних зобов'язань тощо. Зазначені аспекти договірної свободи закріплені іншими положеннями цивільного законодавства, але в узагальненому вигляді мають розкривати зміст поняття свободи договору[1].

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

Вимагає уточнення також висновок автора про те, що елементом свободи є право встановлювати форми (міри) відповідальності за порушення договірних зобов'язань, адже цивільна відповідаль-

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

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

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

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

Однак усі перераховані елементи прояву свободи сторін на переддоговірній стадії договірного правовідношення та в момент укладення договору виявляються у межах відповідного правового поля. Більше того, законодавство України може містити винятки щодо свободи сторін на цій стадії. Іншими словами, в законодавстві можуть міститися норми, які безпосередньо або опосередковано обмежують дію принципу свободи договору. Чи немає тут певної суперечності? Чи логічно в одній нормі проголошувати принцип свободи договору, а в іншій — її обмежувати? Суперечності тут може не бути, але лише у разі, коли ці обмеження є обґрунтованими юридично, економічно та соціально. Власне, в іноземних правопорядках вже утвердилася відповідна система обмежень договірної системи. Аналізуючи ці правопорядки, О. О. Мережко доходить висновку про те, що в них утверджуються обмеження свободи договору з боку закону або з боку «публічного» порядку, добрих «нравів», добросовісності й міркувань соціальної справедливості. Спершу традиційний публічний порядок спрямовується на охорону індивідуальної свободи, забезпечення суверенітету держави і міцності сім'ї, забезпечення загальних правил моралі. Згодом концепція публічного порядку оновилася і стала однією з базових концепцій європейського міжнародного приватного права і має підпорядковуватися цілям: 1) національних інтересів держави, зовнішньої політики, вій-

ськової безпеки, захисту довкілля тощо; 2) соціальним (наприклад, захисту прав споживачів, найманих працівників та наймачів житла); 3) основоположним вимогам справедливості, наприклад захисту прав людини[1].

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

Так, на перший погляд важко уявити допустимість примусового укладення договору. Між тим, це може мати місце. Т. В. Боднар визнає, що договірні зобов'язання виникають на підставі договору, а у ряді випадків — на підставі судового рішення[2]. Однак автор не визначає випадки примусового укладення договору. Між тим, за законодавством радянського періоду закріплювалася система обов'язковості договірних зв'язків, що зумовлювалося існуванням адміністративно-командних методів управління економікою в соціалістичному суспільстві, одним із проявів яких було введення планової системи розподілу матеріально-технічних благ, будівництва, надання послуг тощо. Відповідно ця система знайшла своє закріплення в цивільному законодавстві. Наприклад, згідно зі ст. 245 ЦК УРСР за договором поставки організація-постачальник зобов'язується передати у певні строки чи строк організації-покупцю (замовнику) у власність (в оперативне управління) певну продукцію відповідно до обов'язкового для обох організацій планового акта розподілу продукції, а організація-покупець зобов'язується прийняти продукцію і оплатити її за встановленими цінами. При цьому в плановому акті вже завідомо визначалися сторони майбутнього договору.

Положенням про поставки продукції виробничо-технічного призначення та Положенням про поставки товарів народного споживання передбачалися індивідуальні планові акти (зокрема, наряди, плани прикріплення), в яких визначалися постачальники і покупці, обсяги і терміни поставки, а також інші реквізити. Усі розбіжності, які виникали при укладенні договорів, заснованих на обов'язковому для сторін плановому акті, повинні були вирішуватися судом, який мав право змусити сторони укласти договір відповідно до умов планового акта (ст. 159 ЦК УРСР). До постачальників (виготівників,

---

[1] *Мережко А. А.* Договор в частном праве. — К.: А.С.К., 2003. — С. 87—93.

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

підрядників, перевізників), які вчинили поза планом поставку продукції, що мала розподілятися в плановому порядку, застосовувалися досить суворі штрафні санкції (20% вартості такої продукції). Соціалістичні організації мали право вільно укладати договори лише щодо продукції (товарів), що не розподілялася в плановому порядку (ч. 2 ст. 245 ЦК УРСР).

О. А. Беляневич вважає, що спонукання до укладення господарського договору можливе тоді, коли хоча б одна із сторін зобов'язана укласти договір: через пряму вказівку закону; на підставі обов'язкового для виконання акта планування (у т. ч. державного замовлення); якщо сторони зв'язані зобов'язанням укласти договір на підставі існуючого між ними попереднього договору[1]. За радянського періоду досить поширеною підставою для виникнення спорів про спонукання до укладення господарського договору було ухилення суб'єктів господарювання від здійснення дій, необхідних за законодавством для встановлення договірних відносин (невисилання оферентом проекту договору, неповернення акцептантом підписаного договору)[2].

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

---

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

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

що перераховані суб'єкти в силу цих законів в обов'язковому порядку мають бути контрагентами за такими договорами.

Особливий склад сторін є у зовнішньоекономічних договорах, обов'язковим суб'єктом яких має бути іноземна фізична чи юридична особа. У таких договірних відносинах також виявляється принцип свободи, але з певними особливостями[1].

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

Однак цивільне законодавство передбачає й інші підстави обмеження дії свободи у виборі контрагента договору. Так, відповідно до ст. 362 ЦК у разі продажу частки у праві спільної часткової власності з порушенням переважного права купівлі, співвласник може пред'явити до суду позов про переведення на нього прав та обов'язків покупця. І хоча в наведеній нормі прямо не передбачається право суду задовольнити такий позов, наявність у суду такого права не викликає жодних сумнівів, а відтак має місце ще один випадок примусового укладення договору. Відповідно до ст. 372 ЦК майно, що є у спільній частковій чи сумісній власності, може бути поділене в натурі між співвласниками за домовленістю між ними. Під такою домовленістю необхідно розуміти, очевидно, договір про поділ спільного майна, що випливає з ч. 3 ст. 367 та ч. 4 ст. 372

[1] *Бєляєва А. П.* Принцип свободи договору в правовому регулюванні зовнішньоекономічного контракту: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Харків, 2005. — С. 4—16.

ЦК, згідно з якими договір про поділ нерухомого майна, що є у спільній частковій або сумісній власності, укладається у письмовій формі й підлягає нотаріальному посвідченню. Таким самим чином це питання вирішене і у Сімейному кодексі України, оскільки згідно зі ст. 69 цього Кодексу дружина і чоловік мають право розділити майно за взаємною згодою і договір про поділ жилого будинку, квартири, іншого нерухомого майна, а також про виділ нерухомого майна дружині, чоловікові зі складу усього майна подружжя має бути нотаріально посвідчений. Однак, якщо такої домовленості між співвласниками не досягнуто, то такий поділ (виділ) може бути здійснений у судовому порядку, хоч у ЦК про це прямо не говориться. Але це випливає опосередковано зі змісту ч. 2 ст. 372 ЦК, в якій зазначається, що за рішенням суду частка співвласника може бути збільшена або зменшена з урахуванням обставин, які мають істотне значення. Звісно, такий висновок, який будується на припущенні, свідчить про вади у нормотворенні. *Тому було б доцільно у ст. 367 та ст. 372 ЦК прямо передбачити норму про те, що у разі відсутності між співвласниками згоди щодо поділу спільного майна, спір між ними вирішується судом, рішення якого замінює договір про поділ (виділ) спільного майна.*

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

Межі свободи у виборі контрагента можуть обумовлюватися багатьма чинниками: правовою природою того чи іншого договору, особливими вимогами до суб'єктного складу окремих видів договорів. Серед таких договорів найпоширенішими є публічні договори. Згідно зі ст. 633 ЦК публічним є договір, в якому одна сторона-підприємець взяла на себе обов'язок здійснювати продаж товарів, виконання робіт або надання послуг кожному, хто до неї звернеться (роздрібна торгівля, перевезення транспортом загального користування, послуги зв'язку, медичне, готельне, банківське обслуговування тощо). В одних публічних договорах (договорі роздрібної купівлі-продажу,

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

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

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

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

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

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

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

ЦК України (ст. 209), інші закони України передбачають обов'язковість нотаріального посвідчення окремих видів правочинів. Недотримання цієї вимоги призводить до нікчемності договору (ст. 220 ЦК). Таким чином, за таких обставин контрагенти зобов'язані укладати договір у посвідченій нотаріально письмовій формі. Фактично це означає, що контрагенти не повною мірою вільні у виборі форми договору, що укладається. У зв'язку з цим необхідно зазначити певну негативну тенденцію до збільшення кількості договорів, що потребують обов'язкового нотаріального посвідчення. За новим ЦК України та іншими законами таких випадків нараховуються десятки[1], на відміну від ЦК УРСР, в якому таких договорів було лише кілька (договори відчуження жилих будинків, квартир,

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

дарування на суму понад 500 крб). Іншими словами, за новим ЦК фактично у контрагентів договору зменшуються можливості вільно обирати форму договору, що укладається.

Лише на перший погляд можна вважати, що наявність у контрагентів є повна свобода у виборі умов договору, у формуванні прав і обов'язків, які становлять зміст договору. За ст. 638 ЦК України договір вважається укладеним, якщо між сторонами в належній формі досягнуто згоду з усіх істотних умов договору. Такими є умови про предмет договору, умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї зі сторін має бути досягнуто згоди. Таким чином, за цією статтею безпосередньо виділена одна істотна умова, обов'язкова для будь-якого договору, — умова про предмет. Інші істотні умови мають визначатися нормами ЦК, які регулюють окремі види договірних зобов'язань, спеціальними законами. Нарешті, такі умови можуть зумовлюватися правовою природою самого договору. Виявляється, що контрагенти вільні у виборі лише тих умов, які не входять до вищезазначених умов. Певною мірою можна погодитися з А. В. Луць, що з переходом до ринкової економіки свобода договору розширилася, порівняно з радянським періодом[1]. Проте не можна обійти увагою факт існування багатьох законів, у яких встановлюється надмірна кількість істотних умов (закони України «Про оренду державного та комунального майна» — дев'ять істотних умов, «Про фінансовий лізинг» — вісім). Крім того, численними нормативно-правовими актами, типовими договорами також передбачаються істотні умови договору, без включення яких договір може вважатися неукладеним.

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

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

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

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

---

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

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

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

ґ) встановлення в договорі підстав і заходів відповідальності суб'єктів зобов'язання за невиконання або неналежне виконання договірних зобов'язань[1].

Автор обґрунтовано і правильно визначила прояви принципу свободи стосовно виконання договору, але його реалізація відбувається переважно на стадії укладення договору, а не на стадії виконання договору. Проте і на цій стадії можлива дія певних елементів свободи, і заперечувати цей факт неможливо. Тому не можна погодитися з А. В. Луць у тому, що проявом свободи договору є також надана сторонам можливість вносити до нього зміни, доповнення або розірвати договір за взаємною згодою. При цьому право на зміну чи розірвання договору є логічним продовженням свободи сторін на вступ у договірні відносини та визначення змісту договору[2]. В основу цього висновку автор поклала твердження М. І. Брагінського про те, що «ті, хто володіє правом за власною волею укладати договір, повинні бути у принципі настільки ж вільними у питаннях про його розірвання або зміну окремих договірних умов»[3]. Безумовно, це справедливий і логічний висновок, але знову ж таки дія принципу свободи сторін на стадії виконання договору не є абстрактною, а її обсяг залежить від багатьох чинників, які зумовлюють необхідність встановлення певних обмежень у реалізації принципу свободи.

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

---

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

[2] *Луць А. В.* Свобода договору в цивільному праві. — К.: Школа, 2004. — С. 119—120.

[3] *Брагинський М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Общие положения. — М.: Статут, 1997. — С. 348.

По-друге, і тут можливі обмеження щодо внесення тих змін чи доповнень до укладеного договору, якщо їх внесення суперечить тим самим вимогам законів України, інших актів законодавства, яких сторони повинні дотримуватися при укладенні договору. Наприклад, сторони публічного договору не можуть внести до нього такі зміни чи доповнення, які б суперечили правилам ст. 633 ЦК України під загрозою їх нікчемності. Відповідно до ч. 3 ст. 614 ЦК правочин, яким скасовується чи обмежується відповідальність за умисне порушення зобов'язання, є нікчемним. Сторони не можуть вносити також такі зміни щодо належного їм майна, внаслідок чого можливе його використання на шкоду правам, свободам та гідності громадян, інтересам суспільства, на погіршення екологічної ситуації та природних якостей землі (ст. 319 ЦК).

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

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

На особливу увагу заслуговує проблема відмови сторони від договору. ЦК УРСР також передбачав можливість односторонньої відмови від договору, але за наявності загального правила, закріпленого у ст. 162, про недопустимість односторонньої відмови від договору чи його зміни, за винятками, передбаченими законом. Новий ЦК значно розширив коло випадків односторонньої відмови від договору, на що вже цілком справедливо зверталася увага в юридичній літературі[1]. В ЦК України є також загальна норма ст. 214 ЦК, в якій записано, що особи, які вчинили дво- або багатосторонній правочин, мають право за взаємною згодою сторін, а також у випадках,

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

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

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

Сторони договору комісії також можуть понести збитки у разі односторонньої відмови від договору. На наш погляд, такі збитки мають відшкодовуватися у разі безпідставності односторонньої відмови від договору, незважаючи на відсутність у главі 69 «Комісія» спеціального про це застереження. Підставою для задоволення таких вимог можуть слугувати загальні положення зобов'язального права. Зокрема, такі положення закріплені в статтях 610, 611, 623 ЦК України. Сказане не повинно стосуватися лише права покупця-споживача на обмін протягом чотирнадцяти днів із моменту пере-

[1] *Блащук А.* Відмова від виконання договору як підстава припинення зобов'язання // Юридична Україна. — 2004. — № 12. — С. 43—47.

дання йому непродовольчого товару належної якості, встановленого ст. 707 ЦК України.

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

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

У главі 51 ЦК також окреслені правові наслідки порушення зобов'язання та права сторін щодо їх застосування. Так, як зазначається у ст. 611 ЦК, у разі порушення зобов'язання настають правові наслідки, встановлені договором або законом, зокрема: 1) припинення зобов'язання внаслідок односторонньої відмови від зобов'язання, якщо це встановлено договором або законом, або розірвання договору; 2) зміна умов зобов'язання; 3) сплата неустойки; 4) відшкодування збитків та моральної шкоди. Зрозуміло, що укладаючи договір, сторони можуть передбачити перераховані правові наслідки в договорі, конкретизувати їх. Якщо вони цього не зроблять, то мають діяти правила, передбачені ст. 611 ЦК.

Крім того, необхідно враховувати, що правові наслідки можуть конкретизуватися в статтях, що регулюють окремі види договірних зобов'язань. Показовою тут може бути, наприклад, ч. 2 ст. 672 ЦК,

згідно з якою, якщо продавець передав покупцеві частину товару, асортимент якого відповідає умовам договору купівлі-продажу, і частину товару з порушенням асортименту, покупець має право на свій вибір: 1) прийняти частину товару, що відповідає умовам договору і відмовитися від решти товару; 2) відмовитися від усього товару; 3) вимагати заміни частини товару, що не відповідає асортименту; 4) прийняти весь товар.

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

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

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

2. Сторони у договорі можуть взагалі не передбачити умов про правові наслідки порушення умов договору або зробити застереження про їх визначення законом. Звісно, у разі порушення зобов'язання сторони можуть укласти правочин щодо правових наслідків порушення зобов'язання, але на практиці укладення такого правочину, як правило, є проблемним. Тому якщо такої домовленості не досягнуто, потерпіла сторона може вільно обрати будь-який спосіб захисту своїх порушених прав, передбачений законом.

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

§ 4. Принцип неприпустимості зловживання правом у договірних зобов'язаннях

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

Зазначений принцип визначає межі свободи, закладеної у суб'єктивному праві, вихід за які приводить особу до зловживання правом[1].

Реалізація суб'єктивних прав можлива при обов'язковому дотриманні меж реалізації цих прав уповноваженими суб'єктами, оскільки для зобов'язаної особи створюється значний ризик, пов'язаний з тим, що уповноважений суб'єкт, не порушуючи норм права, може скористатися ним не за призначенням і порушити інтереси зобов'язаної особи[2].

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

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

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

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

На нашу думку, визнання припустимості існування конструкції зловживання правом більш адекватно відображає реалії здійснення суб'єктивного права, оскільки використання права в такому випадку є не здійсненням права, а використанням переважного станови-

---

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

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

[3] *Хміль М. М.* Зазнач. праця. — С. 7.

ща, забезпеченого цим правом, стосовно особи, якій заподіюється шкода. Існування цього явища підтверджується тим, що суб'єктивне право може використовуватися особою для здійснення протиправної дії[1].

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

Наведене положення певною мірою поширюється також на договірно-зобов'язальні правовідношення, що підтверджується також змістом ч. 1 ст. 13 ЦК, згідно з якою цивільні права особа здійснює в межах, наданих їй договором або актами цивільного законодавства. Такі загальні вимоги закону щодо меж здійснення цивільних прав знайшли своє продовження в інших статтях ЦК, що регулюють договірні зобов'язання. Так, відповідно до ст. 627 ЦК сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням вимог цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості. Свідоме ігнорування стороною договору цих вимог може завдати шкоди іншим особам або набути інших ознак зловживання правом.

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

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

Наприклад, за ст. 18 Закону недійсними можуть визнаватися умови договору, спрямовані на встановлення продавцем (виконав-

[1] *Хміль М. М.* Принцип неприпустимості зловживання правом (теоретико-правові аспекти): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Харків, 2005. — С. 9.

цем, виробником) дисбалансу договірних прав та обов'язків на шкоду споживача. Такі умови є несправедливими і водночас містять ознаки зловживання продавцем (виконавцем, виробником) своїм правом «сильнішої» сторони щодо споживача як «слабшої» сторони.

У літературі слушно звертається увага на те, що здійснення суб'єктивних прав у тому чи іншому випадках призводить до небажаних, з точки зору правопорядка, наслідків, на які право повинно реагувати[1]. За загальним правилом, той, хто має будь-яке право, може його здійснювати, незважаючи на те, що в результаті такого здійснення може виникнути шкода для іншого; ще римські юристи говорили: «Qui jure suo utitur, nemini facit injuriam» («Хто використовує своє право, не порушує прав будь-кого»).

Привертає своєю чіткістю і глибиною аналіз конструкції зловживання правом, проведений Й. О. Покровським, який зазначає: «Я можу побудувати на своїй ділянці величезний будинок, який повністю позбавить світла вашу сусідню будівлю. Я можу стягнути з вас борг, хоч би мені гроші були в даний момент не потрібні, а ви будете внаслідок стягнення зовсім розорені тощо. Кожний, таким чином, у галузі цивільного права може діяти, виключно керуючись своїми власними інтересами і не піклуватися про інтереси інших: ці останні повинні піклуватися про себе самі. Необхідно лише, щоб той, хто здійснює своє право, залишався у формальних межах цього останнього»[2].

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

У цілому зловживання правом полягає в тому, що особа, якій формально належить суб'єктивне право, неправомірно його здійснює. Вважається, що уповноважена особа допускає зловживання правом у випадку, коли її дії ґрунтуються на суб'єктивному праві, передбачають недозволене використання свого права, порушують міру і вид поведінки, визначені законом, посилаючись при цьому на формально належне їй суб'єктивне право[3].

У зв'язку з цим зловживання правом розглядають у літературі формою здійснення власного права, за допомогою чи з використан-

---

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

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

[3] *Майданик Р. А.* Зазнач. праця. — С. 81.

ням якої заподіюється шкода іншим учасникам суспільних відносин шляхом здійснення права в суперечності з його цільовим призначенням або здійсненням дій, що виходять за межі наданих законом прав, якщо такі межі й цілі здійснення права встановлені в законі[1].

Суб'єктивне право є мірою можливої поведінки уповноваженої особи і тому має певні межі за змістом і за характером здійснення. У зв'язку з цим В. П. Грибанов справедливо зазначає, що межі є невід'ємною рисою будь-якого суб'єктивного права. За їх відсутності будь-яке суб'єктивне право перетвориться на свавілля[2]. В силу наведеного загальновизнаною вважається доцільність законодавчої заборони зловживання правом як найбільш загальної межі їх здійснення, що видається теоретично виправданим[3] і необхідним на практиці. Не можна погодитися з тезою про неприпустимість існування конструкції «зловживання правом» лише в силу того, що той, хто користується своїм правом, нікому не заподіює шкоди[4] або виходить за межі змісту права, тобто за межі самого права і тому це є не зловживання правом, а класична неправомірна дія[5]. З наведеним підходом не можна повністю погодитися, оскільки зловживати можна лише існуючим суб'єктивним правом шляхом виходу за межі дозволеної поведінки[6].

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

Межі здійснення цивільних прав можуть визначатися різними способами. Межа може встановлюватися залежно від строку існування суб'єктивного права, суб'єктного складу учасників правовідносин, кола їх повноважень[7]. До меж відносять порушення чинного зако-

---

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

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

[3] *Грибанов В. П.* Там само. — С. 39—40.

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

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

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

[7] *Коссак В. М.* Цивільне право України: Підручник: У 2 кн. / *О. В. Дзера* (кер. авт. кол.), *Д. В. Боброва, А. С. Довгерт* та ін.; За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. — 2-е вид., перероб. і доп. — К.: Юрінком Інтер, 2003. — Кн. 1. — С. 225.

нодавства, зокрема, реалізацію наданих правом можливостей недозволеними способами, використання суб'єктом недозволених засобів примусового здійснення чи захисту свого права, порушення прав і охоронюваних законом інтересів інших осіб і держави, заподіяння шкоди навколишньому середовищу, дії підприємців щодо здійснення наданих їм прав, спрямовані на обмеження конкуренції та використання з цією метою домінуючого становища на ринку. Порушення наведених меж здійснення цивільних прав веде до зловживання правом, тобто є підставою виникнення цього правового явища[1].

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

Аналіз чинного законодавства дає підстави для висновку про здійснення особою цивільних прав у межах, наданих їй договором або актами цивільного законодавства. Загальне конституційне положення полягає в недопущенні порушення прав і охоронюваних законом інтересів інших осіб і держави[2]. У зв'язку з цим при здійсненні своїх прав особа зобов'язана утримуватися від дій, які могли б порушити права інших осіб, завдати шкоди довкіллю або культурній спадщині. Тому не допускаються дії особи, що вчиняються з наміром завдати шкоди іншій особі, а також зловживання правом в інших формах. Не допускається використання цивільних прав із метою неправомірного обмеження конкуренції, зловживання монопольним становищем на ринку, а також недобросовісна конкуренція. При здійсненні цивільних прав особа повинна додержуватися моральних засад суспільства[3].

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

Інші наслідки зловживання правом закон прямо не встановлює. В літературі обгрунтовується припустимість віднесення до таких наслідків відмови у примусовому захисті права судом, примусового виконання обов'язку про припинення зловживання своїми правами на підставі рішення суду, можливості використання способів судового захисту особи, права якої порушено в результаті зловживання правом[4].

---

[1] *Майданик Р. А.* Проблеми довірчих відносин в цивільному праві. — С. 82.
[2] *Коссак В. М.* Цивільне право України: Підручник: У 2 кн. — С. 225.
[3] *Майданик Р. А.* Проблеми довірчих відносин в цивільному праві. — С. 82.
[4] *Майданик Р. А.* Зазнач. праця. — С. 83.

Зловживання правом можна розглядати як загальний принцип, «в основі якого лежить ідея добросовісного здійснення права, тобто такого, яке не заподіює шкоди іншим учасникам правовідносин»[1], так і специфічним джерелом права, характерним для романо-германської правової системи.

Особливістю даного принципу є те, що він має пряму дію. У ході розгляду конкретних спорів у суді даний принцип-норма може безпосередньо застосовуватися. Зокрема, особі, яка зловживає своїми правами, може бути відмовлено в судовому захисті такого права. Неприпустимість зловживання правом є універсальним принципом-нормою, що зумовлено його загальнозначимістю, загальнообов'язковістю, вищою імперативністю та прямою дією[2].

На думку французьких юристів Р. Давида і К. Жоффре-Спінозі подібні «... принципи показують підкорення права велінням справедливості у тому вигляді, як остання розуміється в певну епоху і певний момент; вони розкривають також характер не тільки систем законодавчих норм, а й права юристів у романо-германській правовій сім'ї. Жодна законодавча система не може обійтися без таких коректив чи застережень; їх відсутність може призвести до розбіжностей між правом і справедливістю»[3].

Конструкція незловживання правом нормативно реалізована законодавством різних країн континентального права. Так, у приватному праві Франції існує теорія незловживання правом, концепція якої була спочатку заснована на ст. 1382 ФЦК, що використовувалася в багатьох відношеннях[4].

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

Подібним чином розвиває ідею зловживання правом і швейцарське законодавство, яке провело універсалізацію випадків заборони здійснення права власності виключно з метою завдання шкоди іншій особі і закріпило цю конструкцію на початку Швейцарського Цивільного Уложення, в ст. 2 якого проголошується, що: «...будь-хто при здійсненні своїх прав і виконанні своїх обов'язків повинен поступати за доброю совістю. Очевидне зловживання правом неприпустиме» («Jeder mann hat in der Ausubung seiner Rechte und in

---

[1] *Хміль М. М.* Принцип неприпустимості зловживання правом (теоретико-правові аспекти). — С. 13.

[2] *Хміль М. М.* Зазнач. праця. — С. 14.

[3] *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности. — М., 1998.

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

der Erfullung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln. Der offenbare Missbrauch eines Rechts ist unzulassig»). Таким чином, на відміну від Німецького Цивільного Уложення (яке вважає зловживанням лише таке здійснення права, яке може мати своєю єдиною метою завдання шкоди іншій особі), швейцарська ст. 2 проголошує неприпустимим будь-яке здійснення, противне засадам «доброї совісті» («Treu und Glauben»). Наведене свідчить, що закріплене в швейцарському законі поняття шикани є ширшим за його німецький аналог. Для німецького законодавця важливою властивістю цього поняття є суб'єктивний умисел завдання іншій особі шкоди.

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

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

У зв'язку з цим конструкцію неприпустимості зловживання правом необхідно розглядати не як принцип відповідальності, а як загальний принцип права, що зумовлює його місце в системі цивіль-

---

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

[2] *Покровский И. А.* Там само. — С. 116—117.

но-правового законодавства (а саме, у «Загальній частині» цивільного кодексу)[1].

Згідно з концепцією зловживання правом закон виступає проти того, хто недобросовісно, користуючись владою батька, опікуна, господаря, духовника, лікаря примусив іншу сторону укласти договір або отримав будь-яку іншу не належну йому перевагу. В цьому випадку закон може заборонити скористатися таким договором і заборонити вимагати його виконання.

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

За правовою природою «зловживання правом» є особливим типом цивільного правопорушення, що вчиненене уповноваженою особою при здійсненні належного їй права, пов'язане з використанням недозволених конкретних форм у рамках дозволеного їй законом загального типу поведінки»[2].

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

Відмітна властивість зловживання правом полягає в його пов'язаності не з суб'єктивним правом у цілому чи з його змістом, а з процесом його реалізації, тобто з його здійсненням. Зловживання правом пов'язане із здійсненням належного особі суб'єктивного цивільного права, за рамки якого воно виходить[3]. Тому зловживання правом може мати місце лише в тому випадку, коли уповноважений суб'єкт має певні права, при здійсненні яких він порушує права і законні інтереси інших осіб. Коли ж особа здійснює певні дії, не засновані на суб'єктивному праві, говорити про зловживання правом не можна.

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

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

---

[1] *Майданик Р. А.* Проблеми довірчих відносин в цивільному праві. — С. 85.

[2] *Грибанов В. П.* Пределы осуществления и защиты гражданских прав. — С. 139.

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

суб'єктивному праві особи, але ця поведінка особи підпадає під категорію «охоронюваний інтерес»).

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

У доктрині обґрунтовуються різні підходи щодо виділення форм зловживання правом. В основу розподілу зловживань правом на форми (види) може бути покладено як юридичний критерій оцінки шкоди, так і правова природа суспільних відносин, тобто той факт, чи знаходиться воно у сфері правового регулювання або ні. У зв'язку з цим залежно від того, яким суспільним відносинам заподіюється шкода в процесі здійснення права в суперечності з його призначенням, зловживання правом класифікують назовні правомірні, але такі, що суперечать «духу права» і протиправні (ті, що суперечать «букві закону»). Залежно від характеру заподіяної шкоди протиправні зловживання правом класифікують на злочини й інші правопорушення[1].

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

Здійснення суб'єктивних прав виключно з наміром завдання шкоди іншій особі було відоме науці цивільного права ще з часів римського приватного права і носить назву «шикана». Шикана (abus de droit, Chikane, Rechtsmissbrauch)[3], є особливою формою зловживання правом, під якою розуміють здійснення свого права з виключною метою — завдання шкоди іншій особі. Реалізація шикани призводить до задоволення самих низьких людських почуттів — помсти і злорадства, злоби і ненависті. Одним із найтиповіших та історично давніх випадків цього роду був випадок назло сусіду (так зване

---

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

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

[3] *Покровский И. А.* Основные проблемы гражданского права. — С. 113.

Neidbau): я будую на межі своєї ділянки високу стіну з виключною метою — позбавити світла вікна вашого будинку[1].

Близький до шикани інститут англо-американського «nuisance» (зловмисність), поняття якого відображено в ст. 857 Зводу англійського цивільного права: «Зловмисництвом необхідно вважати дію чи бездіяльність, внаслідок якої особі незаконно створюються незручності, перешкоди або турботи, пов'язані із користуванням нерухомістю, шляхом заподіяння їй матеріальної шкоди або іншого втручання в користування нерухомістю, угіддями, перевагами або іншими схожими правами, або шляхом впливу на здоров'я особи, її комфорт і зручності. Якщо така поведінка створює порушення володіння, то це перешкоджає особі подавати позов про зловмисництво». Прикладами окремих випадків зловмисництва називаються розповсюдження шкідливих газів, надмірний шум, створення перешкод для нормального користування угіддями чи сервітутами, спрямування води на ділянку сусіда тощо[2].

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

ЦК України не містить визначеного, закритого переліку форм зловживання правом, що допускає існування, поряд із шиканою, й інших форм зловживання. Тому другою формою зловживання вважається здійснення суб'єктивних прав без наміру заподіяння шкоди, але за фактичного завдання її. В літературі з цього приводу зазначається, що «при цьому суб'єкт права може як допускати (та ігнорувати) настання таких наслідків, так і не звертати уваги на їх можливе настання»[3].

Підтвердженням зазначеного підходу є той факт, що цивільне законодавство містить окремі норми, які можуть бути віднесені до інших форм зловживання правом, наведених у ст. 13 ЦК, незважаючи на те що в них сам термін «зловживання правом» не використовується. До числа таких норм належать правила ст. 354 ЦК України про викуп безгосподарно утримуваних пам'яток історії та культури, згідно з якими, якщо власник пам'ятки історії та культури не вживе заходів щодо її збереження, зокрема у зв'язку з неможливістю створення необхідних для цього умов, суд за позовом державного органу з питань охорони пам'яток історії та культури може постановити

---

[1] *Майданик Р. А.* Проблеми довірчих відносин в цивільному праві. — С. 86.

[2] *Стефанчук М.* До питання про форми та види зловживання суб'єктивними правами за новим ЦК України. — С. 291.

[3] *Стефанчук М.* Там само. — С. 290.

рішення про її викуп державою. Формою зловживання правом необхідно визнати і неналежне поводження власника з тваринами[1].

У наведених випадках йдеться про реалізацію належного власнику права, яке веде до такого результату, який право і правосвідомість вважають неприпустимими і такими, що вимагають правового впливу шляхом застосування правових наслідків такої поведінки у вигляді викупу майна за судом, що цілком охоплюється формулою інституту зловживання правом.

Визнання зловживання правом різновидом правопорушення зумовлене наявністю специфічних особливостей в цій правовій конструкції.

Зловживання правом не обов'язково пов'язане із заподіянням шкоди третім особам. Наприклад, коли обрання автором невдалого псевдоніму здатне ввести публіку в оману. Наведений приклад свідчить, що зловживання правом є особливого роду правопорушенням і воно, вочевидь, має присікатися саме по собі. Для такого правопорушення наявність шкоди як прямих майнових збитків не повинно бути необхідною умовою застосування ст. 13 ЦК України. Навіть і щодо шикани закон говорить не про наявність шкоди, а лише про намір її заподіяти, який може ще й не реалізуватися.

У цьому зв'язку О. М. Садиков слушно зазначає, що шкода в наведених випадках повинна розумітися в широкому значенні й включати в себе не лише прямі майнові втрати, а й всі інші несприятливі наслідки (створення небезпечної ситуації, порушення громадських інтересів, незручності користування, погіршення товарного вигляду тощо), які можуть виникнути внаслідок зловживання правами, належними учасникам цивільного обороту[2]. Рішення в цьому сенсі вже виносилися господарськими судами, які дійшли висновку, що «використання цивільного права в суперечності з інтересами певного соціуму неприпустимо... і воно повинно кваліфікуватися як зловживання правом»[3].

Важливу роль відіграють питання розподілу тягара доказування при зловживанні правом. Варто зазначити, що в силу загальних положень цивільного процесу подібний тягар лежить на особі, яка заявляє про зловживання правом, і вона повинна доказувати його факт, настання несприятливих наслідків і причинний зв'язок, а при шикані — також і наявність умислу відповідної особи.

---

[1] *Садиков О. Н.* Злоупотребление правом в Гражданском кодексе России // Хозяйство и право. — 2002. — № 2. — С. 41.

[2] Там само. — С. 42.

[3] *Громова Н. В.* Споры, связанные с применением ст. 10 ГК РФ / Комментарий судебно-арбитражной практики. — Вып. 4. — М., 1997. — С. 81.

У доктрині неоднозначно вирішується питання наявності вини в зловживанні правом. Окремі автори вважають, що вина повинна бути умовою зловживання правом[1]. Інші слушно вказують на те, що презумпція в даному випадку навмисної вини, з урахуванням загальних засад цивільно-правової відповідальності, недостатньо обґрунтовано, адже йдеться про різні правові інститути[2].

Щодо інших форм зловживання правом вина взагалі не згадується в ст. 13 ЦК України як необхідна підстава таких правопорушень. Застосування в цих випадках загальних засад деліктної і договірної відповідальності створює низку складних правових питань щодо обов'язковості встановлення для цього вини, що не узгоджується із сутністю і завданнями положень ст. 13 ЦК України. Тому підтримуємо позицію про те, що вина не повинна визнаватися необхідною умовою наявності зловживання правом в інших його формах, що підпадають під дію Цивільного кодексу щодо зловживання правом[3].

Заборона зловживання правом, закріплена в ст. 13 ЦК України, є нормою загальної частини цивільного законодавства, про що свідчать місце цієї статті в системі норм ЦК і її загальний зміст.

Поряд із зловживанням правом цивільне законодавство передбачає інші правопорушення (зокрема, перевищення повноважень, самочинне будівництво тощо), які за своїми зовнішніми ознаками схожі із зловживанням правом, правове регулювання яких, однак істотно відрізняється від правил ст. 13 ЦК України.

Вважається, що в наведених випадках у силу загальновизнаного правила lex specialis derogat generalis підлягають застосуванню ці спеціальні норми цивільного права, а не норми цивільного права про зловживання правом. У зв'язку з цим сторони і суди не мають права звертатися до ст. 13 ЦК України в ситуаціях, коли щодо спірного питання наявні спеціальні норми цивільного законодавства, що справедливо і розумно визначають взаємовідносини сторін. Зокрема, безпідставно посилатися на ст. 13 ЦК при розгляді вимог про визнання недійсними договорів і корпоративних актів при трактуванні як зловживання правом надмірно високу ціну договору, укладеного за взаємною згодою сторін[4].

Проте при зловживанні права бенефіціара при застосуванні норм про банківську гарантію, при стягненні подвійної неустойки, нара-

---

[1] *Грибанов В. П.* Пределы осуществления и защиты гражданских прав. — С. 60—62.

[2] *Садиков О. Н.* Злоупотребление правом в Гражданском кодексе России. — С. 42.

[3] *Майданик Р. А.* Проблеми довірчих відносин в цивільному праві. — С. 89.

[4] *Куликова Л. А.* Закон или судейское усмотрение // Юридический мир. — 2000. — № 12. — С. 50.

хуванні надмірних процентів при кабальних умовах відповідальності за прострочку орендної плати і завідомо помилковому розрахунку суми боргів, припустимо доцільно визнати застосування наслідків зловживання правом, оскільки застосування інших засобів захисту неефективне і може охоплюватися поняттям зловживання правом.

Наведених позицій дотримується і судова практика.

Інститут банківської гарантії характерний тим, що надає, з одного боку, стягувачеві можливість швидко відшкодувати втрати, заподіяні невиконанням основного зобов'язання, а з іншого боку, щодо гаранта встановлюються обмеження за підставами для заявлення заперечень проти вимог кредитора (бенефіціара). В російській судовій практиці мали місце два випадки, коли суд розцінив дії бенефіціара як зловживання своїм правом. У першому випадку вимоги бенефіціара про виплату суми гарантії були заявлені за відсутності порушень основного зобов'язання з боку принципала — зобов'язання було виконано третьою особою на прохання принципала. В другому випадку бенефіціар вимагав виплати суми гарантії при тому, що у зв'язку з невиконанням зобов'язання принципалом бенефіціар вже отримав задоволення за рахунок реалізації предмета застави, яким поряд із банківською гарантією було забезпечено основне зобов'язання. В обох випадках суд відмовив бенефіціару в задоволенні його вимог на підставі ст. 10 ЦК РФ (у ЦК України ці відносини регулює норма ст. 13).

Подібний підхід судової практики вважаємо досить обґрунтованим, адже задоволення вимог бенефіціара в наведених випадках «могло б породити серію зустрічних позовів (із безпідставного збагачення тощо), що є недоречним»[1].

Інший приклад стосовно зловживання правом стосується корпоративних правовідносин. Акціонерне товариство (продавець) звернулося до арбітражного суду з позовом до іншого акціонерного товариства (покупця) про застосування наслідків недійсності нікчемної угоди купівлі-продажу акцій дочірнього підприємства позивача шляхом внесення відповідних змін до реєстру акціонерів останнього, повернення позивачем покупцю суми, отриманої як оплату за акції, а покупцем — продавцю — отриманих дивідендів за зазначеними акціями. На обґрунтування позову продавець акцій послався на те, що його керівник при вчиненні угоди купівлі-продажу діяв щодо юридичної особи, яку він представляв, недобросовісно і нерозумно, чим спричинив збитки у вигляді неотриманої вигоди.

---

[1] *Бирюкова Л. А.* Злоупотребление правом в теории и практике применения норм о банковской гарантии // Цивилистические записки: Межвуз. сб. науч. тр. — Вып. 2. — М.: Статут — Екатеринбург: Институт частного права, 2002. — С. 280—281.

Згідно з матеріалами справи позивач, в особі його президента, уклав договір купівлі-продажу акцій свого дочірнього підприємства, акціонером якого позивач виступав. За твердженням позивача президент перевищив свої повноваження, приймаючи одноосібне рішення про продаж акцій, які становили 55 відсотків статутного капіталу дочірнього підприємства. Крім того, будучи власником наведених акцій, позивач вправі був розраховувати на отримання дивідендів по закінченні року (угода купівлі-продажу укладена в жовтні), тоді як наведені дивіденди через 3 місяці (по закінченні року) отримав покупець акцій. Арбітражний суд частково задовольнив позовні вимоги, застосувавши наслідки недійсності нікчемної угоди купівлі-продажу акцій. Пославшись на статтю ЦК «Межі здійснення цивільних прав», суд зазначив у рішенні, що при укладенні вказаної угоди особа, яка на підставі установчих документів юридичної особи виступала від її імені, повинна була діяти добросовісно і розумно. В дійсності президент, уклавши угоду, в результаті якої позивач був позбавлений дивідендів, на які завідомо міг розраховувати, діяв щодо юридичної особи, яку представляв, недобросовісно і нерозумно.

Задовольнивши вимогу про застосування наслідків недійсності нікчемної угоди шляхом внесення змін до реєстру акціонерів дочірнього підприємства і зобов'язання позивача повернути суму, отриману за акції, суд відмовив у позові в частині повернення покупцем акцій, отриманих останнім дивідендів, бо з такою вимогою до останнього вправі звернутися дочірнє підприємство позивача.

Касаційна інстанція залишила рішення без змін, зазначивши в постанові, що розпорядження майном, яке знаходиться у власності юридичної особи, здійснюється за згодою її учасників. Оскільки загальними зборами акціонерів президент не був уповноважений на продаж акцій, належних його дочірньому підприємству, і в наступному договір купівлі-продажу акцій не був схвалений, арбітражний суд правомірно визнав цю угоду нікчемною.

Аналіз наведеної справи дає можливість виявити співвідношення способів захисту цивільних прав у вигляді визнання угоди недійсною і зловживання правом.

Якщо в результаті угоди, вчиненої органом юридичної особи від його імені, юридична особа позбавилась того, на що завідомо могла розраховувати, якщо б така угода не була вчинена, за наявності підстав для визнання її недійсною, положення ЦК України про зловживання правом не застосовуються.

У правозастосовній практиці нерідко виникають ситуації, коли закріплені в спеціальних нормах способи захисту порушених прав дають можливість встановлювати сторонам договору надмірно

«сильні» механізми захисту порушених прав кредиторів, що тягне непропорційно несприятливі наслідки для боржника і не відповідає уявленням про добросовісність та розумність виконання зобов'язань в цивільному праві. В цьому випадку цілком припустимим є можливість застосування наслідків зловживання правом.

Саме з цих міркувань виходив суд при розгляді справи за позовом комерційного банку в особі його філіалу про стягнення з поручителя підвищених процентів від суми неповернутого кредиту, наданого позивачем позичальнику за кредитним договором.

Згідно з матеріалами суду між банком і позичальником було укладено договір на надання останньому кредитної лінії на шість місяців під 150 процентів річних. При порушенні строку повернення кредиту розмір процентів становить 300 процентів. На забезпечення повернення кредиту банком було укладено договір поручительства, згідно з яким поручитель прийняв на себе зобов'язання відповідати перед кредитором у тому самому обсязі, що і боржник, зокрема, за сплату процентів, неустойки, відшкодування збитків. У договорі була встановлена солідарна відповідальність поручителя і боржника.

У зв'язку з порушенням позичальником строку повернення кредиту банк звернувся з позовом до поручителя про стягнення суми боргу та процентів. До прийняття рішення позивач у встановленому процесуальним законодавством порядку збільшив суму процентів. Арбітражний суд задовольнив позов в уточненій позивачем сумі. Апеляційна і касаційна інстанції залишили рішення без змін. Вища судова інстанція відмінила всі зазначені судові акти і стягнула з поручителя лише підвищені проценти за мінусом звичайних процентів за користування кредитом[1]. У іншій справі рішенням арбітражного суду позовні вимоги були задоволені частково.

Апеляційна інстанція уточнила в постанові суми, що підлягають стягненню з поручителя, в тому числі основного боргу і процентів, включаючи підвищені за користування кредитом. Оскільки поручитель рішення суду своєчасно не виконав у зв'язку з відсутністю достатніх грошових коштів на розрахунковому рахунку і наступною реалізацією майна судовим виконавцем, банк пред'явив до поручителя позов про додаткове стягнення з нього підвищених процентів за порушення строку повернення позикових коштів. Судові інстанції, задовольняючи повністю позовні вимоги, виходили з того, що зобов'язання боржника з повернення кредиту з причини неперерахування поручителем частини основного боргу не припинено, тому банк вправі за умовами кредитного договору нараховувати підви-

[1] Анализ практики применения норм ГК РФ о злоупотреблении правом. Обзор судебных дел // эж-ЮРИСТ. — 2001. — № 20. — С. 4.

щені проценти на залишок заборгованості. Проте підвищені проценти, по суті, є мірою відповідальності позичальника за неповернення кредиту в строк. Належні до сплати підвищені проценти явно невідповідні наслідкам порушення зобов'язання, у зв'язку з чим судовим інстанціям необхідно застосувати норми щодо зменшення штрафних санкцій і знизити їх розмір при задоволенні позовних вимог. Більше того, встановлення в кредитному договорі необґрунтовано завищених процентів (300 процентів річних) при неповерненні кредиту в строк, по суті, є зловживанням правом, адже втрати банку повністю покриваються ставкою звичайних процентів (150 процентів річних).

За таких обставин суд знайшов можливим застосувати положення Цивільного кодексу про зловживання правом і залишив до стягнення з поручителя лише проценти по ставці 150 процентів за користування кредитом, а в стягненні іншої частини процентів відмовив.

З наведених справ випливає, що у випадку, коли втрати кредитора в результаті несвоєчасного повернення кредиту боржником компенсуються ставкою звичайних процентів, обумовлених сторонами, то вимогу про стягнення безпідставно завищених процентів за користування кредитом необхідно кваліфікувати як зловживання правом[1].

Проте, не будь-які невигідні для боржника умови договірного зобов'язання можуть визнаватися зловживанням правом. Положення про зловживання правом не застосовуються у випадку, коли суттєві умови укладеного за взаємною згодою сторін договору є невигідними для боржника, оскільки в противному разі це несправедливо завдасть шкоди інтересам кредитора.

З цих позицій виходив арбітражний суд при розгляді справи за позовом постачальника до покупця про стягнення заборгованості по оплаті поставленої відповідачу поліграфічної продукції і пені за прострочку платежу. Арбітражний суд задовольнив позовні вимоги щодо основної заборгованості. В іншій частині позову було відмовлено. Апеляційна і касаційна інстанції залишили рішення без змін. Із матеріалів справи видно, що сторони уклали договір на поставку поліграфічної продукції, згідно з яким позивач зобов'язався передати у власність, а відповідач прийняти і оплатити поліграфічну продукцію за погодженою в договорі ціною. Позивач свої зобов'язання за договором виконав, що підтверджується матеріалами справи і відповідачем. Проте відповідач оплату продукції в повному обсязі не провів, у зв'язку з чим і був пред'явлений позов про стягнення заборгованості та пені за прострочку платежу. Оспорюючи обґрунтованість всіх су-

[1] Анализ практики применения норм ГК РФ о злоупотреблении правом. Обзор судебных дел // эж-ЮРИСТ. — 2001. — № 20. — С. 4.

дових актів, прийнятих у справі, відповідач стверджував, що позивачем при укладенні договору допущено зловживання правом. На думку відповідача, позивач при укладенні договору і його виконанні діяв недобросовісно, приховавши від нього факти, які мали відношення до виконання своїх зобов'язань, а також витребував надмірну ціну за свої послуги, що суперечить звичаям ділового обороту на ринку виробництва і продажу бланків цінних та інших паперів.

Допущене позивачем зловживання правом призвело до порушення прав та інтересів акціонерів та інвесторів відповідача, оскільки ціна договору, безумовно, зачіпає інтереси третіх осіб. Зловживання правом позивач здійснював у вигляді приховування конкретних відомостей щодо фактичного виготовлювача продукції та умов виконання замовлення, а також навмисних дій, що виявилися в знищенні найменування виготовлювача на зразках бланків, затверджених пізніше сторонами. За твердженням відповідача, викладене свідчить про те, що позивач діяв виключно на шкоду відповідачу. Доводи відповідача про допущене позивачем при укладенні договору зловживання правом суди всіх інстанцій визнали безпідставними, оскільки відповідно до положень Цивільного кодексу умови договору визначаються на розсуд сторін, крім випадків, коли зміст відповідної умови зумовлений законом або іншими правовими актами. Якщо при укладенні договору відповідача не влаштовувала ціна, він мав право відмовитися від його укладення або у встановленому законодавством порядку до його закінчення змінити умови договору. Проаналізувавши відносини, встановлені договором, суд правомірно вказав, що для застосування положень Цивільного кодексу про зловживання правом відсутні підстави, оскільки при укладенні договору його умови, в тому числі й ціна, визначені сторонами взаємним волевиявленням[1].

Отже, добропорядність як правова категорія існує доти, поки володар суб'єктивного права не використовує належні йому правомочності на шкоду іншим особам або громадському порядку в прямо передбачених законом випадках; настання будь-якого з них тягне за собою визнання подібного використання як зловживання правом.

Загальнонормативне правило про недопущення можливості зловживання правом набуває особливої актуальності в договірних зобов'язаннях, оскільки останні зазвичай передбачають відмінність у часі між первинним і зустрічним наданням, яке зумовлює виникнення довіри, що надає зобов'язаній особі сприятливі можливості для безпідставного збагачення чи інших наслідків зловживання наданими йому правами. Зобов'язані особи (боржники) не повинні

[1] Анализ практики применения норм ГК РФ о злоупотреблении правом. Обзор судебных дел // эж-ЮРИСТ. — 2001. — № 20. — С. 4.

ущемлювати права кредиторів і вигодонабувачів, а будь-яке зловживання має присікатися. У зв'язку з цим боржник повинен добросовісно користуватися своїми правами.

У зв'язку з цим доцільним вважаємо використовувати замість нечіткого критерію, що двозначно трактується, визначення такої межі здійснення цивільних прав у вигляді обов'язку особи «додержуватися моральних засад суспільства при здійсненні цивільних прав», близький за змістом, але більш традиційний і досліджений критерій, заснований на відсиланні до «доброї совісті». В даному випадку категорію «доброї совісті» (Bona fideas) необхідно розуміти як певне зовнішнє «мірило», що береться до уваги законом, судом, який застосовує закон, і яке рекомендується учасникам цивільного обороту у їх відносинах.

Нова для українського законодавства ст. 13 ЦК України, яка забороняє зловживання правом, сформульована надмірно лаконічно і її доцільно розширити, доповнивши більш повною характеристикою поняття, елементів та інших форм зловживання правом, взявши за основу положення про принцип добросовісності в доктрині й цивільному законодавстві Нідерландів, положення про несправедливі умови договорів у Європейському Союзі та добросовісність згідно з Принципами УНІДРУА.

Положення ст. 13 ЦК України є загальною нормою цивільного законодавства і, за умови справедливого відновлення порушених прав і законних інтересів кредиторів традиційними засобами захисту цивільних прав, не повинні застосовуватися щодо тих цивільних правопорушень, які мають правові особливості й врегульовані спеціальними нормами, що передбачають для них інші підстави застосування і правові наслідки.

Наведений аналіз дає можливість визначити зміст недопущення зловживання правом як принципу здійснення договірного зобов'язання, який може полягати у наступному.

1. Договір має виконуватися з урахуванням принципу недопущення зловживання правом, що передбачає здійснення належних сторонам договору суб'єктивних прав і виконання суб'єктивних обов'язків припустимими способами їх здійснення, з урахуванням неприпустимості вчинення сторонами договору дій, що вчиняються з наміром заподіяти шкоду іншій особі, а також зловживання правом у інших формах.

2. Неприпустимість зловживання правом виконує функцію меж дії принципу свободи сторін у договірних зобов'язаннях.

3. Недодержання принципу недопущення зловживання правом може бути підставою для суду зобов'язати особу припинити зловживання своїм правом та застосувати інші загальні та спеціальні способи захисту цивільних прав, передбачені Цивільним кодексом України, іншими актами цивільного законодавства.

Розділ II
ДИНАМІКА (СТАДІЇ) ДОГОВОРУ

Глава 3 СТАДІЯ УКЛАДЕННЯ ДОГОВОРУ

§ 1. Поняття укладення договору

Як відомо, договір є таким правовим механізмом, який забезпечує обіг матеріальних та нематеріальних благ, тобто відображає динаміку суспільних відносин. Відповідно норми договірного права забезпечують цю динаміку. Як вже зазначалося, договір є правовою підставою виникнення зобов'язання, а зрештою, і зобов'язального правовідношення. Таке правовідношення не є абсолютно однорідним і незмінним, воно проходить кілька стадій свого розвитку, які характеризуються певними правовим особливостями. Ці особливості найрельєфніше виявляються на таких стадіях як: укладення договору, виконання договору, невиконання (порушення) договору. Може постати питання про доцільність такого розчленування договірного зобов'язання. Відповідь має бути позитивною, адже, якщо договір розглядати і як підставу виникнення зобов'язання, і як юридичний факт (правочин), не можна його вважати одномоментним явищем. Так, можуть бути рідкісні ситуації виконання договорів одночасно в момент їх укладання, але переважна частина договорів виконуються зі спливом певного часу різної тривалості.

Первинною стадією (етапом) будь-якого договірного зобов'язального правовідношення, як правило, є укладення договору, функціонально наділеної правоутворюючим характером і перетворенням фактичних дій у зобов'язально-правові відносини, які виникають із договору.

Порядок укладення договору є визначеною законом системою дій учасників договірних відносин і важливою складовою договірного права.

У доктрині права порядок укладення договору розглядається як визначена правовими нормами юридико-логічна послідовність стадій встановлення цивільних прав та обов'язків, здійснених на основі погоджених дій осіб, звернених назустріч одна одній та виражених у різноманітних способах узгодження змісту договору[1].

Іншими словами, йдеться про нормативно закріплені взаємні дії сторін, спрямовані на встановлення договірних відносин та визначення змісту договірного зобов'язання. При цьому, законодавець визнає діями щодо укладання договору тільки ті, які здійснюються зовні та звернені до іншої сторони[2].

§ 2. Зміст і тлумачення договору

Зміст договору як спільного вольового юридичного акта сторін становлять, по-перше, умови, щодо яких вони дійшли згоди, і, по-друге, ті умови, які приймаються ними як обов'язкові внаслідок чинного законодавства (ч. 1 ст. 628 ЦК, ч. 1 ст. 180 ГК). Іншими словами, зміст договору — це ті умови, на яких укладена відповідна угода сторін. Якщо договір оформлено письмово у вигляді одного документа, підписаного сторонами, або шляхом обміну листами, то відповідні умови фіксуються у пунктах договору, в яких можуть міститися і посилання на норми чинного у цій сфері законодавства. Оскільки договір є підставою виникнення цивільно-правового зобов'язання, то зміст цього зобов'язання розкривається через права та обов'язки його учасників, визначені умовами договору.

Відповідно до ч. 1 ст. 638 ЦК, ч. 2 ст. 180 ГК договір вважається укладеним, якщо між сторонами в потрібній у належних випадках формі досягнуто згоди за всіма істотними умовами. Істотними є умови про предмет договору, умови, які визнані такими за законом або необхідні для договорів даного виду, а також всі ті умови, щодо яких за заявою однієї із сторін має бути досягнуто згоди.

Отже, істотними умовами вважаються насамперед умови про предмет договору і ті, які названі такими за законом. Коло таких умов можна визначити, проаналізувавши норми ЦК і тих спеціальних нормативних актів, що регулюють даний вид договірних відносин. Так, за

---

[1] *Бородовський С. О.* Укладення, зміна та розірвання договору у цивільному праві України: Дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2005. — С. 3.

[2] Хозяйственный договор: Общие положения / Отв. ред. Д. Н. Сафиуллин. — Свердловск: Свердлов. Юрид. ин-т им. Р. Руденко. — С. 30.

ст. 10 Закону України «Про оренду державного і комунального майна» істотними умовами договору оренди є об'єкт оренди (склад і вартість майна), строк дії договору, орендна плата, порядок використання амортизаційних відрахувань, відновлення орендованого майна та умови його повернення, виконання зобов'язань, відповідальність сторін, страхування орендарем узятого ним в оренду майна.

Стосовно господарських договорів у частинах 3—7 ст. 180 ГК зазначається, що при укладенні господарського договору сторони зобов'язані у будь-якому разі погодити предмет, ціну та строк дії договору. Умови про предмет у господарському договорі повинні визначати найменування (номенклатуру, асортимент) та кількість продукції (робіт, послуг), а також вимоги щодо їх якості відповідно до обов'язкових для сторін нормативних документів, а в разі їх відсутності — в договірному порядку. Ціна у господарському договорі визначається в порядку, встановленому Господарським кодексом, іншими законами, актами Кабінету Міністрів України. За згодою сторін у господарському договорі може бути передбачено доплати до встановленої ціни за продукцію (роботи, послуги) вищої якості або виконання робіт у скорочені строки порівняно з нормативними. У разі визнання погодженої сторонами в договорі ціни такою, що порушує вимоги антимонопольно-конкурентного законодавства, антимонопольний орган має право вимагати від сторін зміни умов договору щодо ціни.

На відміну від ГК, в якому щодо ціни в господарському договорі акценти зміщено на директивне регулювання цін, у ст. 632 ЦК зазначено, що ціна в договорі встановлюється за домовленістю сторін.

Положення про те, що ціна в договорі встановлюється за домовленістю сторін, відображає тенденцію переходу від централізовано регульованих цін на товари (роботи, послуги) до цін «договірних», тобто встановлюваних за згодою сторін у договорі. В умовах ринкової економіки ціни на товари визначаються попитом і пропозицією на них, купівельною спроможністю споживачів, конкуренцією та іншими економічними чинниками. У випадках, встановлених законом (див. Закон України від «Про ціни і ціноутворення» 3 грудня 1990 р.), в договірних відносинах застосовуються ціни (тарифи, ставки тощо), які встановлюються або регулюються уповноваженими на те органами державної влади або органами місцевого самоврядування. Ціни, які встановлюються відповідними органами, називають ще «фіксованими», тобто вони визначаються, як правило, у твердій грошовій сумі. Регульовані ціни можуть визначатися або шляхом встановлення граничного рівня ціни, або коефіцієнта до ціни, або рівня рентабельності тощо.

Залежно від ціни за одиницю товару та обсягу (кількості) товарів, робіт чи послуг, що мають бути передані або виконані за договором, визначається загальна сума договору. Грошове зобов'язання має бути виконане у гривнях. Якщо у договорі визначено грошовий еквівалент в іноземній валюті, сума, що підлягає сплаті у гривнях, визначається за офіційним курсом відповідної валюти на день платежу, якщо інший порядок її визначення не встановлений договором або законом. Використання іноземної валюти, а також платіжних документів в іноземній валюті при укладенні договорів та здійсненні розрахунків на території України за зобов'язаннями допускається у випадках, порядку та на умовах, установлених законом, наприклад, при укладенні зовнішньоекономічних договорів з іноземними контрагентами.

Закріплене у ч. 2 ст. 632 ЦК положення про те, що зміна ціни після укладення договору допускається лише у випадках і на умовах, установлених договором або законом, спрямоване на забезпечення стабільності договірних відносин. Для окремих видів договорів можуть бути встановлені умови і порядок зміни цін на той випадок, коли в договорі передбачена можливість зміни ціни, але способу такої зміни не визначено. Наприклад, якщо договором купівлі-продажу встановлено, що ціна товару підлягає зміні залежно від показників, що зумовлюють ціну товару (собівартість, затрати тощо), але при цьому не визначено способу її перегляду, ціна визначається виходячи із співвідношення цих показників на момент укладення договору і на момент передання товару (ч. 2 ст. 691 ЦК). У всякому разі зміна ціни в договорі після його виконання не допускається.

Звичайно, можлива й така ситуація, коли в договорі ціна відсутня і не може бути встановлена виходячи із його змісту. Це не означає, що покупець (замовник) не повинен розрахуватися за товари, роботи чи послуги, надані йому за договором.. На цей випадок є передбачене правило, зазначене в п. 4 ст. 632 ЦК: «Якщо ціна у договорі не встановлена і не може бути визначена виходячи з його умов, вона визначається виходячи із звичайних цін, що склалися на аналогічні товари, роботи або послуги на момент укладення договору».

Строком договору є час його чинності (обов'язковості) (ч. 1 ст. 631 ЦК, ч. 7 ст. 180 ГК). Протягом цього строку сторони можуть здійснити свої права і виконати свої обов'язки відповідно до договору. Строк дії договору визначається на розсуд сторін, якщо тільки в законі чи акті державного органу, обов'язкового для сторін, не обмежується строк його чинності. Наприклад, строк договору, укладеного на основі державного замовлення на поставку продукції, обмежується строком чинності державного замовлення. В договорі управління

майном строк договору встановлюється сторонами. Якщо сторони не визначили строку договору управління майном, він вважається укладеним на п'ять років (ч. 2 ст. 1036 ЦК).

За загальним правилом, договір набуває чинності з моменту його укладення, проте сторони можуть встановити, що умови договору застосовуються й до відносин між ними, які виникли до його укладення. Строк чинності договору обумовлює й строк чинності зобов'язання, що виникло з цього договору (ч. 7 ст. 180 ГК). Якщо зобов'язання виконане сторонами достроково, припиняється й дія самого договору. Але чинність договору не припиняється доти, поки зобов'язання не буде виконане сторонами або одна із сторін не відмовиться від договору в порядку, передбаченому для зміни чи розірвання договору(статті 651—654ЦК).

Зі строком чинності договору пов'язане й питання про застосування санкцій, зокрема цивільної відповідальності, за правопорушення, яке мало місце під час дії цього договору. Закінчення строку договору не звільняє сторони від відповідальності за порушення договору, вчинене під час дії цього договору. Проте слід мати на увазі строк позовної давності, який встановлено для застосування тієї чи іншої міри відповідальності (для стягнення збитків — загальний строк давності тривалістю у 3 роки (стаття 257 ЦК), для стягнення неустойки — 1 рік (підпункт 1 пункту 2 ст. 258 ЦК). При вчиненні правопорушення за межами строку чинності договору особи можуть притягатись до цивільної відповідальності за правилами, встановленими для зобов'язань із заподіянням шкоди чи інших позадоговірних зобов'язань.

Отже, щодо умови про строки дії договорів і ЦК (ст. 631), і ГК (ч. 7 ст. 180) містять у принципі однакові положення, однак у цивільному кодексі відсутня загальна вказівка на те, що строк є обов'язковою істотною умовою всякого договору, в тому числі й того, що застосовується у сфері господарювання. Відповідно до ст. 530 ЦК, якщо у зобов'язанні встановлений строк (термін) його виконання, то воно підлягає виконанню у цей строк (термін). Зобов'язання, строк (термін) виконання якого визначений вказівкою на подію, яка неминуче має настати, підлягає виконанню з настанням цієї події. Але строк (термін) виконання боржником обов'язку може бути не встановлений або визначений моментом пред'явлення вимоги кредиторам. В цьому разі кредитор має право вимагати його виконання у будь-який час, а боржник повинен виконати такий обов'язок у семиденний строк від дня пред'явлення вимоги, якщо обов'язок негайного виконання не випливає із договору або актів цивільного законодавства.

Так, наприклад, якщо в договорі найму (крім договору оренди державного і комунального майна, в якому строк дії договору віднe-

сено до числа істотних умов) строк найму не встановлений, то договір вважається укладеним на невизначений строк. Кожна із сторін такого договору може відмовитися від договору в будь-який час, письмово попередивши про це другу сторону за один місяць, а у разі найму нерухомого майна — за три місяці. Договором або законом може бути встановлений інший строк для попередження про відмову від договору найму, укладеного на невизначений строк (ч. 2 ст. 763 ЦК).

Отже, строк дії господарського договору, який є й строком виконання (дії) зобов'язання, заснованого на цьому договорі, можна відносити до числа істотних умов, якщо це передбачено законом для конкретного виду договору або випливає з характеру відносин сторін.

Свобода договору, як зазначалось, проявляється також у наділенні сторін правом включати в договір умови, які є характерними (істотними) для

різних договірних видів. Такі договори прийнято називати змішаними (ч. 2 ст. 628 ЦК). Наприклад, у договорі майнового найму містяться умови (пункти) про те, що після закінчення строку, на який укладено договір, наймач викупляє майно у наймодавця за залишковою вартістю. В такому договорі є елементи договорів майнового найму та купівлі-продажу. До відносин сторін у змішаному договорі застосовуються у відповідних частинах закони та інші акти цивільного законодавства про договори, елементи яких містяться у змішаному договорі, якщо інше не випливає з угоди сторін або суті змішаного договору.

Істотними є й ті умови договору, які прямо не названі такими у нормативних актах, але конче потрібні для договору даного виду (наприклад, умова про ціну є необхідною для будь-якого оплатного договору). У ч. 5 ст. 626 ЦК закріплюється презумпція, що договір вважається оплатним, якщо інше не випливає із законодавчих актів, угоди сторін або суті договору.

Серед договірних умов, крім істотних, виділяються також звичайні та випадкові умови. *Звичайні* — це ті умови, які передбачаються у законі чи іншому нормативному акті й стають обов'язковими для сторін внаслідок самого факту укладення договору. Від істотних звичайні умови відрізняються тим, що вони не потребують окремого погодження і про них не обов'язково застерігати у тексті договору. Наприклад, якщо у договорі майнового найму сторони не обумовили, хто з них — наймодавець чи наймач — проводитиме поточний ремонт зданого у найм майна, то діятиме диспозитивне правило, зазначене у ЦК, а саме: обов'язок проводити за свій рахунок поточний ремонт покладається на наймача.

Випадковими прийнято вважати такі умови договору, які погоджені сторонами у відступ від положень диспозитивних норм або з метою вирішення питань, що взагалі не врегульовані законодавством. Наприклад, якщо за договором майнового найму обов'язок проводити поточний ремонт майна буде покладено на наймодавця, то ця умова для даного конкретного договору вважатиметься випадковою.

Проаналізувавши висловлені в літературі думки з приводу поділу умов договору, на окремі види, зокрема на істотні, звичайні та випадкові, М. Г. Брагінський і В. В. Вітрянський дійшли висновку, що жодних інших умов, крім істотних, у договорі не може бути. Уся справа лише в тому, що одні умови стають істотними в силу обов'язкової для сторін імперативної норми, яка вимагає погодження їх, другі — в силу того, що сторона скористалась наданою диспозитивною нормою можливістю, треті — в силу самого характеру відповідної договірної моделі, а четверта — завдяки визнаній однією із сторін необхідності включення їх у договір[1]. До такої позиції схиляється й М. М. Сібільов[2].

Проте виокремлення істотних, звичайних і випадкових умов у договорі є важливим з огляду на визнання чи не визнання договору укладеним у разі відсутності в ньому погодження сторонами певних умов: у разі відсутності хоча б однієї з істотних умов такий договір вважається неукладеним, в той час як відсутність у договорі інших умов до такого наслідку не приводить. Випадкові ж умови для визначеної законом моделі (виду чи типу) договору загалом не притаманні.

Всі умови — істотні, звичайні і випадкові — після укладення договору стають однаково обов'язковими і сторони повинні додержуватися їх.

Зміст договору, тобто сукупність передбачених у ньому умов, завжди визначається угодою сторін. Проте воля і волевиявлення учасників договору формуються насамперед під впливом приписів норм права, які містять абстрактну модель взаємовідносин сторін. Договір же є індивідуальним правовим актом, у якому абстрактна модель стосунків осіб, окреслена у загальних рисах у законі, наповнюється конкретним змістом, набуває своєї «плоті» і «крові». Ось чому у договорі немає потреби дублювати положення, які є звичайними і передбачені

---

[1] *Брагинский М. М., Витрянский В. В.* Договорное право: Книга первая: Общие положения. — 3 изд., стереотип. — М.: Статут, 2001. — С. 302.

[2] Цивільне право України: Підручник: У 2 т. / За заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — Т. 2. — С. 96—97.

у відповідних нормативних актах (наприклад, про відповідальність за порушення умов договору), оскільки сторони повинні керуватися ними незалежно від того, чи включені вони у договорі чи ні.

На визначення змісту підприємницького договору можуть впливати й правові акти органів державної влади, органів влади Автономної Республіки Крим або органів місцевого самоврядування. Як зазначено у ч. 1 ст. 648 ЦК, зміст договору, укладеного на підставі правового акта органу державної влади, органу влади АРК чи органу місцевого самоврядування, обов'язкового для сторін (сторони) договору, має відповідати цьому акту. Такими актами є державні замовлення (ст. 183 ГК), акти прикріплення покупця до постачальника при поставках товарів за міждержавними (у рамках СНД) економічними зв'язками (Угода про загальні умови поставок товарів між організаціями держав—учасниць СНД від 20 березня 1992 року) тощо.

У визначенні змісту підприємницьких договорів важлива роль належить типовим або зразковим договорам[1].

При укладанні деяких видів договорів застосовуються стандартні або типізовані форми (наприклад, накладна при залізничному перевезенні вантажу, страхове свідоцтво або поліс при страхуванні тощо). У цьому разі документ, що виражає договір, складається за формою, встановленою стандартом, чинними правилами, типовим або взірцевим договором. Так наказом Фонду державного майна України № 1398 від 18 листопада 1996 р. були затверджені типові форми договорів купівлі-продажу об'єктів малої приватизації. Сторони мають право встановлювати й інші, крім типових, умов договорів, які не суперечать законодавству.

Типові або взірцеві договори є передусім уніфікованим засобом, що забезпечує однакове оформлення конкретних договірних відносин. Крім того, типовий договір — це своєрідний нормативно-правовий акт, який часто заповнює правове регулювання певної сфери договірних відносин через недостатнє врегулювання їх актами вищої юридичної сили. Якщо в конкретному договорі не міститься послання на типові умови договорів певного виду, оприлюднених у встановленому порядку, такі типові умови можуть застосовуватись як звичаї ділового обороту, якщо вони відповідають вимогам ст. 7 ЦК, тобто є такими правилами поведінки, які не встановлені актами цивільного законодавства, але є усталеними у певних сферах цивільних відносин.

При укладенні договорів, а найчастіше при виконанні їх і вирішенні спорів, спричинених порушенням договірних зобов'язань,

[1] Див. Офіційні типові форми договорів / Уклад. Р. О. Стефанчук, М. О. Стефанчук. — К.: Юрінком Інтер, 2003.

виникає потреба у з'ясуванні змісту договору в цілому або окремих його умов, тобто в тлумаченні договору.

До прийняття ЦК 2003 р. в цивільному законодавстві були відсутні положення, які б визначали підходи до тлумачення договорів. Зокрема, суди, розглядаючи спори, виходять з норм Цивільного та Господарського процесуальних кодексів, які зобов'язують їх до всебічного з'ясування дійсних прав і взаємин сторін, до встановлення справжнього змісту тексту договору, поданого сторонами для розгляду.

Оскільки договір набирає щораз більшої ваги в регулюванні відносин ринкової економіки і потреба у тлумаченні договорів самими сторонами або органами, які покликані вирішувати цивільно-правові спори, виникає дедалі частіше, доречним є вміщення у новому ЦК норм про тлумачення правочину (ст. 213). Як зазначає О. А. Беляневич, метою тлумачення договору є встановлення і пояснення істинного правового змісту (смислу) договору. У практиці ділового обігу така потреба виникає досить часто, коли необхідно встановити відповідність між волею контрагентів та її волевиявленням, зокрема, при недостатньо повному або нечіткому формулюванні окремих умов договору, при виникненні суперечностей між контрагентами стосовно сутності договору, порядку та способу виконання договірних зобов'язань, при використанні в договорі незрозумілих термінів тощо, тобто тоді, коли сторони при викладенні умов договору або не звернули увагу на редакцію договору в цілому чи окремих його частин, або, встановлюючи певні умови, розуміли їх неоднаково[1].

Як зазначено у ч. 1 ст. 673 ЦК, тлумачення договору здійснюється відповідно до ст. 213 цього Кодексу, тобто відповідно до правил щодо тлумачення правочину. Зміст договору може бути витлумачений самими сторонами. На вимогу однієї або двох сторін суд може винести рішення про тлумачення змісту договору. При цьому береться до уваги буквальне значення слів, що їх використовують сторони. Якщо буквальне значення слів не дає змоги з'ясувати зміст окремих частин договору, цей зміст встановлюється порівнянням відповідної частини правочину з усім його змістом. Якщо і таким шляхом не вдається встановити справжню волю особи, яка вчинила договір, до уваги береться мета правочину, зміст попередніх переговорів, усталена практика відносин між сторонами, звичаї ділового обороту, подальша поведінка сторін та інші обставини, що мають істотне значення. Подібні положення щодо тлумачення договорів містяться і в деяких міжнародно-правових актах. Так, згідно зі ст. 8 Віденської

[1] *Беляневич О. А.* Господарське договірне право України (теоретичні аспекти): Монографія. — Юрінком Інтер, 2006. — С. 496.

Конвенції про договори міжнародної купівлі-продажу товарів заява або інша поведінка сторін тлумачиться відповідно до її наміру, якщо інша сторона знала або не могла не знати, яким був цей намір (п. 1); якщо застосування пункту 1 не дає результатів, то волевиявлення тлумачиться у відповідності з тим розумінням, яке мала б розумна особа, діюча в тій же якості, що й інша сторона за аналогічних обставин (п. 2); при цьому необхідно враховувати усі обставини, включаючи переговори, будь-яку практику, яку сторони встановили у своїх відносинах, звичаї і наступну поведінку сторін (п. 3)[1]. Аналогічне положення закріплене і в Принципах міжнародних комерційних договорів (УНІДРУА)[2]. При тлумаченні договору можуть враховуватися також типові умови (договори), навіть якщо у договорі немає посилання на ці умови.

§ 3. Порядок і способи укладення договору

Договір укладається за допомогою певних дій сторін договору, нормативно кваліфікованих способами укладення договору. В доктрині права способами укладення договору визнається нормативно врегульована система здійснення суб'єктами дій, через які досягається вільне і взаємне узгодження волі сторін договору[3].

Залежно від критерію поділу виділяють різні способи укладення договорів. За способом узгодження змісту договору виділяють загальний, спеціальний і судовий порядок укладення договору.

Загальний порядок укладення договору виявляє себе у формуванні договору в порядку, передбаченому ЦК України (статті 641—646). *Спеціальний порядок* передбачає укладення договорів, які мають свої особливості, і залежить від способів укладення договору (аукціон, конкурс, біржовий спосіб). *Судовий порядок* укладення договору є окремою стадією, що регулюється спільно матеріальними і процесуальними нормами законодавства, з тією особливістю, що волевиявлення сторін затверджується судовим рішенням та вступає в дію з моменту набрання чинності самого рішення суду[4].

За характером формування волевиявлення виділяють *неконкурентний* і *конкурентний* способи. Неконкурентний спосіб укладення договору передбачає визначений суб'єктний склад майбутнього

---

[1] Венская Конвенция о договорах международной купли-продажи товаров: Комментарий. — М.: Юридическая литература, 1994. — С. 29—33.

[2] Принципи международных коммерческих договоров / Пер. с англ. А. С. Комарова. — М., 1996. — С. 102—114.

[3] *Бородовський С. О.* Зазнач. праця. — С. 8.

[4] *Бородовський С. О.* Зазнач. праця. — С. 3, 8.

договору, що підтверджується адресованістю оферти конкретному суб'єкту (суб'єктам). Специфіка конкурентного способу укладення договорів обумовлена існуванням механізму ринкової конкуренції при проведенні різного роду торгів (аукціонів, конкурсів), за результатами яких договір укладається з переможцем торгів[1].

За ступенем свободи волевиявлення договори можуть бути поділені на договори, які укладають на основі вільного волевиявлення або в обов'язковому порядку.

На основі вільного волевиявлення укладаються договори, сторони яких мають право погоджувати на свій розсуд будь-які умови договору, що не суперечать законодавству. Законодавство виходить із презумпції права будь-якої особи укласти договір на основі вільного волевиявлення, якщо інше не випливає в силу прямої вказівки закону або сутності зобов'язання, породжуваного договором.

Укладення договорів у обов'язковому порядку пояснюється необхідністю виправданого (інтересами економічно більш слабкої сторони та інтересами суспільства в цілому) втручання держави в економічні відносини учасників цивільного обороту. В цих випадках укладенню договору в обов'язковому порядку передує наявність специфічного виду зобов'язання — зобов'язання укласти договір, яке виникає зі складного юридичного складу: акта законодавства або передбаченого законодавством юридичного факту, що дозволяє вимагати укладення договору, та оферти, заінтересованої в укладенні договору сторони.

Відповідно до ч. 3 ст. 179 ГК України укладення договору є обов'язковим для сторін, якщо він заснований на державному замовленні, виконання якого є обов'язком для суб'єкта господарювання у випадках, передбачених законом, або існує пряма вказівка закону щодо обов'язковості укладення договору для певних категорій суб'єктів господарювання чи органів державної влади або органів місцевого самоврядування. Правові засади укладання господарських договорів за державним замовленням визначаються відповідно до ст. 183 ГК України, законів України «Про поставки продукції для державних потреб», «Про державний матеріальний резерв», «Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти» тощо.

За сферою поширення укладення договору охоплює загальні умови укладення договору (наявність взаємної згоди з усіх істотних умов), порядку укладення (шляхом вчинення оферти в обмін на акцепт), місця і часу (моменту) укладення, а також встановлення особливостей укладення окремих видів договорів.

---

[1] *Беляневич О. А.* Господарський договір та способи його укладання: Навчальний посібник. — К.: Наукова думка, 2002. — С. 126 — 127.

Загальний порядок укладення договору закріплено в ЦК України в Главі 53 «Укладення, зміна і розірвання договору» (статті 638—650). Особливості укладення господарських договорів передбачено ГК України в Главі 20 «Господарські договори» (статті 179—187).

Відповідно до ч. 1 ст. 638 ЦК України договір вважається укладеним, якщо сторони у належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору.

Істотні умови договору, визначені у ч. 1 ст. 638 ЦК України, можна поділити на 4 групи: 1) умови про предмет договору; 2) умови, визначені законом як істотні; 3) умови, які є необхідними для договорів даного виду; 4) умови, щодо яких за заявою хоча б однієї зі сторін має бути досягнуто згоди[1].

Сутність укладення договорів обумовлена самою природою конструкції договору як угоди, і тому передбачає вираження волі кожної із сторін та її співпадіння[2].

У зв'язку з цим укладення договору має розглядатися як процес формування волі та її закріплення в умовах договору, що являють собою форму існування волевиявлення. При цьому правове регулювання договірних відносин починається зі стадії вираження стороною волі укласти договір, яка відповідає поняттю оферти. Все, що передує цій стадії, створити договір не може, за винятком зобов'язань із попереднього договору, якому законодавець надає правове значення окремого договору. Тому переписка сторін, протокол про наміри, інші акти, які є виявленням бажання кожної зі сторін або обох сторін укласти договір, не мають юридичного значення, якщо ці документи не підпадають під ознаки оферти та (або) акцепту.

Водночас матеріали, які передують укладенню договору, набувають правового значення у випадку тлумачення договору для цілей з'ясування спільної волі сторін відповідно до ст. 213 ЦК України. В цьому випадку при тлумаченні договору до уваги беруться зміст попередніх переговорів, усталена практика відносин між сторонами, подальша поведінка сторін.

Однак у даному випадку переговори та інші фактичні дії, які передують договору, визнаються лише обставинами, пов'язаними з укладенням договору (ч. 4 ст. 213 ЦК).

У зв'язку з цим у літературі зазначені переддоговірні дії небезпідставно кваліфікують лише як доказовий характер дій, які не ма-

---

[1] Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2-х т. / За відповід. ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнєцової, В. В. Луця. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — Т. II. — С. 165.

[2] *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Книга первая: Общие положения: Изд. 3-е стереот. — М.: Статут, 2001. — С. 193.

ють правоутворюючого значення. За відсутності усталених традицій і нерозвиненої системи попередніх правочинів зазначений підхід є цілком виправданим.

Однак із формуванням повноцінної доктрини і правозастосовної практики переддоговірних правочинів та переддоговірної відповідальності не можна виключити можливості визнання переписки і переговорів як правоутворюючих елементів переддоговірних правочинів.

У результаті укладення договору виникає договірний правочин, момент виникнення якого одночасно вважається моментом виникнення цивільних прав та обов'язків сторін цього правочину. З цього моменту на відносини сторін поширюється дія норм закону, інших актів цивільного законодавства, що стосуються даного виду договорів.

Питанню щодо моменту укладення договірного правочину присвячена ст. 640 ЦК України, згідно з якою договір є укладеним із моменту одержання особою, яка направила пропозицію укласти договір, відповіді про прийняття цієї пропозиції.

При цьому має бути дотримане загальне правило про те, що обмін офертою та акцептом має правоутворююче значення за умови досягнення згоди з усіх істотних умов договору відповідно до ст. 638 ЦК.

Момент укладення договору — це момент досягнення згоди (домовленості) щодо істотних умов договору. Як спільний вольовий акт домовленість (згода) досягається або шляхом безпосереднього спілкування (контакту) фізичних осіб чи представників юридичних осіб, або вчинення розділених у часі дій сторін (оферти та акцепту). Тому договір вважається укладеним у момент одержання особою, яка направила пропозицію укласти договір (оферту), відповіді другої сторони про прийняття цієї пропозиції (акцепту). Це правило стосується так званих консенсуальних договорів, які вважаються укладеними в момент досягнення згоди сторін.

Виняток із наведеного вище правила про правоутворююче значення отримання акцепту міститься в частинах 2 і 3 ст. 640 ЦК, згідно з якими, якщо для договору необхідне також передання майна (зокрема, йдеться про реальні договори) або вчинення іншої дії, то договір є укладеним із моменту передання відповідного майна або вчинення певної дії, а якщо договір підлягає державній реєстрації, то він є укладеним із моменту вчинення такої реєстрації.

Існують і деякі спеціальні правила про момент укладення окремих видів договорів. Так, ч. 1 ст. 275 ГК України закріплено реальний характер договору енергопостачання, згідно з яким енергопо-

стачальне підприємство (енергопостачальник) відпускає енергію споживачеві (абоненту). У зв'язку з цим можна погодитися з тим, що договір енергозабезпечення для побутового споживання вважається укладеним із моменту першого фактичного підключення абонента у встановленому порядку до приєднаної мережі.

Отже, договір набирає чинності й стає обов'язковим для сторін із моменту його укладення у належній формі (наприклад, із моменту підписання письмового договору).

Погодження умов договору між його сторонами проходить принаймні дві стадії: шляхом пропозиції однієї сторони укласти договір, який має назву оферти, і прийняття пропозиції другою стороною, або акцепту. Відповідно сторона, яка зробила пропозицію, називається оферентом, а сторона, яка прийняла її, — акцептантом.

За змістом ст. 641 ЦК України офертою визнається пропозиція укласти договір, яка адресована одній чи кільком особам, містить вказівку на істотні умови договору і є виявленням наміру особи, яка зробила пропозицію, вважати себе зв'язаною договором у разі її прийняття.

У доктрині права оферту розглядають як адресовану чітко визначеній особі пропозицію про укладення договору, що містить всі істотні умови майбутнього договору, є виявленням згоди оферента бути пов'язаним такими умовами, породжує для оферента обов'язок укласти договір із моменту її отримання вказаною особою та вимагає повного і безумовного її акцепту[1].

Рисами оферти виступає низка ознак, які індивідуалізують таку пропозицію і в сукупності тягнуть за собою встановлені законом правові наслідки для оферента та акцептанта.

По-перше, така пропозиція має бути достатньо визначеною. У випадку невизначеності оферти, що викликає можливість різного розуміння змісту оферти, така невизначеність повинна бути витлумачена на користь акцептанта (того, хто отримав оферту), виходячи із загального принципу, в силу якого, в першу чергу, враховуються інтереси сторони, яка сприйняла виявлення волі, що потребує тлумачення[2].

З наведеної ознаки щодо визначеності оферти випливає адресність оферти, з якої має бути ясно, до кого саме вона звернена. Адресність у літературі нерідко розглядається як адресування (спрямованість) оферти конкретно одній чи кільком особам (конкретним особам) і ніколи не може бути «кинута в юрбу» (рос. — «толпу»).

---

[1] *Бородовський С. О.* Укладення, зміна та розірвання договору у цивільному праві України: Дис. ...канд. юрид. наук. — К., 2005. — С. 3.

[2] *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. — С. 196.

Прихильники цього підходу (Р. О. Халфіна, Ф. І. Гавзе) вважали, що «пропозиція не може розглядатися як оферта, оскільки тут ще не встановлено один із істотних елементів договору — його сторону»[1].

Інші автори висловлювали думку про те, що офертою можна визнавати й пропозицію, яка адресована невизначеному колу осіб, якщо з неї випливає намір оферента укласти договір «з будь-ким і кожним»[2].

За сучасних умов, коли учасники обороту мають можливість самі знаходити собі партнерів шляхом попереднього розміщення різного роду запрошень (пропозицій) до укладення договорів по радіо, телебаченню, в пресі тощо, можливо визнати офертою достатньо визначену і повну пропозицію, яка виражає волю укласти договір на зазначених у пропозиції умовах з будь-ким, хто відізветься.

До такої «публічної» оферти може бути віднесено повідомлення в газеті, по радіо або телебаченню про надання точно визначених послуг, адреси оферента, готовності вступити на оголошених умовах у договір з будь-ким, хто бажає. З точки зору законодавця, жодної різниці між такою публічною офертою і звичайною, адресованою конкретній особі, немає.

Незважаючи на це, ЦК України містить загальну презумпцію про те, що реклама та інші пропозиції, які адресовані невизначеному колу осіб, визнаються лише запрошеннями до оферти, але не офертою.

Відповідно до ч. 2 ст. 641 ЦК пропозиція, розрахована на невизначене коло осіб (наприклад, реклама), визнається запрошенням до оферти, якщо інше не зазначено в цій пропозиції.

У цьому контексті актуальним є питання щодо відмежування публічної оферти від реклами. У зв'язку з цим заслуговує на увагу позиція М. І. Брагінського, на думку якого «при публічній оферті визначеність пропозиції у взаємовідносинах сторін залежить від характеру пропозиції, а отже, зняти невизначеність повинен той, хто звертається з пропозицією. Якщо він бажає виступити з офертою, йому необхідно прямо висловити це в пропозиції, не примушуючи іншу сторону здогадуватися, що слід розуміти під відповідним повідомленням»[3].

З наведеним підходом загалом можна погодитися, незважаючи на певну невизначеність критерію щодо того, яким чином залежно від характеру кваліфікувати публічну пропозицію як оферту.

---

[1] *Халфина Р. О.* Значение и сущность договора в советском социалистическом гражданском праве. — М.: Изд-во АН СССР, 1952. — С. 207.

[2] *Новицкий И. Б., Лунц Л. А.* Общее учение об обязательстве. — М.: Госюриздат, 1954. — С. 151—152; *Иоффе О. С.* Обязательственное право. — М.: Госюриздат, 1975. — С. 50.

[3] *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. — С. 198.

Більш конкретним і визначеним є сформульоване в літературі (С. О. Бородовський тощо) визначення публічної оферти як зверненої до необмеженого кола осіб пропозиції про укладення договору, що містить всі істотні умови майбутнього договору, є виявленням згоди оферента бути пов'язаним її умовами та вимагає повного і безумовного акцепту[1].

У зв'язку з цим недостатньо обґрунтованими є спроби поділу публічної оферти на колективну та абстрактну. Цілком слушно в літературі піддано критиці виділення колективної оферти як самостійного виду оферти[2].

Друга ознака оферти належить до її змісту. Оферта має містити вказівку на істотні умови майбутнього договору. Зазначена вимога має подвійний зміст, оскільки обов'язково повинні бути визначені умови, визнані істотними в силу закону, а зазначений в оферті набір умов визнається для акцептанта максимальним. Відповідно після того, як адресат прийме пропозицію, не запропонувавши зі свого боку жодних змін або доповнень до оферти, оферент не зможе змінювати набір умов, які містяться в оферті[3].

У кінцевому рахунку смисл цієї важливої вимоги до оферти полягає в тому, що вона «повинна бути настільки визначеною, щоб можна було шляхом її прийняття досягнути домовленості про весь договір»[4].

Третя вимога щодо оферти стосується її направленості. Оферта повинна бути виявленням наміру особи, яка її зробила (оферента), вважати себе зобов'язаною у разі її прийняття. Це означає, що зі змісту оферти акцептант повинен зробити висновок про про те, що для укладення договору достатньо висловлення ним волі, яка співпадає з офертою.

Зазначені ознаки оферти дають можливість відмежувати її від звичайних переговорів, які вчиняються усно або письмово і для уточнення намірів контрагента або щоб викликати його на те, аби він виступив із зустрічною пропозицією.

Оферта може бути зроблена із зазначенням або без зазначення строку для відповіді. Пропозицію укласти договір можна змінити або взагалі відкликати (скасувати), але не пізніше, як до моменту або в момент її одержання адресатом. У цьому разі раніше зроблена оферта втрачає свою значимість і не зв'язує оферента. Оферта, яку

---

[1] *Бородовський С. О.* Укладення, зміна та розірвання договору у цивільному праві. — С. 3—4.

[2] *Бородовський С. О.* Зазнач. праця. — С. 4.

[3] *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Зазнач. праця. — С. 197.

[4] *Эннекцерус Л.* Курс гражданского права. — Т. 1. Полутом 2. — М.: Иностранная литература, 1950. — С. 207.

одержав адресат, не може бути відкликана протягом строку для її акцепту, якщо інше не застережено в самій оферті або не випливає із суті пропозиції чи з обстановки, в якій вона зроблена.

Відповідь особи, якій адресовано оферту, про прийняття нею пропозиції визнається акцептом. Акцепт має бути повним і безумовним. Це означає, що акцептант повністю погоджується із запропонованими умовами договору і повідомляє про це оферента. Якщо пропозицію укласти договір зроблено із зазначенням строку для відповіді, то договір вважається укладеним за умови, що особа, яка зробила пропозицію, одержала від другої сторони відповідь про прийняття пропозиції протягом цього строку (ст. 643 ЦК України).

У пропозиції укласти договір, яка адресується другій стороні, строк для відповіді може не зазначатись. У цьому разі укладення договору залежить від того, в якій формі зроблено пропозицію — усній чи письмовій. Коли оферта зроблена усно, без зазначення строку для відповіді, договір вважається укладеним, якщо друга сторона негайно заявила оферентові про прийняття нею пропозиції. Якщо ж таку пропозицію зроблено в письмовій формі, договір вважається укладеним, коли відповідь про прийняття пропозиції одержано протягом нормально-необхідного для цього часу.

Відповідно до ст. 646 ЦК України, якщо письмова оферта не містить строку для акцепту, договір вважається укладеним за умови, що акцепт одержано оферентом до закінчення строку, встановленого законом чи іншим нормативно-правовим актом, а якщо такий строк не встановлений — протягом нормально-необхідного для цього часу. При цьому враховуються й встановлені строки для пересилання кореспонденції певного виду в обидва кінці.

Вчинення конклюдентних дій (відвантаження продукції, надання послуг тощо) з виконання зазначених в оферті умов договору вважається акцептом, якщо інше не передбачено законодавчими актами або не зазначено в оферті.

Вчинення таких дій (конклюдентних) означає і згоду на укладення договору, і водночас його виконання. Як і оферта, акцепт може бути відкликаний акцептантом однієї зі сторін і втратити чинність, якщо повідомлення про його скасування оферент одержав до моменту або в момент одержання самого акцепту. В разі відкликання акцепту або неодержання відповіді від акцептанта протягом встановленого для цього часу оферент вважається вільним від обов'язків, що пов'язані з раніше зробленою ним пропозицією.

Якщо з одержаної із запізненням відповіді про згоду укласти договір видно, що відповідь було надіслано своєчасно, вона визнаєть-

ся такою, що запізнилася, лише в тому разі, коли оферент негайно повідомить другу сторону про одержання відповіді із запізненням. У цьому разі відповідь, що запізнилася, вважається новою пропозицією. Якщо ж такого повідомлення оферент не зробить, то він повинен виконати укладений договір або відшкодувати збитки, заподіяні акцептантові у зв'язку з невиконанням договору. Оферент може підтвердити чинність раніше зробленої пропозиції і в тому разі, коли відповідь на неї запізнилася.

Відповідно до ст. 646 ЦК України відповідь про згоду укласти договір на інших, ніж було запропоновано, умовах визнається відмовою від пропозиції і водночас є новою пропозицією. Сторони в цьому разі міняються місцями: акцептант стає оферентом, а оферент — акцептантом, бо на нову пропозицію потрібна згода колишнього оферента. Тому не може вважатися акцептом згода, яка супроводжується застереженнями та контрпропозиціями.

Раніше зазначалося, що договір вважається укладеним у момент одержання акцепту особою, яка направила оферту. Якщо ж для укладення договору, крім згоди сторін, потрібна передача майна або вчинення іншої дії (реальний договір), то він вважається укладеним із моменту передачі відповідного майна або вчинення певної дії (частини 1 і 2 ст. 640 ЦК України).

§ 4. Форма договору та правові наслідки порушення порядку його укладення

Договір укладається в певній формі: усній, письмовій чи шляхом вчинення конклюдентних дій. Коли сторони домовились укласти договір у певній формі, він вважається укладеним з моменту надання йому обумовленої форми, хоч би за законом для даного виду договорів ця форма і не була передбачена. Якщо згідно із законом або угодою сторін договір має бути укладений у письмовій формі, він може бути укладений як шляхом складання одного документа, так і шляхом обміну листами, телеграмами, телефонограмами тощо, підписаними сторонами. Допускається застосування виявлення волі за допомогою факсимільного, електронного чи іншого зв'язку, які дають можливість достовірно встановити, що документ виходить від сторони за договором.

Цивільне законодавство встановлює умови визнання дійсним нотаріально непосвідченого договору, який підлягає нотаріальному посвідченню. Згідно з ч. 2 ст. 220 ЦК України, якщо сторони домовилися щодо усіх істотних умов договору, що підтверджується

письмовими доказами, і відбулося повне або часткове виконання договору, але одна із сторін ухилилася від його нотаріального посвідчення, суд може визнати такий договір дійсним. У цьому разі наступне нотаріальне посвідчення договору не вимагається.

У цьому зв'язку вищі судові інстанції небезпідставно звертають увагу на те, що зазначене положення ЦК застосовується не із наявності самого факту підписання спірного договору, а лише у випадках, коли сторони домовилися щодо істотних умов спірної угоди і відбулося її часткове виконання однією із сторін[1].

За таких обставин, визнаючи дійсним спірний договір, судам, поряд з умовами, визначеними сторонами в такому договорі, слід перевіряти також відповідність істотних умов договору вимогам закону, яким визначаються обов'язкові істотні умови відповідного виду договору. Крім того, спірний договір повинен бути виконаний повністю або частково однією чи обома сторонами такого договору.

В іншому випадку, тобто за відсутності домовленості сторін щодо істотних умов та/або невиконання спірного договору жодною із сторін, такий договір не може бути визнано дійсним.

Порушення порядку укладення договору тягне за собою визнання договору неукладеним або недійсним.

Неукладеним вважається договір щодо якого сторонами не досягнуто згоди з однієї чи з усіх істотних умов договору. При цьому йдеться саме про відсутність згоди сторін. Неприпустимо кваліфікувати неоднозначне розуміння сторонами тієї чи іншої умови як відсутність згоди між ними[2].

Судова практика кваліфікує неукладений договір через стан відсутності договору як юридичного факту. Відповідно до Постанови Вищого господарського суду України від 15 березня 2006 р., при недосягненні сторонами згоди з усіх істотних умов договору не існує самої угоди як юридичного факту, а це виключає можливість застосування до неї правил про недійсність угод[3].

На відміну від неукладеного договору, недійсність договору настає у разі наявності умов виникнення нікчемної (абсолютної) та оспорюваної (відносної) недійсності. Недійсність виникає за наяв-

---

[1] *Постанова* колегії суддів Судової палати у господарських справах Верховного Суду України від 1 листопада 2005 р. // *Судова* практика у справах господарського судочинства. Договірні зобовязання / За заг. ред. І. І. Балаклицького. — К.: Юрисконсульт, 2007. — С. 70—72.

[2] *Беляневич О. А.* Господарський договір та способи його укладання. — С. 121.

[3] *Судова* практика у справах господарського судочинства. Договірні зобовязання. За загальною редакцією І. І. Балаклицького. — К.: Юрисконсульт, 2007. — С. 98.

ності у разі визнання договірного правочину недійсним із підстав, визначених ст. 203 ЦК України.

Тривалий час у науці та судовій практиці не існувало чіткого розмежування між недійсними та неукладеними договорами, що зумовлювалося змістом ст. 153 ЦК УРСР, згідно з якою договір вважався укладеним з моменту досягнення сторонами в потрібній формі згоди за всіма істотними умовами, але, на жаль, у ній не визначалися правові наслідки недотримання цієї вимоги. Певна визначеність у вирішення цієї проблеми була внесена Роз'ясненнями Президії Вищого арбітражного (нині — господарського) суду України «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з визнанням угод недійсними» від 24 грудня 1999 р. (з наступними змінами). В роз'ясненнях (п. 17), зокрема, було звернено увагу судів на те, що недійсною може бути визнана лише укладена угода, тобто така, щодо якої сторонами в потрібній формі досягнуто згоди з усіх істотних умов, а тому, якщо у процесі вирішення спору буде встановлено, що угоду між сторонами фактично не було укладено, арбітражному суду слід припинити провадження у справі. Однак Президія не визначила у даному випадку правових наслідків неукладеності договору.

Заради справедливості необхідно зазначити, що поступово в судовій практиці та в юридичній літературі сформувалася певна позиція щодо поняття неукладеності договору та її правових наслідків. Так, Арбітражний суд м. Києва своїм рішенням від 13 грудня 1999 р. визнав недійсним договір оренди нежилого приміщення від 27 вересня 1995 р., укладений між АТЗТ «А» і АКБ «Велес». І таке рішення було залишене в силі постановою голови Арбітражного суду м. Києва від 22 лютого 2000 р. Судова колегія Вищого арбітражного суду своєю постановою від 12 липня 2000 р. скасувала рішення від 13 грудня 1999 р. та постанову від 22 лютого 2000 р. Арбітражного суду м. Києва і постановила визнати неукладеним договір від 27 вересня 1995 р. щодо оренди частини нежилого будинку на тій підставі, зокрема, що в договорі фактично не були визначені такі істотні умови договору, як орендна плата, порядок використання амортизаційних відрахувань та страхування орендарем, вартість орендованого майна відповідно до Закону України «Про оренду державного та комунального майна».

ЦК України не заповнив прогалину у вирішенні цього питання, зберігши формулу укладеності договору (ст. 638). Натомість, така проблема знайшла своє вирішення у ГК України, у ст. 184 якого записано, що у разі якщо сторони не досягли згоди з усіх істотних умов господарського договору, такий договір вважається неукладеним (таким, що не відбувся), а у разі здійснення однією зі сторін

фактичних дій щодо його виконання, правові наслідки таких дій визначаються нормами Цивільного кодексу України (п. 8). Однак і тут немає повної завершеності вирішення проблеми неукладеності договору, оскільки в ЦК України, до якого відсилає п. 8 ст. 181 ГК, такі правові наслідки вчинення фактичних дій прямо не визначені.

В окремих випадках позивачі зверталися з вимогами про повернення переданого за неукладеним договором майна на підставі норм, що регулюють зобов'язання із безпідставного придбання чи збереження майна (статті 469—470 ЦК УРСР, статті 1212—1215 ЦК України). Власне, така позиція сформувалася в юридичній літературі.

Проте існуючі норми щодо неукладеності договору не враховують існуючої тенденції до введення законодавцем надмірної кількості істотних умов, зокрема тих, без яких договір може функціонувати. Наприклад, у ст. 10 Закону України «Про оренду державного та комунального майна» передбачені такі істотні умови: об'єкт оренди, термін оренди, орендна плата, порядок використання амортизаційних відрахувань, відновлення орендованого майна та умови його повернення, виконання зобов'язань, відповідальність сторін, страхування орендарем взятого в оренду майна, обов'язки сторін щодо забезпечення пожежної безпеки орендованого майна. Формальна відсутність у договорі оренди державного майна будь-якої з перерахованих умов, зокрема умови про пожежну безпеку майна, безумовно, це юридичний абсурд. Навіть якщо не передбачені у договорі умови про повернення майна, про виконання зобов'язань, про відповідальність сторін, то жодної правової необхідності у визнанні такого договору неукладеним немає, оскільки ці відносини повною мірою врегульовані ЦК України та іншим законодавством. Тому вважаємо, що договори мають визнаватися неукладеними лише тоді, коли сторони не досягли згоди, наприклад, щодо істотних умов про предмет та ціну. Усі інші умови можуть бути визначені у судовому порядку. Бажано було б, щоб висловлене положення знайшло відображення у ст. 638 ЦК та ст. 181 ГК та визначити коло істотних умов, за відсутності погодження яких договір ні за яких обставин не може вважатися укладеним.

Відмежування неукладених договорів від недійсних договорів має практичне значення, оскільки у цих випадках настають різні правові наслідки. У зв'язку з цим у літературі слушно зазначається, що при неукладеному договорі застосовуються наслідки, передбачені нормами, що регулюють зобов'язання з безпідставного збагачення, а при недійсному — ті наслідки, що встановлені законом щодо недійсних правочинів, за правилами статей 215—236 ЦК України.

§ 5. Особливості укладення окремих видів договорів

Певні особливості укладення мають господарські договори, специфіка яких зумовлена «особливим суб'єктним складом та обмеженням договірної свободи у господарських відносинах».

Договори між юридичними особами мають укладатися у письмовій формі (ч. 1 ст. 208 ЦК України) шляхом складення проекту договору або листа (телеграми тощо), які виконують роль пропозиції укласти договір (оферти).

ГК України (ч. 1 ст. 181) допускає укладення господарських договорів у спрощений спосіб, тобто шляхом обміну листами, факсограмами, телеграмами, телефонограмами тощо, а також шляхом підтвердження прийняття до виконання замовлень, якщо законом не встановлено спеціальні вимоги до форми та порядку укладення даного виду договорів.

Складанню проекту договору в окремих видах господарських відносин можуть передувати так звані переддоговірні контакти (передача підрядникові необхідної проектно-кошторисної документації, а проектантові — вихідних даних для проектування тощо).

Одержавши проект договору у двох примірниках, друга сторона підписує його й один примірник надсилає оферентові або надсилає відповідь на лист, факсограму тощо у двадцятиденний строк після одержання договору. У цьому разі договір вважається укладеним.

За наявності заперечень щодо окремих умов договору сторона, яка одержала проект договору, складає протокол розбіжностей, про що робиться застереження у договорі, та у двадцятиденний строк надсилає другій стороні два примірники протоколу розбіжностей разом із підписаним договором (ч. 4 ст. 181 ГК).

У цьому разі укладення договору проходить ще одну стадію — стадію переддоговірного спору.

Розбіжності, які виникають при укладенні договору між організаціями, що ґрунтується на обов'язковому для обох сторін державному замовленні, розв'язує господарський суд. В інших випадках (коли договір не ґрунтується на обов'язковому для обох сторін державному замовленні) такі розбіжності можуть розв'язуватися господарським судом за згодою сторін.

Окремі правила діють при укладенні біржових угод (договорів). Біржові договори (угоди) називають ще біржовими операціями. Біржові договори дозволяється здійснювати лише членам біржі або брокерам на основі попередньо поданого клієнтом замовлення. Біржове

посередництво можуть здійснювати й дилери — особи, які укладають біржові угоди від власного імені та за власний рахунок з метою подальшого перепродажу товару на біржі. Надання послуг щодо укладення біржових угод здійснює ведучий торгів, який є службовцем біржі[1].

Укладення договорів на аукціоні та в порядку конкурсу передбачає пряму передачу права власності на об'єкт покупцеві, який запропонував під час торгів найвищу ціну або найкращі умови подальшої експлуатації об'єкта (конкурсу).

Аукціон проводиться відповідним органом приватизації або уповноваженою ним юридичною особою за наявності не менш як трьох покупців, які повинні зареєструвати себе як учасники аукціону. Торги на аукціоні здійснює безпосередньо ведучий (ліцитатор), який спочатку описує об'єкт продажу та умови його продажу. Початком торгів вважається момент оголошення початкової ціни об'єкта. Якщо протягом трьох хвилин після оголошення не буде запропоновано вищу ціну, ліцитатор одночасно з ударом молотка робить оголошення про придбання об'єкта тією особою, яка запропонувала найвищу ціну. Результати продажу майна на аукціоні оформлюються договором купівлі-продажу, який укладається між покупцем та уповноваженим представником відповідного органу приватизації чи іншого продавця. Цей договір підлягає нотаріальному посвідченню та реєстрації у відповідному органі.

Договори можуть укладатися за результатами проведення різного роду конкурсів (договори купівлі-продажу об'єктів приватизації, закупівлі продукції для державних потреб, оренди майна, підряду на капітальне будівництво, на користування надрами тощо).

Конкурс здійснюється у два етапи. На першому етапі оголошується попередній переможець конкурсу. Інформація про його пропозиції доводиться до відома усіх учасників конкурсу. Якщо протягом п'яти робочих днів від них не надійдуть додаткові пропозиції, то попередній переможець оголошується покупцем. За наявності інших пропозицій проводиться додаткове засідання конкурсної комісії, яка розглядає ці пропозиції та визначає остаточного переможця.

Результати конкурсу оформлюються протоколом і затверджуються органом приватизації. З переможцем конкурсу укладається договір купівлі-продажу об'єкта, який підлягає нотаріальному посвідченню та реєстрації у відповідному органі[2].

Проведений аналіз укладення договору дає підстави для таких висновків.

---

[1] Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України. — С. 176.

[2] Там само. — С. 178.

1. Порядок укладення договору є визначеною законом правоутворюючою стадією договірного правовідношення, що складається з послідовних взаємних дій сторін одна щодо одної з приводу надання та прийняття пропозиції згідно з вимогами закону про оферту та акцепт, які спрямовані на встановлення договірних відносин, визначення змісту договірного зобов'язання та підтверджують досягнення узгодженої волі, закріпленої в умовах договору.

2. Способами укладення договору є нормативно врегульована процедура (організація) здійснення суб'єктами дій, через які досягається вільне і взаємне узгодження волі сторін договору.

Способи укладення договорів можуть бути поділені на: загальний, спеціальний і судовий (за способом узгодження змісту договору); конкурентний і неконкуретний (за характером формування волевиявлення); договори, які укладають на основі вільного волевиявлення або в обов'язковому порядку (за ступенем свободи волевиявлення).

3. Сфера укладення договору охоплює загальні умови укладення договору (наявність взаємної згоди з усіх істотних умов), порядок укладення (шляхом вчинення оферти в обмін на акцепт), місце і час (момент) укладення, а також встановлення особливостей укладення окремих видів договорів.

Правова природа укладення договору полягає у визнанні його процесом формування волі та її закріплення в умовах договору, що являють собою форму існування волевиявлення.

Переддоговірні дії переважно виступають діями лише доказового характеру, які не мають правоутворюючого значення, якщо інше не передбачено прямою вказівкою закону.

4. Якщо інше не передбачено законом, договір вважається укладеним з моменту досягнення згоди (домовленості) щодо істотних умов договору, яка виникає у момент одержання особою, яка направила пропозицію укласти договір (оферту), відповіді другої сторони про прийняття цієї пропозиції (акцепту).

Глава 4

СУБ'ЄКТИ ДОГОВІРНОГО ПРАВОВІДНОШЕННЯ

§1. Поняття та склад суб'єктів договірного правовідношення

Елементами будь-якого правовідношення, як відомо, є його **суб'єкти** і **об'єкти** та **суб'єктивне цивільне право** і **суб'єктивний цивільний обов'язок**. Оскільки договір відповідно до ст. 509 ЦК України є однією з підстав виникнення зобов'язального правовідношення, то в ньому відповідно також є певні суб'єкти, а саме: одна сторона (боржник), зобов'язана вчинити на користь другої сторони певні дії або утриматися від певної дії на користь другої сторони — кредитора та друга сторона (кредитор) уповноважена вимагати від боржника виконання зазначеного обов'язку. Абсолютно лаконічно визначено суб'єктний склад зобов'язання у ст. 510 ЦК, у якій зазначено, що сторонами у зобов'язанні є боржник та кредитор, на стороні кожного з яких може бути одна або одночасно кілька осіб. Зазначене відповідно стосується і договору як підстави виникнення зобов'язання.

У главі 52 ЦК України «Поняття та умови договору» загалом відсутні конкретні правила, які б встановлювали конкретні кількісні чи якісні вимоги до суб'єктного складу договору, за незначними опосередкованими винятками. Згідно зі ст. 626 ЦК договором є домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Можна було б дійти висновку, що кожна особа може бути суб'єктом договору, адже відповідно до статей 6, 627 ЦК України сторони є вільними в укладенні договору, у виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням вимог цього Кодексу, інших актів цивільного

законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості. Тобто створюється враження, що будь-який дієздатний суб'єкт цивільного права може укласти будь-який можливий договір. Однак насправді це далеко не так, адже комплексний аналіз джерел договірного права дає підстави вважати, що можуть існувати певні обмеження в укладенні тими чи іншими суб'єктами окремих видів договору, а іноді може навіть встановлюватися пряма заборона тим чи іншим особам бути суб'єктом договірних правовідносин (наприклад, не можуть брати участь у приватизації державного майна державні підприємства; юридичні особи, у майні яких частка державної власності перевищує 25 відсотків; органи державної влади; працівники державних органів приватизації).

У багатьох договорах однією із сторін договору може бути лише фізична особа, зокрема:

1) відчужувачем майна за договором довічного утримання (ст. 746 ЦК);

2) покупцем-споживачем у договорі роздрібної купівлі-продажу (ст. 698 ЦК);

3) замовником за договором побутового підряду (ст. 865 ЦК);

4) відчужувачем у спадковому договорі (ст. 1303 ЦК);

5) замовником за договором перевезення пасажирів;

6) поклажодавцем за договором зберігання речей у гардеробах організацій (ст. 973 ЦК), у камерах схову організацій, підприємств транспорту (ст. 974 ЦК);

7) замовником за договором про надання фінансового кредиту та надання послуг зі зберігання речей ломбардами (ст. 974 ЦК, Положення про порядок надання фінансових послуг ломбардами, затверджене Розпорядженням Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг України 26 квітня 2005 № 3981).

8) сторонами за шлюбним договором (ст. 92 СК).

Цивільне законодавство надає право бути однією стороною або обома сторонами у договорі лише суб'єктам підприємництва (статті 633, 698, 712, 787, 865, 936, 956, 1033, 1079, 1117 ЦК та ін.). Відповідно до ст. 179 ГК України сторонами господарських договорів можуть бути суб'єкти господарювання та певні не господарюючі суб'єкти, що мають статус юридичної особи[1].

Для укладення договорів в окремих сферах діяльності законодавець конкретизує осіб, які можуть бути сторонами (стороною) того чи іншого договору, наділяючи їх певною мірою спеціальною правоздатністю. Такими можна вважати, зокрема, банки та інші кредитні установи, як кредиторів за кредитним договором (ст. 1054 ЦК).

---

[1] Детальніше про це див.: *Щербина В. С.* Суб'єкти господарського права. — К.: Юрінком Інтер, 2008. — 264 с.

Так, відповідно до Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» від 12 липня 2001 р. фінансові послуги надаються фінансовими установами, а також, якщо це прямо передбачено законом, фізичними особами— суб'єктами підприємницької діяльності. Проте виключне право або інші обмеження щодо надання окремих фінансових послуг можуть встановлюватися законами про діяльність відповідної фінансової установи та нормативно-правовими актами державних органів, що здійснюють регулювання ринків фінансових послуг. Крім того, ст. 5 зазначеного Закону передбачає можливість надання окремих фінансових послуг юридичними особами, які за своїм правовим статусом не є фінансовими установами, що має визначатися законами та нормативно-правовими актами державних органів, що здійснюють регулювання діяльності фінансових установ та ринків фінансових послуг, виданими в межах їх компетенції (див. наприклад, Розпорядження Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг України від 22 січня 2004 р. № 21 (у редакції розпорядження Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг України від 24 червня 2005 р. № 4241) «Про затвердження Положення про надання окремих фінансових послуг юридичними особами—суб'єктами господарювання, які за своїм правовим статусом не є фінансовими установами».

На формування суб'єктного складу договору може впливати форма власності. Так, відповідно до Закону України «Про оренду державного та комунального майна» орендодавцями державного та комунального майна можуть бути Фонд державного майна України, його регіональні відділення та представництва, органи, уповноважені Верховною Радою Автономної Республіки Крим та органами місцевого самоврядування управляти відповідним майном, державні підприємства.

На формування суб'єктного складу договору можуть впливати фактори, пов'язані з укладенням договорів на біржі, аукціоні, на виконання державного замовлення тощо.

Необхідно враховувати, що суб'єктний склад договірного зобов'язання не обмежується його сторонами, більше того, він може мати свою динаміку.

§ 2. Динаміка суб'єктного складу договору

Суб'єктами договірних правовідносин можуть бути не тільки сторони у зобов'язанні, але й треті особи. Під *третьою особою* у зобов'язанні слід розуміти учасника цивільних правовідносин,

який не є стороною (боржником або кредитором) у зобов'язанні. Як правило, треті особи пов'язані або з боржником, або з кредитором у зобов'язанні. Саме цей зв'язок і зумовлює правовий статус третьої особи.

Цивільне законодавство передбачає різні форми участі третіх осіб у зобов'язанні. Зокрема, треті особи можуть бути віднесені до кола суб'єктів зобов'язання у разі *переадресування виконання зобов'язання*. Переадресування виконання зобов'язання — це, по суті, зазначення кредитором третьої особи, якій боржник зобов'язаний передати виконання (за загальним правилом, боржник у цьому випадку не може відмовитися від виконання; якщо ж таке переадресування виконання спричинить додаткові витрати для боржника, то вони погашаються за рахунок кредитора).

Прикладом переадресування виконання зобов'язання може слугувати договір позики, у якому кредитор вказує боржнику на третю особу, якій боржник зобов'язаний повернути суму позики. Як правило, така схема застосовується у випадках, коли кредитор за договором позики (позикодавець) одночасно виступає боржником перед третьою особою, якій позичальник зобов'язаний передати виконання за договором позики. Таким чином, передача позичальником суми позики третій особі одночасно припиняє два зобов'язання: позичальника перед позикодавцем і позикодавця перед третьою особою.

Особливо слід відзначити, що при переадресуванні виконання зберігається первісний суб'єктний склад зобов'язання. Особа, якій було переадресоване виконання, не має у своєму розпорядженні цивільно-правових засобів захисту проти несумлінного боржника. Ця обставина пояснюється тим, що активним суб'єктом зобов'язання, як і раніше, залишається первісний кредитор, і саме він має право вимагати від боржника належного виконання зобов'язання. До речі, у цьому полягає відмінність переадресування виконання від переходу прав кредитора: при переадресуванні активним суб'єктом зобов'язання залишається первісний кредитор, а при переході прав кредитора первісний кредитор усувається новим кредитором, який в повному обсязі заміняє первісного кредитора в зобов'язанні.

Цивільне законодавство також передбачає можливість *виконання обов'язку боржника третьою особою*. Відповідно до ст. 528 ЦК виконання обов'язку може бути покладено боржником на іншу особу, якщо з умов договору, вимог ЦК, інших актів цивільного законодавства або суті зобов'язання не випливає обов'язок боржника виконати зобов'язання особисто. У цьому разі кредитор зобов'язаний прийняти виконання, запропоноване за боржника іншою особою.

Треті особи беруть також участь у так званих *регресних зобов'язаннях*. Найбільш повне визначення регресного зобов'язання запропонував І. Б. Новицький: «Регресним зобов'язанням називається зобов'язання: а) яке є наслідком платежу однією особою (кредитором за регресним зобов'язанням) іншій особі, хоча й вчиненого юридично обґрунтовано, однак викликаного провиною третьої особи (боржника за регресним зобов'язанням) без вини з боку першого; б) спрямоване до переведення сплаченої суми на цю третю особу, з вини якої відбувся платіж з боку першої особи другій»[1]. Варто лише наголосити, що регресне зобов'язання виникає автоматично у випадках, зазначених у законі, після припинення головного зобов'язання внаслідок його виконання третьою особою.

Більшість договірних зобов'язань мають за своїм суб'єктним складом одного боржника та одного кредитора. Утім за певних умов на активній чи навпаки, на пасивній стороні у зобов'язанні можуть брати участь декілька осіб — кредиторів чи боржників. В науці цивільного права ситуація, коли в зобов'язанні беруть участь декілька кредиторів або декілька боржників отримала назву *множинності осіб в зобов'язанні*. Як справедливо зазначав О. О. Красавчиков, збільшення кількості осіб на тій чи іншій стороні зобов'язання не тягне за собою пропорційного росту кількості сторін в зобов'язанні. Сторін в зобов'язанні залишається стільки, скільки допускає сутність самого зобов'язання[2].

Як правило, виділяють наступні різновиди множинності осіб в зобов'язанні:

— активна (наявність в зобов'язанні одного боржника та декількох кредиторів);

— пасивна (наявність в зобов'язанні декількох боржників та одного кредитора);

— змішана (наявність в зобов'язанні декількох боржників та декількох кредиторів).

Стаття 540 ЦК в якості загального правила встановлює положення про те, що в тому разі, якщо у зобов'язанні беруть участь кілька кредиторів або кілька боржників, кожний із кредиторів має право вимагати виконання, а кожний із боржників повинен виконати обов'язок у *рівній частці*, якщо інше не встановлено договором або актами цивільного законодавства.

---

[1] *Новицкий И. Б.* Регрессные обязательства между социалистическими хозяйственными организациями. — М.: Госюриздат, 1952. — С. 94

[2] Советское гражданское право / Под ред. проф. О. А. Красавчикова. — Т.1. — М.: Высшая школа, 1972. — С. 371.

Винятки з цього правила також закріплені на рівні ЦК через інститут *солідарних зобов'язань* (солідарна вимога кредиторів та солідарний обов'язок боржників).

Відповідно до ст. 543 ЦК у разі *солідарного обов'язку боржників* кредитор має право вимагати виконання обов'язку частково або в повному обсязі як від усіх боржників разом, так і від будь-кого з них окремо. При цьому кредитор, який одержав виконання обов'язку не в повному обсязі від одного із солідарних боржників, має право вимагати недоодержане від решти солідарних боржників.

Виконання солідарного обов'язку у повному обсязі одним із боржників припиняє обов'язок решти солідарних боржників перед кредитором, а у солідарного боржника, який виконав зобов'язання перед кредитором, відповідно до ст. 544 ЦК виникає право на зворотну вимогу (регрес) до кожного з решти солідарних боржників у рівній частці, якщо інше не встановлено договором або законом, за вирахуванням частки, яка припадає на нього.

Ст. 542 ЦК регламентує правовий статус солідарних кредиторів та встановлює загальні правила щодо *солідарних вимог кредиторів*. У разі солідарної вимоги кредиторів (солідарних кредиторів) кожний із кредиторів має право пред'явити боржникові вимогу у повному обсязі. При цьому до пред'явлення вимоги одним із солідарних кредиторів боржник має право виконати свій обов'язок будь-кому із них на свій розсуд.

Певна специфіка встановлена і щодо виконання солідарних вимог кредиторів. Так, зокрема, виконання боржником свого обов'язку одному із солідарних кредиторів у повному обсязі звільняє боржника від виконання решти солідарних кредиторів.

Згідно зі ст. 512 ЦК кредитор у зобов'язанні може бути замінений внаслідок відступлення права вимоги, правонаступництва, виконання обов'язку боржника поручителем або заставодавцем (майновим поручителем), а також виконання обов'язку боржника третьою особою.

Відступлення права вимоги (за ЦК 1963 р. — уступка вимоги, в літературі — цесія) являє собою договірну передачу вимог первісного кредитора (цедента) новому кредиторові (цесіонарію). Відступлення права вимоги відбувається шляхом укладення договору між цедентом та цесіонарієм. Якщо відступлення вимоги має оплатний характер, до цього договору застосовуються положення ЦК про купівлю-продаж, якщо передача права є безоплатною — положення про дарування.

Відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 512 ЦК самостійною підставою заміни кредитора є *правонаступництво*. Цивільному праву відомі дві форми правонаступництва — універсальне та сингулярне. При універ-

сальному правонаступництві до правонаступника разом із правами первісного кредитора переходять і його обов'язки. Найбільш поширеними випадками універсального правонаступництва є спадкове правонаступництво і правонаступництво в результаті реорганізації юридичної особи. При сингулярному правонаступництві до правонаступника переходить тільки певне право кредитора, як, наприклад, при договірній передачі прав вимоги. Відтак вбачається, що законодавець, закріплюючи правонаступництво як самостійну підставу заміни кредитора, мав на увазі саме універсальне правонаступництво.

Заміна кредитора, як зазначено в п. 3 ч. 1 ст. 512 ЦК України, може мати місце при *виконанні обов'язку боржника поручителем або заставодавцем (майновим поручителем)*. Зазначена норма в частині переходу прав кредитора до поручителя, який виконав зобов'язання за боржника, відповідає змісту ст. 193 ЦК 1963 р. Водночас законодавством України про заставу не було врегульовано ситуацію, коли заставодавець, що не є боржником за основним зобов'язанням (майновий поручитель), виконував його обов'язок перед кредитором. Зазначена норма ЦК усуває наведену прогалину в регулюванні заставних правовідносин.

Новелою для цивільного законодавства України є закріплення в ЦК такої підстави переходу прав кредитора, як *виконання обов'язку боржника третьою особою*. Відповідно до ст. 528 ЦК зобов'язання може бути виконане не тільки самим боржником, а й третіми особами. У цьому випадку кредитор зобов'язаний прийняти виконання, запропоноване за боржника третьою особою. Необхідно відзначити, що в законі передбачаються випадки, коли таке виконання за боржника третьою особою не припиняє зобов'язання, але спричиняє заміну кредитора. В юридичній науці виконання зобов'язання (платежу) із вступом третьої особи в права кредитора отримало назву *суброгації* (від латинського subrogatio, subrogare — обрання замість).

Суброгація відрізняється від регресних зобов'язань. Основна відмінність суброгації від регресу полягає в тому, що при суброгації переходить право, що вже існує, з усіма його забезпеченнями, а регрес породжує нове право. Регресне зобов'язання виникає автоматично у випадках, зазначених у законі, після припинення головного зобов'язання внаслідок його виконання третьою особою. При суброгації третя особа вступає в зобов'язання, що вже існує, витісняючи з нього первісного кредитора.

Заміна кредитора може відбуватися і з інших підстав, встановлених в законі. В ЦК містяться норми, відповідно до яких права кредитора можуть бути переведені на іншу особу на підставі судового

рішення. Так, відповідно до ч. 4 ст. 362 ЦК у разі продажу частки у праві спільної часткової власності з порушенням переважного права купівлі співвласник може пред'явити до суду позов про переведення на нього прав та обов'язків покупця. Аналогічною правовою можливістю законодавець наділив власника земельної ділянки у разі порушення його переважного права придбання права користування цією земельною ділянкою (ст. 411), а також наймача житла у випадку порушення його переважного права на укладення договору найму житла на новий строк (ст. 822 ЦК).

За загальним правилом, до нового кредитора переходять усі права, які належали первісному кредиторові у зобов'язанні. Утім, у правочині щодо заміни кредитора сторони вправі самостійно визначити обсяг прав, які переходять до нового кредитора.

Визначаючи порядок заміни кредитора, ЦК закріпив класичне правило цивільного права про те, що заміна кредитора у зобов'язанні здійснюється без згоди боржника. Водночас це правило має диспозитивний характер, сторони зобов'язання можуть встановити в договорі, що заміна кредитора у зобов'язанні може здійснюватися виключно за згодою боржника. Аналогічна вказівка може також міститися і безпосередньо в законі.

Ще однією гарантією прав боржника є необхідність своєчасного повідомлення боржника кредитором про здійснену заміну кредитора. Метою цієї норми є збереження певного балансу інтересів сторін у зобов'язанні: враховуючи те, що заміна кредитора здійснюється, як правило, без згоди боржника, останній повинен бути повідомлений про такі зміни в суб'єктному складі зобов'язання.

Якщо внаслідок неповідомлення (несвоєчасного повідомлення) боржника про здійснену заміну кредитора боржник виконав зобов'язання первісному кредиторові, таке виконання слід вважати належним виконанням, яке припиняє зобов'язання (ст. 599 ЦК).

Первісний кредитор у зобов'язанні відповідає перед новим кредитором за недійсність переданої йому вимоги, але не відповідає за невиконання боржником свого обов'язку, крім випадків, коли первісний кредитор поручився за боржника перед новим кредитором. У разі якщо первісний кредитор поручився за боржника перед новим кредитором (наприклад між кредиторами було укладено договір поруки), на первісного кредитора може бути покладена відповідальність за невиконання боржником своїх зобов'язань відповідно до положень ЦК, які регламентують забезпечення виконання зобов'язання (гл. 49).

ЦК встановлює можливість заміни не тільки кредитора, а й боржника. Однак на відміну від кредитора, боржник може бути заміне-

ний виключно за згодою кредитора. Необхідність отримання згоди кредитора на переведення боргу зумовлена тим, що особа боржника завжди має істотне значення для кредитора. Водночас дія правила про необхідність отримання згоди кредитора на переведення боргу поширюються виключно на випадки, коли переведення боргу здійснюється на підставі правочину. У разі якщо заміна боржника здійснюється з інших підстав, зокрема при спадкуванні, переведення боргу здійснюється незалежно від волі кредитора. Наслідком переведення боргу за правочином без згоди кредитора є недійсність такого правочину.

Переведення боргу на нового боржника, так само як і заміна кредитора, є внутрішньою зміною у зобов'язанні, а тому заміна особи, боржника не впливає на обсяг його прав та обов'язків як сторони у зобов'язанні. За таких умов, а також з метою недопущення погіршення правового становища боржника у зобов'язанні законодавець встановлює правило про те, що новий боржник вправі висувати проти вимоги кредитора усі заперечення, які мав первісний боржник. Водночас новий боржник вправі висувати проти вимоги боржника заперечення, які ґрунтуються на його власних відносинах із кредитором, зокрема заявити про зарахування зустрічних вимог (статті 601, 603 ЦК).

Глава 5

ВИКОНАННЯ ДОГОВІРНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ

§ 1. Поняття, загальні умови та засади виконання договірного зобов'язання

ЦК України містить досить значну за обсягом кількість норм, присвячених правовому регулюванню виконання договірного зобов'язання. Основні вимоги до виконання зобов'язання (умови та елементи виконання, особливості виконання окремих видів зобов'язання, підтвердження виконання) встановлені нормами Глави 48 ЦК України. Важливе значення мають також норми загального характеру щодо виконання зобов'язання, що вміщені в інших главах Розділу I Книги п'ятої «Зобов'язальне право» ЦК України — в Главі 47 «Поняття зобов'язання. Сторони у зобов'язанні»; в Главі 50 «Припинення зобов'язання». Особливостям виконання окремих видів договірних зобов'язань присвячені норми Підрозділу 1 Розділу III «Окремі види зобов'язань» (спеціальні норми про виконання). Деталізація і конкретизація виконання окремих видів договірних зобов'язань у різних сферах суспільного життя здійснюється за допомогою чисельних актів законодавства, норми яких, розвивають положення ЦК України.

Виконання зобов'язання може розглядатися у трьох аспектах: як правовий інститут, як процес і як підстава припинення зобов'язання[1].

1) Як *правовий інститут виконання зобов'язання* — це сукупність цивільно-правових норм, що регулюють

[1] *Сеттмустафа А.* Понятие исполнения обязательства // Актуальные проблемы частного права: Материалы международной научно-практической конференции (в рамках ежегодных цивилистических чтений). — Алматы, 23—24 мая 2002 г. / Отв. ред. М.К.Сулейменов. — Алматы: КазГЮУ, 2003. — С. 285—288.

суспільні відносини, які виникають у зв'язку з виконанням зобов'язань (як договірних, так і недоговірних).

Особливістю інституту виконання договірних зобов'язань в праві України є розпорошеність його норм: по-перше, основоположні норми щодо виконання зобов'язання вміщені в ЦК України, що дає підстави вважати виконання зобов'язання інститутом зобов'язального права як найбільшої підгалузі цивільного права; по-друге, норми щодо виконання майново-господарських (цивільно-правових за своєю природою) зобов'язань вміщені, зокрема в главі 22 Господарського кодексу України (статті 193—198), в інших нормативно-правових актах, а також в міжнародних договорах (конвенціях), учасницею яких є Україна; по-третє, цивільні відносини (в тому числі, зобов'язальні відносини) відповідно до ч. 1 ст. 7 ЦК України можуть регулюватися звичаєм, зокрема звичаєм ділового обороту.

2) *Виконання зобов'язання* — це процес. Якщо зобов'язання — це правовідношення у статиці, то його виконання — це динамічний стан зобов'язання, завдяки якому реалізуються (здійснюються) права і обов'язки сторін зобов'язання (в § 241 ЦК Німеччини вжито термін *Leistung* — власне виконання як дія (бездіяльність), тобто здійснення, реалізація обов'язку)[1].

Проте цей процес не може бути безкінечним, оскільки не можуть бути невизначеними (не окресленими, безмежними у просторі і часі) права і обов'язки суб'єктів зобов'язання. Як свого часу зазначав Г. Н. Амфітеатров, виконання є тією кінцевою метою, заради якої приводиться в рух весь складний механізм договірних зв'язків і без якої договір перетворився б на нісенітницю[2].

Отже, існують всі підстави говорити про існування ще одного аспекту виконання — наслідку (результату) здійснення всіх цивільних прав і обов'язків, що випливають із конкретного договірного зобов'язання. Власне про таке виконання — як результат здійснення цивільних прав і обов'язків — йдеться в нормах ЦК України, що встановлюють порядок підтвердження виконання зобов'язання (ст. 545 ЦК), припинення зобов'язання виконанням (ст. 599 ЦК) тощо.

З урахуванням викладеного, до ознак (елементів), що характеризують суть виконання договірного зобов'язання, можна віднести наступні ознаки:

а) виконання зобов'язання є сукупністю фактичних та/або юридичних дій сторін зобов'язання (рідше — утримання від вчинення дій);

---

[1] *Жалинский А., Рёрихт А.* Введение в немецкое право. — М.: Спарк, 2001. — С. 334—335.

[2] *Амфитеатров Г. Н.* Основные черты законопроекта о договорах. — М.: Полиграфкнига, 1934. — С. 38.

б) виконання зобов'язання спрямоване на досягнення економічної і юридичної мети зобов'язання (його результату) шляхом реалізації (здійснення) суб'єктивних прав і обов'язків сторін зобов'язання як суб'єктів цивільного правовідношення.

Таким чином, на нашу думку, *виконання договірного зобов'язання можна визначити як сукупність фактичних та/або юридичних дій*[1] *(у певних випадках — утримання від дії) сторін зобов'язання, спрямованих на реалізацію (здійснення) передбачених договором або законом їх суб'єктивних прав і обов'язків задля досягнення економічної і юридичної мети зобов'язання.*

В. С. Толстой дійшов висновку, що виконання обов'язку в зобов'язальному правовідношенні являє собою вчинення боржником дії, якої вправі вимагати від нього кредитор[2].

З урахуванням наведеного, на нашу думку, є дуже важливим з'ясування власне правової природи виконання, тобто природи дії боржника щодо виконання свого обов'язку.

В літературі з цього приводу висловлені дві точки зору. Так, О. О. Красавчиков кваліфікує дії стосовно здійснення обов'язку як юридичний вчинок[3]. Інакше вважає С. М. Братусь, до думки якого приєднується і В. С. Толстой: вчиняючи певні дії, боржник має на меті припинити обов'язок з кореспондуючим йому суб'єктивним правом. Дії особи, спрямовані на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків, є правочином (ч. 1 ст. 202 ЦК). Отже, дії щодо виконання обов'язку за всіма своїми ознаками підпадають під визначення правочину[4], а саме правочину одностороннього[5].

---

[1] Так, за договором доручення (ч. 1 ст. 1000 ЦК України) одна сторона (повірений) зобов'язується вчинити від імені та за рахунок другої сторони (довірителя) певні *юридичні дії* (курсив наш. — Т.Б.); прикладом зобов'язань, що передбачають виконання як юридичних, так і фактичних дій, можуть слугувати зобов'язання, що виникають із договору транспортного експедирування (ч. 1 ст. 929 ЦК України); обов'язок вчинити фактичні дії (зберігати річ) несе сторона за договором зберігання (ч. 1 ст. 936 ЦК України).

[2] Там само. — С. 22. М. І. Краснов розумів під виконанням зобов'язання вчинення боржником дії, що відповідає змісту зобов'язання (*Краснов М. И.* Реальное исполнение договорных обязательств между социалистическими организациями. — М.: Госюриздат, 1959. — С. 12). Іншу думку висловлює М. М. Сібільов, який визначає виконання зобов'язання як вчинення *кредитором* (курсив наш. — Т.Б.) і боржником дій, що становлять його предмет (*Сібільов М.* Договірне зобов'язання та його виконання. — С. 419).

[3] *Красавчиков О. А.* Юридические факты в советском гражданском праве. — М.: Госюриздат, 1958. — С. 154

[4] *Братусь С. Н.* Субъекты гражданского права. — М.: Госюриздат, 1950. — С. 11; *Толстой В. С.* — С. 23.

[5] *Охоцимский В. Н.* Основные моменты исполнения по обязательствам. — Саратов, 1929. — С. 81.

Ця позиція знайшла підтримку і в сучасній юридичній літературі[1] (щоправда, висловлюються і інші думки — на підтримку позиції О. О. Красавчикова[2]).

Ми поділяємо позицію тих вчених, хто кваліфікує дії по виконанню договірного зобов'язання як односторонній правочин. Проте така кваліфікація є неповною, оскільки не містить відповідь на питання щодо виду, правової природи та спеціальних юридичних підстав таких односторонніх правочинів.

Уявляється, що виконання обов'язку в договірному зобов'язанні є *односторонньо-зобов'язуючим правочином*, тобто таким одностороннім актом суб'єкта цього зобов'язання, завдяки якому відбувається вплив на правову сферу інших осіб. Односторонньо-зобов'язуючі правочини є «чистими» юридичними фактами: вони не регламентують змісту прав і обов'язків, а лише відповідно до норм об'єктивного права є підставами, що впливають на зміну чи припинення правовідносин[3].

Виконання зобов'язання може бути *активним*, якщо боржник виконує певні, передбачені зобов'язанням дії (передає майно, виконує роботу, надає послугу, сплачує гроші тощо), або *пасивним,* якщо боржник утримується від певної дії. Термін «пасивне виконання», на наш погляд, є більш вдалим для позначення утримання від певної дії, ніж вживаний О. С. Іоффе термін «негативна поведінка». Разом з тим, варто погодитися з О. С. Іоффе в тому, що утримання від певних дій неодмінно супроводжує активну діяльність боржника, а не замінює її[4]. Інакше кажучи, «чисто негативна поведінка (утримання від вчинення будь-яких дій) може бути лише доповненням або наслідком виконуваної боржником активної функції»[5]. У випадку негативного зобов'язання (термін, що вживався К. П. Побєдоносцевим. —

---

[1] Цивільне право України: Підручник: У 2 т. / За заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — Т. 2. — С. 20; Цивільне право України: Підручник: У 2-х кн. / О. В. Дзера (керівник авт. кол.), Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін.; За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. 2-е вид. допов. і перероб. — К.: Юрінком Інтер, 2003. — Кн. 1. — С. 659.

[2] *Утєхін І.* Дії з виконання договору // Юридична Україна. — 2005. — № 1. — С. 30.

[3] *Алексеев С. С.* Односторонние сделки в механизме гражданско-правового регулирования // Антология уральской цивилистики. 1925—1989. Сборник статей. — С. 64—66.

[4] *Иоффе О. С.* Обязательственное право. — С. 8.

[5] *Там само.* — С. 13—14. М. Сібільов підкреслює, що договірні зобов'язання — це зобов'язання з позитивним змістом. Окремі елементи негативного змісту в договірних зобов'язаннях не змінюють його позитивного змісту в цілому (*Сібільов М.* Ознаки та поняття договору в сфері приватного права // Вісник Академії правових наук України. — 2002. — № 4 (31). — С. 92).

Т. Б.) особа зобов'язується не робити будь-чого такого, що вправі була б робити, якби не була зв'язана договором[1].

Вживаючи терміни активне і пасивне *виконання зобов'язання* (курсив наш. — Т. Б.), ми відрізняємо їх від активної і пасивної сторони зобов'язання, про які писав ще М. М. Агарков, маючи на увазі під активною стороною зобов'язання право вимоги кредитора, а під пасивною — відповідний обов'язок боржника[2].

3) Виконання зобов'язання є однією з підстав його припинення. Як зазначено в ч. 1 ст. 598 ЦК України, зобов'язання припиняється частково або у повному обсязі на підставах, встановлених договором або законом. Зокрема, зобов'язання припиняється виконанням, проведеним належним чином (ст. 599 ЦК).

Встановлені ст. 526 ЦК України загальні умови (засади) виконання зобов'язання передбачають наявність п'яти видів стандартів поведінки, з якими має бути узгоджена поведінка суб'єктів виконання. Це:

умови договору;

вимоги Цивільного кодексу;

вимоги інших актів цивільного законодавства;

звичаї ділового обороту;

інші вимоги, що зазвичай ставляться.

Крім цього призначення зазначені умови (у деяких випадках окремі з них) є тими підставами, що можуть змінювати загальне правило, встановлене тією або іншою нормою ЦК України. Прикладом може бути ст. 529 ЦК України, згідно з якою кредитор має право не приймати від боржника виконання його обов'язку частинами (загальне правило. — Т.Б.), якщо інше не встановлено договором, актами цивільного законодавства або не випливає із суті зобов'язання чи звичаїв ділового обороту (підстави, що можуть змінювати загальне правило. — Т.Б.). Подібні винятки із загальних правил, передбачені, наприклад, ч. 2 ст. 530, ст. 531, ч. 2 ст. 532, ч. 2 ст. 533, ч. 2 ст. 538 ЦК України тощо.

Хоча у всіх законодавчих і підзаконних нормативно-правових актах радянського періоду зазначалося, що саме договір є основним документом, у якому визначаються права і обов'язки сторін, у ЦК УРСР пріоритет в регулюванні суспільних відносин надавався закону, акту планування, а за ними вже потім ішли договір і вимоги, що звичайно ставляться (ст. 161, 163, 165, 166 ЦК УРСР).

---

[1] *Победоносцев К. П.* Курс гражданского права: В 3-х т. Т. 3 / Под ред. В. А. Томсинова. — М.: Зерцало, 2003. — С. 16.

[2] *Агарков М. М.* Избранные труды по гражданскому праву. В 2-х т. Т. I. — С. 177.

Принципово інша позиція втілена у новому ЦК України, який на перше місце серед регуляторів цивільних відносин взагалі, і відносин, що складаються при виконанні зобов'язання зокрема, поставив договір. Зазначаючи на цю обставину в проекті ЦК України, З. В. Ромовська підкреслює, що у сфері договірних відносин закон перестає вважатися істиною в останній інстанції[1].

Саме провідною роллю договору, як регулятора суспільних відносин, можна пояснити появу в цивільному законодавстві норм, присвячених тлумаченню договору.

Договором згідно з ч. 1 ст. 626 ЦК України є домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Визначення договору як домовленості передбачає, що сторони договору мають домовитися, тобто досягти згоди з усіх умов (пунктів)[2] майбутнього договору. Серед цих умов першочергове значення мають ті умови, що прямо і безпосередньо стосуються виконання сторонами договору взятих на себе зобов'язань, тобто умови, що містять в собі елементи (їх частини) належного виконання зобов'язання, встановлюють стандарт (правило, еталон) поведінки сторін зобов'язання на різних стадіях його виконання.

Відповідність поведінки (вчинення певних дій або утримання від дій) зобов'язаної сторони (боржника) умовам договору, в яких зафіксовані такі елементи виконання зобов'язання як предмет, суб'єкти, місце, строк (термін) та спосіб, дає підстави оцінювати її (поведінку) як виконання зобов'язання належним чином. І, навпаки, невідповідність поведінки боржника хоч би одному із параметрів, встановлених умовами договору, є доказом неналежного виконання.

Хоча свобода договору є одним із найважливіших принципів цивільного законодавства і диспозитивність у регулюванні цивільно-правових відносин дає можливість більш повно враховувати волевиявлення конкретних сторін договору, *вимоги Цивільного кодексу та інших актів цивільного законодавства* продовжують залишатися одним із основних регуляторів поведінки суб'єктів договірного зобов'язання.

---

[1] *Ромовська З.В.* Проблеми загальної теорії права у проекті Цивільного кодексу України: Кодифікація приватного (цивільного) права України / За ред. проф. А. Довгерта. — К.: Український центр правничих студій, 2000. — С. 42.

[2] На нашу думку, вжиті в ч. 1 ст. 628 ЦК України терміни «умови» і «пункти» не можна розглядати як тотожні, оскільки умова описує, яким чином повинна поводити себе та або інша сторона договору в конкретній ситуації, а пункт є формою опису цієї поведінки.

Такий висновок ґрунтується на тому, що, ***по-перше***, у самому ЦК України міститься досить істотне застереження щодо вільного волевиявлення сторін: сторони в договорі не можуть відступити від положень актів цивільного законодавства, якщо в цих актах прямо вказано про це, а також у разі якщо обов'язковість для сторін актів цивільного законодавства випливає з їх змісту або із суті відносин між сторонами. В Україні існує досить багато нормативно-правових актів, що обмежують вільне волевиявлення учасників цивільних відносин при реалізації ними принципу свободи договору. Сподіватися ж на те, що найближчим часом їх кількість зменшиться, поки що немає підстав.

По-друге, загальні обмежувальні чинники поведінки суб'єктів цивільних відносин, встановлені статтями 13 і 14 ЦК України, стосуються головним чином суб'єктів саме зобов'язальних відносин як найдинамічнішої частини цивільних відносин, в якій переважно і здійснюються цивільні права та виконуються цивільні обов'язки. На нашу думку, ці загальні обмежувальні заходи до певної міри стримують дію принципу свободи договору, якщо вона може зашкодити суспільним (публічним) інтересам.

Оскільки в самому ЦК України (ч. 2 ст. 9) встановлено, що законом можуть бути передбачені особливості регулювання майнових відносин у сфері господарювання (таким законом на сьогодні є, зокрема, ГК України, прийнятий одночасно з ЦК України), то слід враховувати і ті положення ГК України, що встановлюють умови виконання договірних зобов'язань у сфері господарювання:

а) суб'єкти господарювання та інші учасники господарських відносин повинні виконувати господарські зобов'язання належним чином відповідно до закону, інших правових актів, договору, а за відсутності конкретних вимог щодо виконання зобов'язання — відповідно до вимог, що у певних умовах звичайно ставляться (абз. 1 ч. 1 ст. 193 ГК);

б) до виконання господарських договорів застосовуються відповідні положення Цивільного кодексу України з урахуванням особливостей, передбачених Господарським кодексом (абз. 2 ч. 1 ст. 193 ГК).

Наведені норми дають відповідь на питання, який з кодексів має пріоритет у застосуванні його положень щодо умов виконання договірних зобов'язань у сфері господарювання, проте не дають підстав відносити ГК України до актів цивільного законодавства, щодо яких йдеться в ч. 3 ст. 6 ЦК України. Тому питання щодо співвідношення норм ЦК і ГК України при застосуванні їх стосовно виконання договірних зобов'язань хоч і викликає дискусії, проте залишається без чіткої і однозначної відповіді.

Звичаї як самостійний вид правил поведінки суб'єктів мають певні особливості, що дозволяють відрізнити їх від інших елементів системи соціальних норм. Головна їх особливість полягає в способі їх виникнення і формування. Крім цього, виділяють і такі риси звичаїв, як специфіка їх дії у певному суспільному середовищі, конкретизована норма поведінки, локальна сфера дії, стійкий характер дії тощо[1].

Звичай як новий для сучасного цивільного законодавства[2] регулятор цивільних відносин[3] встановлений ст. 7 ЦК України, згідно з якою звичаєм є правило поведінки, яке не встановлене актами цивільного законодавства, але є усталеним у певній сфері цивільних відносин. Використання звичаю у суспільних відносинах, що регулюються правом, дало підстави іменувати його правовим звичаєм[4].

В літературі висловлені протилежні точки зору щодо віднесення звичаю до джерел права. Так, Є. О. Суханов зазначає, що російське цивільне право надає звичаям, що склалися у сфері зобов'язальних відносин, значення джерела права[5]. Джерелом права називає правовий звичай і М. І. Брагінський[6].

На думку інших вчених, самі по собі ділові звичаї не є джерелом цивільного права, проте у випадку санкціонування державою ділового звичаю він набирає юридичної сили правової норми і входить до системи цивільного законодавства[7]. Видається, що ця позиція, яка підтримується і в українській цивілістичній літературі[8], є більш

---

[1] *Кулажников М. Н.* Право, традиции и обычаи в советском обществе. — Р-н-Д.: Ростовск. ун-т, 1972. — С. 46—47.

[2] В радянському праві звичаю відводилася досить обмежена роль. Р. Давид пояснював цей факт тим, що повна перебудова суспільства і навіть самої людини, що передбачається при побудові комунізму, пов'язана з революційним переворотом, ніяким чином не сумісним зі звичаями минулої епохи (*Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Зазнач. праця. — С. 188).

[3] В російській науці цивільного права з'явилися цікаві монографічні дослідження, присвячені звичаю і звичаєвому праву (*Зумбулидзе Р.-М. З.* Обычное право как источник гражданского права // Обычай в праве: Сборник. — СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. — С. 8—196; *Поротиков А. И.* Обычай в гражданском обороте // Обычай в праве: Сборник. — С. 197—380).

[4] *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Книга 1: Общие положения. — С. 63.

[5] Гражданское право: В 2 т. Т. II. Полутом 1: Учебник / Отв. ред. проф. Е. А. Суханов. — С. 68.

[6] *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Зазнач. праця. — С. 66. *Канашевский В. А.* Международный торговый обычай и его место в правовой системе Российской Федерации // Журнал российского права. — 2003. — № 8. — С. 127.

[7] Гражданское право. Т. 1. Учебник. Изд. 5-е, перераб. и доп. / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — С. 42.

[8] Цивільне право України: Академічний курс: Підручник: У 2 т. / За заг. ред. Я. М. Шевченко. — Т. 1. Загальна частина. — С. 25.

обґрунтованою, проте потребує певного уточнення, а саме: предметом санкціонування державою є не сам звичай, як конкретне правило поведінки, а тільки можливість його використання для вирішення у встановленому порядку визначених питань[1].

Стаття 7 ЦК України називає лише один із видів звичаю — звичай ділового обороту, проте в кодексі є посилання і на інші види звичаю, такі, як: звичай національної меншини (ч. 1 ст. 28 ЦК) та місцевий звичай (ст. 333 ЦК). Проте саме термін «звичаї ділового обороту» найчастіше вживається в ЦК України. Переважно це зроблено в тих статтях, норми яких регулюють загальні положення щодо виконання зобов'язання, а також виконання окремих видів зобов'язань. Наприклад, ст. 527 ЦК України встановлює, що боржник зобов'язаний виконати свій обов'язок, а кредитор прийняти виконання особисто, якщо інше не встановлено договором або законом, не випливає із суті зобов'язання чи *звичаїв ділового обороту* (курсив наш. — Т.Б.). Подібні конструкції вжито в статтях 529, 531, 532, 538, 539, 613, 627, 630, 654 ЦК України тощо.

Аналіз наведених норм дає підставу для загального висновку про те, що законодавець невиправдано обмежив можливість застосування звичаїв при виконанні зобов'язання лише звичаями ділового обороту. Останні властиві для виконання договорів, що укладаються у сфері господарювання, проте крім комерційних (господарських) договорів учасники цивільних відносин укладають ще і чимало договорів, спрямованих на задоволення особистих, споживчих потреб (договорів споживання). Умови виконання зобов'язань за такими договорами можуть визначатися звичаями (у тому числі місцевими звичаями і традиціями, звичаями національних меншин), але ця обставина не знайшла відображення в законі. За таких міркувань вважаємо, що зазначену прогалину можна усунути, доповнивши ст. 526 ЦК України перед словами «звичаїв ділового обороту» словами «звичаїв, зокрема».

Прикладом широкого застосування звичаїв ділового обороту, які у міжнародному праві і в чинному законодавстві іменуються «звичаями» (Уніфіковані правила та звичаї для документарних акредитивів (редакція 1993 р., публікація МТП № 500), «будь-якими звичаями» (п. 1 ст. 9 Конвенції Організації Об'єднаних Націй про договори міжнародної купівлі-продажу товарів від 11 квітня 1980 р.[2]), «торговими звичаями» (п. 1 ст. VII Європейської конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж[3]), «звичаями порту чи певної сфери торгівлі»

---

[1] *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Книга 1: Общие положения. — С. 63.

[2] Юридичний вісник України. — 2001. — № 40.

[3] Ведомости Верховного Совета СССР. — 1964. — № 44. — Ст. 485.

(ІНКОТЕРМС. Офіційні правила тлумачення торговельних термінів Міжнародної торгової палати (редакція 2000 року). Видання МТП № 560[1]), «торговими та іншими чесними звичаями» (ст. 3 Закону України від 2 грудня 1997 р. «Про торгово-промислові палати в Україні»[2]), є сфера зовнішньоекономічної діяльності.

Термін «торгові та інші чесні звичаї» застосовується і у сфері захисту економічної конкуренції (статті 6, 8, 13 Закону України від 11 січня 2001 р. «Про захист економічної конкуренції»[3]).

Термін «звичаї» вживається у Кодексі торговельного мореплавства України, де йдеться, наприклад, про «звичаї торговельного мореплавства» (статті 6, 293, 295), «звичаї» (ст. 146), «звід звичаїв порту» (ст. 78) тощо.

Отже слід погодитися з тими авторами, хто вважає, що за своєю правовою характеристикою звичаї, торгові звичаї, звичаї торговельного мореплавства можуть бути віднесені до звичаїв ділового обороту[4].

Необхідно, проте, мати на увазі, що звичай ділового обороту, що суперечить договору або актам цивільного законодавства, у цивільних відносинах не застосовується (ч. 2 ст. 7 ЦК). На нашу думку, наведена норма спростовує уяву про звичай ділового обороту як про джерело права. Таким чином, звичай (звичай ділового обороту) підпорядкований договору та актам цивільного законодавства і носить диспозитивний характер[5]. Навіть в англійському праві, де поряд з судовою практикою та законом існує третє джерело — звичай (*custom*), його значення досить другорядне і не йде у порівняння з основними джерелами англійського права[6].

Зобов'язання, щодо яких відсутні умови договорів, вимоги ЦК України та інших актів цивільного законодавства, мають виконуватися відповідно до звичаїв ділового обороту або *інших вимог, що звичайно ставляться.*

Граматичне тлумачення заключної частини норми, встановленої ст. 526 ЦК України, дає підстави для висновку, що звичаї ділового обороту є частиною більш широкого поняття — «інших вимог, що звичайно ставляться». Таке розуміння співвідношення звичаю і звичайного, на наш погляд, не суперечить висловленій у літературі думці, що «звичайне» не є синонімом «звичаю»[7].

---

[1] Урядовий кур'єр. — 2002. — 3 квітня; Урядовий кур'єр. — 2002. — 10 квітня.

[2] Відомості Верховної Ради України. — 1998. — № 13. — Ст. 52.

[3] Там само. — 2001. — № 12. — Ст. 64.

[4] *Канашевский В. А.* Зазнач. праця. — С. 136.

[5] Гражданское право. Т. I: Учебник для вузов (академический курс). Отв. ред.: М. К. Сулейменов, Ю. Г. Басин. — С. 37.

[6] *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Зазнач. праця. — С. 262.

[7] *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Книга первая: Общие положения. — С. 69.

Чинний ЦК України містить чимало посилань на такі «звичайні» вимоги. Це стосується, зокрема, ціни договору, яка у разі якщо вона не встановлена у договорі і не може бути визначена виходячи з його умов, визначається виходячи із звичайних цін (ч. 4 ст. 632 ЦК); якості товару, який має бути придатний для мети, з якою товар такого роду звичайно використовується (ч. 2 ст. 673 ЦК). Аналогічні посилання на «звичайні» вимоги вжиті в ЦК України щодо комплектності товару (ч. 2 ст. 682 ЦК), тари та упаковки (ч. 2 ст. 685 ЦК), ціни товару (ч. 1 ст. 691 ЦК) тощо. Щодо зовнішньоекономічної діяльності «звичайні» вимоги широко вживаються в Правилах ІНКОТЕРМС, чимало посилань на них вміщує Кодекс торговельного мореплавства України: «звичайна практика морського агентування» (ст. 117), «звичайно прийняті терміни» доставки вантажу (ст. 160), «звичайний спосіб приймання вантажу» (ст. 166) тощо.

Ще однією умовою з точки зору відповідності їй виконання зобов'язання є суть зобов'язання. В ЦК України термін «суть» вживається досить часто і стосується суті відносин (ч. 3 ст. 6, ч. 1 ст. 51 ЦК), суті одностороннього правочину (ч. 5 ст. 202 ЦК), суті договору (ч. 5 ст. 626, ч. 2 ст. 628, частини 2, 4 ст. 636 ЦК тощо). Проте найчастіше вживається в кодексі словосполучення «суть зобов'язання». Так, згідно з ч. 1 ст. 528 ЦК України виконання обов'язку може бути покладено боржником на іншу особу, якщо з умов договору, вимог цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства або *суті зобов'язання* (курсив наш. — Т.Б.) не випливає обов'язок боржника виконати зобов'язання особисто. Аналогічні терміни, поняття та зміст яких в цивільному законодавстві не розкривається, вжито також у статтях 527, 529, 531, 532, 538, 539, 652, 683, 684, 704 та інших ЦК).

Між тим, термін «суть зобов'язання» у певних випадках, встановлених статтями ЦК України, можна розглядати як одну із засад, що має враховуватися суб'єктами договірного зобов'язання при його виконанні. За таких обставин, з урахуванням значення вищеназваних термінів та предмета цього дослідження постає потреба у з'ясуванні поняття «суть зобов'язання».

Зазвичай правовідношення (в т. ч. зобов'язальне) розглядається як результат правового регулювання суспільного відношення, специфічна форма реалізації правових норм. Проте із аналізу змісту сучасного цивільного законодавства можна зробити висновок про те, що крім правових норм, регулятором суспільних відносин, внаслідок впливу яких останні набувають форми зобов'язальних правовідносин, виступають у випадках, встановлених законом, і інші засоби регулювання поведінки суб'єктів договірного зобов'язання: договір,

звичай ділового обороту, суть зобов'язання. У будь-якому разі такий висновок можна зробити із змісту статей 527—529, 531, 532, 538, 539 тощо ЦК України, в яких зазначені регулятори називаються як додаткові або альтернативні поряд з правовими приписами.

Аналізуючи ст. 526 ЦК України, доходимо висновку, що законодавець не визначає таку засаду виконання зобов'язання як відповідність його (виконання) суті зобов'язання у разі, якщо вимоги щодо поведінки суб'єктів зобов'язання не встановлені договором, ЦК чи іншими актами цивільного законодавства або не випливають із звичаїв ділового обороту або інших вимог, що звичайно ставляться. Жоден із цих стандартів поведінки суб'єктів зобов'язання аж ніяк не можна розглядати як суть зобов'язання — стандарт поведінки, якому можуть слідувати суб'єкти зобов'язання у випадках, встановлених положеннями зазначених вище статей ЦК України. На підставі цього можна констатувати, що суть зобов'язання має бути віднесена, крім зазначених у ст. 526 ЦК України, до стандартів поведінки учасників зобов'язального правовідношення на стадії його виконання.

На нашу думку, з урахуванням викладеного, доцільно доповнити ст. 526 ЦК України частиною 2 про те, що:

«*У випадках, встановлених цим Кодексом, виконання зобов'язання може здійснюватися виходячи із суті зобов'язання*».

Хоча ст. 526 чинного ЦК України фактично повторює назву ст. 161 ЦК УРСР — «Загальні умови виконання зобов'язання», насправді у ній йдеться про необхідність дотримання певних вимог (стандартів) виконання зобов'язання, що закріплені, зокрема, в умовах договору, вимогах ЦК України та інших актах цивільного законодавства, а за відсутності таких умов та вимог — у звичаях ділового обороту або інших вимогах, що звичайно ставляться. Таким чином, належне виконання зобов'язання («належним чином» — згідно з термінологією ст. 526 ЦК) має відповідати умовам договору і «вимогам», а тому некоректною уявляється назва ст. 526 ЦК України, виходячи з якої *умовами виконання зобов'язання є відповідність виконання умовам договорів*.

Очевидно такою, що відповідала б змісту ст. 526 ЦК України, була б її назва: «Загальні положення щодо виконання зобов'язання» або «Загальні засади виконання зобов'язання». При цьому ми не ототожнюємо поняття «засади» з принципами виконання зобов'язання, під якими слід розуміти основні ідеї, що лежать в основі побудови інституту зобов'язального права[1].

[1] Популярна юридична енциклопедія. — С. 405.

Те, що в юридичній літературі іноді називають умовами виконання зобов'язань[1], доцільно іменувати, як це робить М. І. Брагінський, елементами належного виконання зобов'язання[2].

Важливе значення для характеристики виконання договірного зобов'язання мають визначені законом (або такі, що випливають із закону) *засади виконання договірного зобов'язання*.

Крім загальних засад цивільного законодавства, встановлених ст. 3 ЦК України, на наш погляд, є підстави для виділення певних засад, прямо не названих цивільним законом принципами, але які формуються під впливом дії правових норм окремих, конкретних інститутів і підінститутів цивільного законодавства. Однією з таких засад є, зокрема, принцип належного виконання договірного зобов'язання.

В. В. Луць, підкреслюючи, що особливе значення мають загальні засади виконання цивільних зобов'язань, які набувають форми їхніх принципів, ототожнює, по суті, основні засади виконання зобов'язань з принципами їх виконання і відносить (як і багато інших вчених[3]) до основних цивільно-правових засад виконання зобов'язання принципи реального і належного виконання[4]. Подібні принципи називаються і російськими цивілістами[5], хоч в деяких роботах російських вчених, крім зазначених, називаються і інші принципи: недопущення односторонньої відмови боржника від виконання зобов'язання, розумності і добросовісності[6].

Належне виконання — це не лише зазначення на мету, якої бажають досягти сторони зобов'язання, укладаючи договір і визначаючи в ньому умови та елементи виконання. Це той стандарт поведінки, якому мають слідувати суб'єкти зобов'язання для того, щоб досягти зазначеної мети. Це і критерій, за яким сторони, а у разі спору — суд, дають оцінку реальним діям сторін зобов'язання

---

[1] Гражданское право: В 2 т. Т. II, Полутом 1: Учебник / Отв. ред. проф. Е. А. Суханов. — С. 44.

[2] *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Книга первая: Общие положения. — С. 425.

[3] Огляд висловлених з приводу принципу реального виконання думок див.: *Павлов А. А.* Присуждение к исполнению обязанности в натуре как способ защиты гражданских прав в обязательственных правоотношениях. — СПб: Юридический центр Пресс, 2001. — С. 84—100.

[4] Цивільне право України: Підручник: У 2-х кн. Кн. 1. / О. В. Дзера (керівник авт. кол.), Д. В.Боброва, А. С. Довгерт та ін.; За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. — С. 659.

[5] Гражданское право. Том 1: Учебник. Изд. 5-е, переработанное и дополненное / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — М.: ПБОЮЛ Л. В. Рожников», 2001. — С. 517—518.

[6] Гражданское право: В 2-х т. Т. II, Полутом 1: Учебник / Отв. ред. проф. Е. А. Суханов. — С. 42—44.

по виконанню своїх обов'язків. Тому не можна погодитися з тими авторами, хто стверджує, що про принцип належного виконання можна говорити хіба що з великим ступенем умовності, оскільки сьогодні він містить стільки винятків, що перетворився, скоріше, в загальну умову, що включає такі елементи («параметри» виконання) як предмет виконання, місце, спосіб, строк, суб'єкти виконання тощо[1]. Водночас слід погодитися з Ф. І. Гавзе, на думку якого, реальне виконання не слід ототожнювати з вимогою належного виконання договірних зобов'язань. Передання боржником предмета зобов'язання з простроченням буде реальним виконанням, оскільки предмет зобов'язання переданий в натурі, але разом з тим це не буде належним виконанням, оскільки строк його порушено[2].

Кваліфікація належного і реального виконання як принципів виконання зобов'язання породило в науковій і навчальній літературі дискусію щодо їх співвідношення, яка триває і до цього часу[3].

Що стосується принципу реального виконання, то навіть за часів існування ЦК УРСР висловлювалася думка, що реальне виконання не є самостійним принципом зобов'язального права, а складає лише одну із вимог, умову, аспект належного виконання зобов'язання стосовно його предмета[4]. Для того, щоб принцип можна було розглядати як самостійний, за ним має приховуватися закономірність, що відрізняється від вже існуючої або за своїм характером, або за колом явищ, яких вона стосується[5]. Цього не спостерігаємо стосовно виконання в натурі.

Не внесло ясності у вирішення цього питання і прийняття нового ЦК України, хоч в літературі і зазначається, що новий ЦК України виходить з того, що в умовах ринкової економіки роль принципу реального виконання поступово зменшуватиметься[6].

Водночас порівняльний аналіз відповідних положень ЦК УРСР 1963 р. і чинного ЦК України щодо виконання зобов'язання в на-

---

[1] Гражданское право: Учебн. для вузов: Часть первая. — С. 357.

[2] *Гавзе Ф. И.* Социалистический гражданско-правовой договор. — М.: Юрид. лит., 1972. — С. 148; Общие положения обязательственного права: Учебное пособие для студентов факультета советского строительства. — М., 1980. — С. 37.

[3] *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Книга первая: Общие положения. — С. 418—420; *Завидов Б. Д., Гусев О. Б.* Гражданско-правовая ответственность. Справочник практикующего юриста. — Р-центр, 2000. — С. 63—64; Цивільне право України: Підручник: У 2-х кн. Кн. 1. — 2004. — С. 659—660.

[4] *Толстой В. С.* Зазнач. праця. — С. 57.

[5] Там само. — С. 47.

[6] *Сибільов М. М.* Структура та основний зміст загальних положень про зобов'язання у проекті нового Цивільного кодексу України // Кодифікація приватного (цивільного) права України / За ред. проф. А. Довгерта. — К.: Український центр правничих студій, 2000. — С. 219.

турі свідчить про істотні розбіжності у змісті правових норм цих актів, що, на нашу думку, можна пояснити відмовою від тотального державного планування господарської діяльності і переходом до формування ринкових відносин в економіці України, а також проголошенням в ЦК України (ст. 3) свободи договору однією із загальних засад цивільного законодавства.

Реальне виконання зобов'язання, яке підноситься до рівня принципу зобов'язального права практично всіма авторами, ґрунтувалося на положеннях ст. 207 ЦК УРСР, відповідно до якої сплата неустойки (штрафу, пені), встановленої на випадок прострочення або іншого неналежного виконання зобов'язання, і відшкодування збитків, завданих неналежним виконанням, не звільняють боржника від виконання зобов'язання в натурі, крім випадків, коли планове завдання, на якому основане зобов'язання між соціалістичними організаціями, втратило силу. Порівнюючи виконання договору з позицій буржуазного права і радянського законодавства, Р. Давид зазначав, що буржуазне право бачить у договорі просто вартість певного майна і можливість одержання прибутку сторонами. Тому воно у разі невиконання охоче допускає еквівалент виконання договірного зобов'язання, а саме: сторона, яка не виконала зобов'язання, зобов'язується сплатити своєму контрагенту збитки. З точки зору радянського права еквівалент виконання договірного зобов'язання не може задовольнити соціалістичне підприємство, оскільки мета останнього не зводиться до одержання прибутку. Головна мета — це виконання плану, яке залежить від реального виконання договорів[1].

Радянська наука цивільного права відносила положення щодо реального виконання договірних зобов'язань до числа найважливіших принципів соціалістичного договірного права, визнаючи, що в основі дії цього принципу лежить «планова природа соціалістичного народного господарства і обов'язок виконання плану»[2].

Цікаво відзначити, що проект нового ЦК України, підготовлений до другого читання[3], передбачав два можливих варіанти співвід-

---

[1] *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Зазнач. праця. — С. 205.

[2] *Гавзе Ф. И.* Социалистический гражданско-правовой договор. — С. 153. Сам Ф. І. Гавзе, проте, зазначав, що таке теоретичне обґрунтування принципу реального виконання є недостатнім і вважав, що в основі цього принципу лежить мета повного задоволення потреб сторін в договорі, які можуть бути задоволені лише виконанням договірного зобов'язання в натурі, а не заміною його будь-яким сурогатом (Там само. — С. 154).

[3] Цивільний кодекс України. Проект, прийнятий Верховною Радою України в першому читанні 5 червня 1997 р. // Українське право. — 1999. — Число 1. Аналогічні за змістом норми містяться, наприклад, в ст. 396 ЦК Російської Федерації, ст. 354 ЦК Республіки Казахстан.

ношення відповідальності і виконання зобов'язання в натурі: 1) сплата неустойки і відшкодування збитків, що спричинені *неналежним виконанням* (курсив наш. — Т.Б.) зобов'язання, не звільняють боржника від виконання зобов'язання в натурі, якщо інше не передбачено законом або договором (ч. 1 ст. 635 проекту ЦК); 2) відшкодування збитків у разі *невиконання* зобов'язання і сплата неустойки за його *невиконання* (курсив наш. — Т.Б.) звільняють боржника від виконання зобов'язання в натурі, якщо інше не передбачено законом або договором (ч. 2 ст. 635 проекту ЦК).

В подальшому ці положення зазнали змін, оскільки законодавець відмовився від диференціації наслідків невиконання чи неналежного виконання зобов'язання, і в чинному ЦК України (ч. 1 ст. 622 ЦК) закріплене правило, за яким боржник, який сплатив неустойку і відшкодував збитки, завдані порушенням зобов'язання, не звільняється від обов'язку *виконати зобов'язання в натурі* (курсив наш. — Т.Б.), якщо інше не встановлено договором або законом.

Зі змісту цієї статті, вміщеної, до речі, не в Главі 48 ЦК України, положення якої регулюють виконання зобов'язання, а в Главі 51 ЦК України, що встановлює правові наслідки порушення зобов'язання і відповідальність за порушення зобов'язання, випливає кілька положень, що є принципово важливими для з'ясування змісту реального виконання.

По-перше, вимога щодо виконання зобов'язання в натурі стосується лише випадків порушення зобов'язання боржником і застосування до нього заходів майнової відповідальності (наприклад, згідно з ч. 1 ст. 552 ЦК України сплата (передання) неустойки не звільняє боржника від виконання свого обов'язку в натурі) і вже з цієї причини не може розглядатися як принцип виконання зобов'язання в інших випадках, коли зобов'язання виконується належним чином.

По-друге, на відміну від ст. 208 ЦК УРСР, яка не лише прямо встановлювала, що зобов'язання повинно бути виконано в натурі, але і передбачала наслідки такого невиконання (частини 2—4 ст. 208 ЦК УРСР), в чинному ЦК подібні норми відсутні.

По-третє, із загального правила, встановленого ч. 1 ст. 622 ЦК України щодо виконання зобов'язання в натурі, зроблено кілька винятків, які виключають його застосування:

а) якщо інше встановлено договором або законом (ч. 1 ст. 622 ЦК). Ця вказівка закону дає підстави кваліфікувати норму ст. 622 ЦК України щодо виконання зобов'язання в натурі як таку, що має диспозитивний характер;

б) якщо кредитор відмовився від договору (в тому числі — від прийняття виконання, яке внаслідок прострочення втратило для

нього інтерес). Згідно з ч. 1 ст. 615 ЦК України у разі порушення зобов'язання однією стороною друга сторона має право частково або в повному обсязі відмовитися від зобов'язання, якщо це встановлено договором або законом;

в) внаслідок передання відступного (ст. 600 ЦК). Передання відступного — це спосіб припинення зобов'язання шляхом передання майна, грошей, робіт, послуг, інших благ замість його виконання, заснований на угоді сторін зобов'язання, відповідно до якої встановлюється розмір, строки і порядок такої заміни.

Предметом відступного можуть бути гроші та інші відчужувані об'єкти цивільних прав, зазначених у ст. 177 ЦК України.

Предмет відступного передається кредитору до виконання основного зобов'язання і звільняє боржника від його виконання. Якщо відступне передається після того, як зобов'язання порушене, то це або збитки, або неустойка.

Оскільки розмір відступного встановлюється сторонами, він не обов'язково повинен співпадати з розміром виконання за зобов'язанням. З урахування того, що відступне є правочином, на нього поширюються всі нормативні вимоги, що визначають правовий режим правочинів (гл. 16 ЦК).

Зазначені винятки навряд чи дають підстави визнавати виконання зобов'язання в натурі принципом виконання зобов'язання. Іншими словами: ці винятки спростовують дію принципу реального виконання. Тому і ЦК України не називає виконання в натурі принципом виконання зобов'язання.

Крім того, не можна не враховувати справедливе, на наш погляд, зауваження В. І. Сенчищева про те, що цивільне право не має таких засобів, за допомоги яких можна було б домогтися виконання того або іншого зобов'язання в натурі. Навіть судове рішення, на думку автора, винесене за позовом кредитора про спонукання боржника до виконання зобов'язання в натурі, навряд чи додасть чогось до обов'язкової сили договору, з якого виникло зобов'язання[1].

У зв'язку з вирішенням завдання адаптації законодавства України (в тому числі — цивільного) до законодавства Європейського Союзу певний інтерес становить вирішення проблеми реального виконання зобов'язання в європейському праві.

Так, в ст. 28 Конвенції Організації Об'єднаних Націй про договори міжнародної купівлі-продажу товарів від 11 квітня 1980 року (Віденська конвенція 1980 р.) встановлено, що у разі вимоги однієї із сторін виконати якесь зобов'язання іншою стороною суд не буде зобов'язаний виносити рішення про виконання в натурі, крім

[1] *Сенчищев В. И.* Объект гражданского правоотношения. — С. 128—129.

випадків, коли він зробив би це на підставі свого власного закону щодо аналогічних договорів купівлі-продажу, які не регулюються зазначеною Конвенцією.

Таким чином, Віденська конвенція 1980 р. встановила правило щодо можливості вимагати поставки товарів, якщо інше не встановлено законом країни суду *(lex fori)*.

Принципи міжнародних комерційних договорів (Принципи УНІДРУА) від 1 січня 1994 р., що розглядаються як одне з основних джерел *lex mercatoria*[1], також обмежують право кредитора вимагати виконання негрошового зобов'язання в натурі, встановивши, що така вимога неможлива, якщо:

а) виконання неможливе юридично або фактично;

б) виконання або, у відповідних випадках, примусове виконання є нерозумно обтяжливим або дорогим;

в) сторона, яка має право на виконання, може розумно отримати виконання з іншого джерела;

г) виконання має виняткова особистий характер; або

д) сторона, яка має право на виконання, не вимагає його в розумний строк після того, як вона дізналась або повинна була дізнатися про невиконання (ст. 7.2.2 Принципів УНІДРУА).

Схожі за своїм змістом правила закріплені і в розроблених Комісією з європейського договірного права ЄС Принципах європейського договірного права[2].

Подібних обмежень не містить ст. 7.2.1 Принципів УНІДРУА, в якій йдеться про виконання грошового зобов'язання.

З наведених прикладів бачимо, що і в європейському праві та торгових звичаях виконання зобов'язання в натурі не розглядається як принцип виконання зовнішньоекономічних контрактів. Аналіз положень Закону України від 16 квітня 1991 р. «Про зовнішньоекономічну діяльність» свідчить про те, що такий принцип невідомий і нашому національному законодавству, яким регулюються відносини щодо виконання зовнішньоекономічних договорів (контрактів).

З цих же мотивів уявляється безпідставним визнання принципом виконання зобов'язання реального виконання[3], яке ототожнюють з

---

[1] *Мережко А. А.* Транснациональное торговое право (lex mercatoria). — К.: Таксон, 2002. — С. 39—43.

[2] Principles of European Contract Law, Editor: O. Lando, H. Beal. Part 1: Performance, №on-Performance and Remedies. Dordreht, 1995.

[3] І. С. Канзафарова стверджує про доцільність виділення трьох принципів виконання зобов'язань: принципу реального виконання, принципу належного виконання, принципу добросовісності та розумності (Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар: У 2 ч. / За заг. ред. Я. М. Шевченко. — К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2004. — Ч. 2. — С. 19).

виконанням в натурі (термін «реальне виконання» взагалі не вживається в чинному ЦК), а тому і дискусія, щодо якої йшлося вище, стосовно співвідношення понять належного і реального виконання, сьогодні, на нашу думку, втратила свій сенс, оскільки не має ні теоретичного, ні практичного значення.

Виходячи з поняття та змісту принципів права і принципів інститутів права[1], виконання зобов'язання в натурі не можна віднести до принципів виконання зобов'язання або, принаймні, абсолютизувати його[2]. Беручи до уваги основне значення принципу реального виконання як правила, що визначає юридичну долю зобов'язання після його порушення з боку боржника, А. А. Павлов вважає правильним визнати зазначений принцип правовою моделлю, що забезпечує виконання зобов'язання в натурі (реальне виконання)[3]. На його думку, принцип реального виконання не лише втратив роль всеохоплюючої засади, але із змінами умов господарювання позбувся і своєї економічної основи[4].

Не викликає сумніву існування зворотної залежності між реальним виконанням договірного зобов'язання і свободою договору. Одним із проявів принципу договірної свободи, на що свого часу звертав увагу А. В. Венедиктов, є свобода вибору засобів виконання, яку цивільне законодавство і право багатьох країн визнає за учасниками договору[5]. Розвиваючи ідею А. В. Венедиктова і трансформуючи її з урахуванням сьогоднішнього рівня розвитку ринкових відносин в Україні, принаймні, щодо розвитку договірних відносин у підприємницькій діяльності, можна дійти наступного висновку: оскільки головною метою здійснення підприємницької діяльності є одержання прибутку, а грошовий еквівалент дозволяє досягти цієї мети іншим шляхом, цей грошовий еквівалент (як сурогат реального виконання) часто (хоч і не завжди) є для підприємця таким же прийнятним засобом виконання, що і виконання договору в натурі.

З урахуванням викладеного, вважаємо за можливе вести тут мову лише про такий принцип виконання зобов'язання, як виконання

---

[1] Популярна юридична енциклопедія / *В. К. Гіжевський, В. В. Головченко, В. С. Ковальський* (кер.) та ін. — К.: Юрінком Інтер, 2003. — С. 405.

[2] *Беляневич О. А.* Питання договірного права за новим Цивільним та Господарським кодексами України // Альбом до консультаційного семінару «Нові Цивільний та Господарський кодекси: основні характеристики та порівняльний аналіз» — К.: ТОВ «Центр економічної освіти», 2003. — С. 438.

[3] *Павлов А. А.* Зазнач. праця. — С. 103—104.

[4] *Павлов А. А.* Зазнач. праця. — С. 100.

[5] *Венедиктов А. В.* Зазнач. праця. — С. 402—403.

зобов'язання належним чином або, як цей термін вживається в цивілістичній літературі, — *належне виконання*[1].

Що стосується інших принципів виконання зобов'язання, закріплених свого часу в цивільному законодавстві радянського періоду — *принципу товариського співробітництва* і *принципу економічності*[2] — то в чинному ЦК України, як і в цивільних кодексах інших пострадянських держав, вони відсутні[3], як такі, що не відповідають обумовленим ринковими відносинами приватно-правовим засадам регулювання договірних зобов'язань.

Водночас слід враховувати, що принцип співробітництва сторін договору знайшов своє закріплення в міжнародно-правових документах. Йдеться, зокрема, про ст. 53 («Співробітництво між сторонами») Принципів УНІДРУА, а також про ст. 1:202 «Обов'язок співробітництва» Принципів європейського договірного права.

Отже, якщо виходити з положень міжнародно-правових документів і необхідності адаптації цивільного законодавства України до законодавства ЄС, то принцип співробітництва, про який йдеться, доцільно було б закріпити в ЦК України, для чого ст. 526 ЦК можна було б доповнити нормою про те, що:

«*Кожна із сторін зобов'язання зобов'язана співробітничати з іншою стороною з метою належного виконання зобов'язання*».

На нашу думку, є також всі підстави для визнання спеціальним (інституційним) принципом виконання договірних зобов'язань *принцип обов'язковості договору*, закріплений в ст. 629 ЦК України (*pacta sunt servanda*). Згідно з цією статтею, договір є обов'язковим для виконання сторонами.

---

[1] Договоры в социалистическом хозяйстве. — М.: Юрид. лит., 1964. — С. 65; *Гуревич Г. С.* Санкции за нарушение планово-договорных обязательств в народном хозяйстве. — Минск, 1976. — С. 22.

[2] *Гавзе Ф. И.* Обязательственное право (общие положения). — Минск: Изд-во БГУ им. В. И. Ленина, 1968. — С. 43—46; Общие положения обязательственного права. — С. 29—30.

[3] В літературі тим не менше пропонувалося закріпити зазначені принципи і в новому цивільному законодавстві (*Федоров И. В.* Зазнач. праця. — С. 40—41), а окремі автори називають їх серед існуючих принципів виконання договірних зобов'язань, попри те, що жодних підстав для цього немає (*Сафонов М. Н.* Исполнение обязательств и способы обеспечения их исполнения // Журнал российского права. — 2003. — № 7. — С. 58). Слід, проте зазначити, що Принципи європейського договірного права називають серед загальних обов'язків обов'язок співробітництва (ст. 1:102), згідно з яким кожна сторона зобов'язана співробітничати з іншою стороною з метою повного виконання договору (Принципы европейского договорного права. Подготовлены Комиссией по европейскому договорному праву. Части I и II / Пер. на русский язык А. Т. Амиров, Б. И. Пугинский // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. — 2005. — № 3. — С. 125).

§ 2. Елементи належного виконання договірного зобов'язання

Суб'єкти виконання договірного зобов'язання. Визначальною ознакою, що характеризує суб'єктів договірного зобов'язання, які іменуються в ЦК України сторонами (ч. 1 ст. 510 ЦК), є наявність між ними правового зв'язку, який, власне і становить квінтесенцію зобов'язання як правовідношення. Цей правовий зв'язок полягає в обов'язку однієї сторони (боржника) вчинити на користь другої сторони (кредитора) певну дію (передати майно, виконати роботу, надати послуги, сплатити гроші тощо) або утриматися від певної дії і в праві кредитора вимагати від боржника виконання його обов'язку (ч. 1 ст. 509 ЦК).

Виходячи з цього, коли говорять про суб'єктів виконання зобов'язання, в багатьох випадках мають на увазі саме кредитора і боржника, між якими зазвичай відбувається реалізація прав та виконання обов'язків, що випливають із зобов'язання[1].

Проте взаємозамінність і взаємопереплетення цивільно-правових відносин у сучасному суспільстві (особливо у комерційному обороті) привели до підвищення у цих відносинах ролі і значення третіх осіб, які часто впливають на зміст зобов'язання, визначаючи його правову природу. Ця тенденція відображається не лише в наукових працях та навчальній літературі, де все частіше поряд з висвітленням правового становища сторін зобов'язання розкривається правовий статус суб'єктів зобов'язання, але і в законодавстві окремих держав[2]. Тому варто погодитися з О. С. Іоффе, який одним з перших почав розрізняти поняття «суб'єкти зобов'язання» і «суб'єкти виконання», не проводячи, втім, чіткого розмежування між ними[3].

Відмінну від інших позицію займає Є. О. Суханов, який розрізняє суб'єктів зобов'язання[4] і *суб'єкта виконання* (курсив наш. — Т. Б.), яким вважає боржника або третю особу, на яку покладено

---

[1] Цивільне право України: Підручник: У 2-х кн. / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової, 2003. — Кн. 1. — С. 661; Цивільне право України: Академічний курс: Підручник: У 2-х т. / За заг. ред. Я. М. Шевченко. — Т. 1. Загальна частина. — С. 482; Гражданское право: Учебник для вузов (академический курс). Т. I. Отв. ред.: М. К. Сулейменов, Ю. Г. Басин. — С. 565.

[2] Так, до ЦК Республіки Казахстан крім терміну «сторони зобов'язання» (ст. 269 ЦК РК) включено термін «учасники зобов'язання» (п. 1 ст. 270 ЦК РК), під якими розуміють сторін (боржника і кредитора) і третіх осіб.

[3] *Иоффе О. С.* Обязательственное право. — С. 69.

[4] Гражданское право: В 2-х т. Т. II. Полутом 1: Учебник / Отв. ред. проф. Е. А. Суханов. — С. 24.

виконання[1]. Очевидно таке твердження автора пояснюється сприйняттям позиції тих вчених, які вважають виконання одностороннім правочином[2].

На нашу думку, зводити поняття суб'єкта виконання лише до особи боржника або третьої особи, на яку покладено виконання, означає виключати з цієї стадії (отже і зі складу зобов'язального правовідношення) кредитора, тобто розривати той правовий зв'язок, що існує між сторонами при дії зобов'язання.

З вищевикладеного випливає, що поняття «суб'єкти зобов'язання» і «суб'єкти виконання» не завжди співпадають.

Під суб'єктами виконання зобов'язання ми розуміємо не лише сторін зобов'язання (як суб'єктів зобов'язального правовідношення), але й інших осіб, участь яких у зобов'язанні (шляхом його виконання і прийняття виконання) обумовлена договором, законом або випливає із суті зобов'язання чи звичаїв ділового обороту, з метою забезпечення адекватного правового закріплення їх ролі у виконанні зобов'язання[3].

Одним з елементів належного виконання договірного зобов'язання в цивільному праві є його *виконання належними сторонами.*

Якщо в ЦК УРСР вимога щодо виконання зобов'язання належними сторонами не мала імперативного характеру, а лише проглядалася через призму покладення виконання зобов'язання на третю особу (ст. 164 ЦК УРСР), то відповідно до ч. 1 ст. 527 чинного ЦК України особисте виконання обов'язку боржником і особисте прийняття виконання кредитором визнані загальним правилом виконання зобов'язання.

Таким чином, як випливає з ч. 1 ст. 527 ЦК України, виконання зобов'язання належними сторонами слід розглядати як:

а) виконання зобов'язання належній особі і

б) виконання зобов'язання належною особою.

Важливою гарантією дотримання цієї умови виконання зобов'язання є положення ч. 2 ст. 527 ЦК України, згідно з якими кожна із сторін у зобов'язанні має право вимагати доказів того, що обов'язок виконується належним боржником або виконання приймається належним кредитором чи уповноваженою на це особою. Такими доказами можуть бути документи (посвідчення особи або паспорт фізичної особи-підприємця, посвідчення керівника юридичної особи

---

[1] Гражданское право: В 2-х т. Т. II. Полутом 1: Учебник / Отв. ред. проф. Е. А. Суханов. — С. 44—45.

[2] *Толстой В. С.* Зазнач. праця. — С. 23—24.

[3] *Боднар Т. В.* Суб'єкти виконання договірного зобов'язання // Підприємництво, господарство і право. — 2004. — № 6. — С. 28—31.

тощо), витяги з статутів суб'єктів господарювання, довіреності тощо. Юридичне значення непред'явлення вимоги доказів виконання зобов'язання (прийняття виконання) належною стороною полягає в тому, що інша сторона несе ризик наслідків непред'явлення такої вимоги.

Особливості *виконання зобов'язання із множинністю осіб,* тобто зобов'язання, суб'єктами якого водночас є кілька кредиторів або кілька боржників, або одночасно кілька кредиторів і кілька боржників, встановлені ст. 540 ЦК України[1].

Зобов'язання з множинністю осіб, виконання якого регулює ст. 540 ЦК України, відноситься до *часткових зобов'язань.* За загальним правилом кожен з кредиторів має право вимагати виконання, а кожен з боржників повинен виконати обов'язок у рівній частці, якщо інше не встановлено договором або актами цивільного законодавства. Як зазначав В.І.Синайський, у таких зобов'язаннях відповідальність (ми б уточнили — і обов'язок. — Т. Б.) або право вимоги розподіляються на частки[2].

Певними особливостями характеризується також суб'єктний склад виконання *солідарних і субсидіарних* зобов'язань. Частина 1 ст. 542 ЦК України встановлює, що у разі солідарної вимоги кредиторів (солідарних кредиторів) кожний із кредиторів має право пред'явити боржникові вимогу у повному обсязі. Виконання боржником свого обов'язку одному із солідарних кредиторів у повному обсязі звільняє боржника від виконання решті солідарних кредиторів (ч. 3 ст. 542 ЦК) і водночас покладає на солідарного кредитора, який одержав виконання від боржника, обов'язок передати належне кожному з решти солідарних кредиторів у рівній частці, якщо інше не встановлено договором між ними (ч. 4 ст. 542 ЦК). Отже, тут з припиненням одного солідарного зобов'язання (активно солідарного) виконанням одночасно виникає (в силу закону) інше солідарне зобов'язання (пасивно солідарне), в якому солідарний кредитор стає боржником по відношенню до інших солідарних кредиторів.

Як встановлено ч. 1 ст. 543 ЦК України, у разі солідарного обов'язку боржників (солідарних боржників) кредитор має право вимагати виконання обов'язку частково або в повному обсязі як від усіх боржників разом, так і від будь-кого з них окремо.

З такою редакцією ч. 1 ст. 543 ЦК України не можна погодитися, оскільки в активно солідарному зобов'язанні кредитор не має права вимагати виконання обов'язку частково, це суперечить ха-

---

[1] Особливості виконання зазначених зобов'язань у російському цивільному праві досліджував С. В. Сарбаш (*Сарбаш С. В.* Обязательства с множественностью лиц и особенности их исполнения. — М.: Статут, 2004. — 112 с.).

[2] *Синайский В. И.* Зазнач. праця. — С. 302.

рактеру солідарного зобов'язання. Мова тут має йти про виконання обов'язку *в частині* (курсив наш. — Т.Б.). Саме таке формулювання було в ч. 1 ст. 567 проекту ЦК України, саме таким воно має бути в ч. 1 ст. 543 чинного ЦК України, для чого доцільно було б викласти її в наступній редакції:

«*У разі солідарного обов'язку боржників кредитор має право вимагати виконання повністю або у частині боргу як від усіх боржників разом, так і від будь-кого з них окремо*».

При реалізації боржником, який виконав солідарний обов'язок, права на зворотну вимогу (регрес) до кожного з решти солідарних боржників (ч. 1 ст. 544 ЦК), відбувається трансформація (перетворення) зобов'язання: а) основне солідарне зобов'язання перетворюється на регресне часткове (це підтверджується і положеннями ч. 2 ст. 544 ЦК); б) боржник, який виконав солідарний обов'язок за основним зобов'язанням, набуває статусу кредитора по відношенню до інших боржників за регресним зобов'язанням. Як зазначається в літературі, регресне зобов'язання стає новим, самостійним зобов'язанням, а не являє собою заміну кредитора в основному зобов'язанні[1].

Особливість виконання *субсидіарного* зобов'язання полягає в тому, що виконання субсидіарним (додатковим) боржником зобов'язання допускається лише після того, як:

а) основний боржник відмовився задовольнити вимогу кредитора або

б) кредитор не одержав від основного боржника в розумний строк відповіді на пред'явлену вимогу (абз. 2 ч. 2 ст. 619 ЦК).

Винятки із загального правила щодо особистого виконання зобов'язання і особистого його прийняття сторонами можуть бути встановлені договором або законом чи випливати із суті зобов'язання або звичаїв ділового обороту. Зокрема, такі винятки мають місце у разі *передоручення виконання і переадресування виконання*.

Загальна норма щодо можливості і правових наслідків участі третіх осіб у виконанні зобов'язання встановлена ст. 511 ЦК України, відповідно до якої зобов'язання не створює обов'язку для третьої особи. У випадках, встановлених договором, зобов'язання може породжувати для третьої особи права щодо боржника та (або) кредитора.

Наприклад, розвиваючи положення ст. 527 ЦК України, ст. 528 ЦК України містить винятки із встановленого ст. 527 ЦК України загального правила щодо особистого виконання зобов'язання.

---

[1] Гражданское право: В 2 т. Т. II. Полутом 1: Учебник / Отв. ред. проф. Е. А. Суханов. — С. 30—31.

В ч. 1 ст. 528 ЦК України закріплений один із випадків участі інших (третіх) осіб у зобов'язанні, що має місце у разі *передоручення виконання,* тобто покладення виконання зобов'язання на третю особу. З різних причин боржник може покласти виконання обов'язку, що лежить на ньому, на іншу особу, яка, проте, не стає стороною в зобов'язанні (ст. 511 ЦК), оскільки по відношенню до кредитора вона вчиняє лише фактичні дії: передає майно, виконує роботу, надає послугу, сплачує гроші тощо, не перебуваючи при цьому у правовому (юридичному) зв'язку з кредитором. Стороною в зобов'язанні залишається боржник, який, за загальним правилом, і відповідає за порушення зобов'язання іншою особою (ст. 618 ЦК). На цій позиції стоїть і судово-арбітражна практика. Так, при розгляді справи за позовом української авіакомпанії (УА) до зарубіжної авіакомпанії (ЗА) про стягнення 232103,37 дол. США — вартості послуг по оренді літака, Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України зазначив, що та обставина, що платежі за контрактом здійснював тур оператор — фірма ДТ — не змінює суті спору, оскільки відповідно до ст. 164 ЦК УРСР (ч. 1 ст. 528 ЦК України. — Т.Б.) виконання зобов'язання, що виникло з договору, може бути покладено на третю особу. Але і в цьому випадку відповідальність за невиконання або неналежне виконання зобов'язання несе сторона за договором, з якого воно виникло, тобто ЗА.

Таким чином, зазначив Арбітражний суд, відповідно до ст. 161, 164 ЦК УРСР вартість послуг по оренді повітряного судна в сумі 232103,37 дол. США підлягає стягненню із ЗА — орендаря за контрактом № 9 на оренду літака з екіпажем і інженерно-технічним складом від 11 листопада 1999 року[1].

Разом з тим ст. 618 ЦК України передбачає, що договором або законом може бути встановлено відповідальність безпосереднього виконавця.

Так, серед заходів щодо відновлення платоспроможності боржника, які містить план санації, в ч. 2 ст. 18 Закону України від 30 червня 1999 р. «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» названі:

а) зобов'язання інвестора про погашення боргу (частини боргу) боржника, зокрема шляхом переведення на нього боргу (частини боргу) та *його відповідальність за невиконання взятих на себе зобов'язань* (курсив наш. — Т. Б.);

---

[1] Рішення Міжнародного комерційного арбітражного суду при торгово-промисловій палаті України від 25 січня 2002 р. // Адвокатура. — 2004. — 14 вересня.

б) виконання зобов'язань боржника власником майна боржника та *його відповідальність за невиконання взятих на себе зобов'язань* (курсив наш. — Т.Б.).

Наявність у законодавстві наведених норм, на нашу думку, потребує врахування їх у ЦК України. Це викликано тим, що ст. 618 ЦК України кореспондує зі ст. 528 ЦК України, у якій йдеться про покладення виконання на іншу особу *боржником.* Але ж при санації боржника виконання його обов'язку іншою особою (в тому числі, коли зобов'язання боржника виконує власник майна) не завжди залежить від волі боржника. Тому, на підставі викладених вище аргументів, було б бажано доповнити ЦК України нормою такого змісту:

«*Законом можуть бути встановлені випадки виконання обов'язку боржника третьою особою без згоди боржника*».

Внесення до ЦК України запропонованої норми дозволить узгодити його положення з положеннями ч. 2 ст. 18 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом».

Хоч вимога щодо особистого виконання обов'язку боржником є безумовною в зобов'язаннях особистого характеру, проте передоручення виконання допустиме в багатьох зобов'язаннях. Наприклад, згідно з ч. 1 ст. 893 ЦК України виконавець зобов'язаний провести наукові дослідження особисто, якщо інше не передбачено договором на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт; згідно з ч. 1 ст. 902 ЦК України виконавець повинен надати послугу особисто, проте у випадках, встановлених договором, виконавець має право покласти виконання договору про надання послуг на іншу особу, залишаючись відповідальним в повному обсязі перед замовником за порушення договору (ч. 2 ст. 902 ЦК); згідно з ч. 1 ст. 943 ЦК України зберігач зобов'язаний виконувати свої обов'язки за договором зберігання особисто. В той же час зберігач має право передати річ на зберігання іншій особі у разі, якщо він вимушений це зробити в інтересах поклажодавця і не має можливості отримати його згоду (ч. 2 ст. 943 ЦК); управитель управляє майном особисто, крім випадків, встановлених ст. 1041 ЦК України (ч. 1 ст. 1038 ЦК).

Кредитор зобов'язаний прийняти виконання особисто, проте за його вказівкою допускається *переадресування виконання*, тобто виконання зобов'язання замість кредитора третій особі (наприклад, виплата страхової суми не страхувальникові, а іншій особі, уповноваженій на її одержання — ст. 979 ЦК). В той же час слід мати

на увазі, що *заміна кредитора не допускається* у зобов'язаннях, нерозривно пов'язаних з особою кредитора, зокрема у зобов'язаннях про відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю (ст. 515 ЦК).

У випадку покладення виконання боржником на іншу особу кредитор зобов'язаний прийняти виконання, запропоноване за боржника іншою особою, якщо з умов договору, вимог ЦК України, інших актів цивільного законодавства або суті зобов'язання не випливає обов'язок боржника виконати зобов'язання особисто (наприклад, написати сценарій фільму чи музику до вистави, намалювати картину тощо).

Частина 2 ст. 528 ЦК України закріплює один з проявів дії принципу належного виконання зобов'язання і, певною мірою, вимогу щодо реального виконання: у разі невиконання або неналежного виконання обов'язку боржника іншою особою боржник (крім того, що він відповідає за порушення зобов'язання зазначеною особою) цей обов'язок повинен виконати сам.

Проведений тут аналіз суб'єктного складу договірного зобов'язання дає підстави сформулювати загальний висновок про те, що до суб'єктів виконання договірного зобов'язання слід віднести:

а) сторони зобов'язання (боржника і кредитора);

б) інших осіб на стороні боржника або кредитора («співборжників» і «співкредиторів» у зобов'язанні з множинністю осіб);

в) третіх осіб у зобов'язанні.

Останні, будучи суб'єктами (учасниками) виконання зобов'язання, не є його сторонами.

Предмет і спосіб виконання зобов'язання. Питання про предмет і спосіб виконання досліджувалося в цивілістичній літературі у зв'язку з аналізом загальних проблем виконання зобов'язань, проте чимало питань ще залишаються без відповіді або продовжують викликати дискусії серед вчених. Зокрема, чітко не визначене співвідношення між поняттями «об'єкт зобов'язання»[1], «предмет зобов'язання» і «предмет виконання».

Як зазначає С. С. Алексєєв, найбільшого значення питання щодо об'єкта правовідносин набуло в цивільному праві. У тих галузях права, де результат діяльності зобов'язаної особи є невіддільним

[1] Як зазначається в літературі, проблема об'єкта цивільного правовідношення (правовідношення, суспільного відношення) відноситься до числа найбільш дискусійних (*Мартемьянова А. М.* Объект организационного правоотношения // Проблемы обязательственного права. Межвузовский сборник научных трудов. — Свердловск, 1989. — С. 67).

від самої діяльності, немає і спеціальної проблеми об'єкта діяльності (адміністративне право, процесуальне право)[1].

Оригінальне тлумачення понять «об'єкт правовідношення» і «предмет правовідношення» запропонував В. С. Нерсесянц. Він вважає, що об'єкт правовідношення — це абстрактний зміст норми чинного об'єктивного права, що реалізується, тобто відповідні абстрактні положення її гіпотези, диспозиції і санкції. Предметом же правовідношення є ті конкретні суб'єктивні права і конкретні юридичні обов'язки, для набуття, здійснення і виконання яких конкретні суб'єкти права вступають в конкретні правовідносини і відповідно до вимог норми права, що реалізується, вчиняють належні правомірні дії. Звідси предмет правовідношення, на думку, В. С. Нерсесянца, це реалізоване, індивідуально-конкретизоване вираження об'єкта правовідношення[2].

Подібне розуміння об'єкта і предмета правовідношення не узгоджується з реаліями змісту цивільних правовідносин і законодавчою термінологією, а тому навряд чи може бути сприйняте теорією цивільного права. Використання при цьому загальнофілософських категорій можливого і дійсного, форми і змісту навряд чи може дати вирішення спеціальної проблеми об'єкта в праві, де, на думку С. С. Алексєєва, термін «об'єкт» має особливе, властиве правознавству значення. Говорячи словами С. С. Алексєєва, тут ми зустрічаємося з негативними наслідками такого підходу до явищ дійсності, за якого ті або інші філософські категорії, виходячи інколи лише з термінологічної подібності, «нав'язуються» цим явищам[3].

За наслідками тривалої дискусії в науці цивільного права стосовно елементів правовідношення, зокрема його об'єкта, О. С. Іоффе дійшов висновку про існування:

а) юридичного об'єкта правовідношення, яким є поведінка зобов'язаних осіб;

б) вольового об'єкта — волі учасників правовідношення і

в) матеріального об'єкта правовідношення, яким автор вважав речі або інше благо, на які спрямована поведінка учасників правовідношення[4].

---

[1] *Алексеев С. С.* Общая теория права. В 2-х т. Т. I. — М.: Юрид. лит., 1982. — С. 160—162.

[2] *Нерсесянц В. С.* Общая теория права и государства. — С. 503—504.

[3] *Алексеев С. С.* Зазнач. праця. — С. 155.

[4] *Иоффе О. С.* Советское гражданское право. М.: Юрид. лит., 1967. — С. 215—221; *Иоффе О. С.* Избранные труды по гражданскому праву: Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права». — М.: Статут. — 2000. — С. 679—682.

Пізніше ці положення були конкретизовані О. С. Іоффе стосовно зобов'язального правовідношення[1].

Такої ж думки дотримується і Н. С. Кузнєцова, яка виходячи з того, що зобов'язання складаються з тих самих елементів, що формують будь-які інші цивільні правовідносини, виділяє юридичний об'єкт (об'єкти) зобов'язання, яким визнається певна поведінка зобов'язаної особи, і матеріальний об'єкт (об'єкти), яким є той або інший об'єкт цивільних відносин (майно, гроші)[2].

Отже, згідно з цією точкою зору, яка поділяється у вітчизняній цивільно-правовій літературі[3], і поведінка зобов'язаних суб'єктів, і речі (гроші, цінні папери, інше майно тощо) є *об'єктом зобов'язання* (зобов'язального правовідношення)[4]. З такою позицією можна погодитися, проте вона потребує уточнення, необхідність якого обумовлена вживанням у цивільному законодавстві термінів «предмет зобов'язання» і «предмет виконання».

Разом з тим, в теорії цивільного права висловлюється й інша точка зору з цього приводу. Як зазначає В. В. Луць, дії, які мають бути вчинені одним учасником зобов'язання на користь іншого, називаються *предметом виконання*. Якщо ці дії пов'язані з передачею певного майна, поняттям предмета виконання охоплюється і це конкретне майно[5]. Як бачимо, В. В. Луць замінює термін «об'єкт зобов'язання», вживаний О. С. Іоффе і Н. С. Кузнєцовою, терміном «предмет виконання», який хоч і ближчий до змісту цивільно-правових норм, проте певною мірою не узгоджується з окремими з них.

Так, у цивільному законодавстві України термін «об'єкт» застосовується щодо позначення об'єктів цивільних прав, якими ст. 177

---

[1] *Иоффе О. С.* Советское гражданское право: Курс лекций: Общая часть. Право собственности. Общее учение об обязательствах. — Л., 1958. — С. 376—377; *Иоффе О. С.* Обязательственное право. — С. 13—14.

[2] Зобов'язальне право: теорія і практика. — С. 11; Цивільне право України: Підручник: У 2-х кн. / О. В. Дзера (кер. авт. кол.), Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін.; За ред. О. В. Дзери, Н.С.Кузнєцової, 2004. — Кн. 1. — С. 628.

[3] Цивільне право України: Академічний курс: Підручник: У 2-х т. / За заг. ред. Я. М. Шевченко. — Т. 1. Загальна частина. — С. 458.

[4] Стверджується також, що об'єкт зобов'язального правовідношення складають дії (Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар: У 2-х ч. / За заг. ред. Я. М. Шевченко. — Ч. 2. — С. 9. Автор коментарю до ст. 509 ЦК — І. С. Канзафарова). С.Й.Вільнянський, зазначаючи, що дія — не об'єкт зобов'язання, а його зміст, підкреслював, що зобов'язальне право регулює відносини обміну, тому і об'єктом зобов'язання є те, що є об'єктом обміну, тобто речі (товари), гроші, послуги (*Вільнянський С. Й.* Загальне вчення про зобов'язання // Антологія української юридичної думки. Т. 9. Юридична наука радянської доби. — К.: Видавничий Дім «Юридична книга». — 2004. — С. 472).

[5] Цивільне право України: Підручник: У 2-х кн. / О. В. Дзера (кер. авт. кол.), Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін.; За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової, 2004. — Кн. 1. — С. 659.

ЦК України визнає речі, у тому числі гроші та цінні папери, інше майно, майнові права, результати робіт, послуги, результати інтелектуальної, творчої діяльності, інформацію, а також інші матеріальні і нематеріальні блага. Аналогічна ситуація в цивільному законодавстві Російської Федерації дала підстави окремим російським вченим для ототожнення понять «об'єкти цивільних прав» і «об'єкти цивільних правовідносин»[1], що, на наш погляд, є цілком виправданим[2]. Щоправда, існує і інша точка зору, згідно з якою об'єктом цивільного правовідношення є поведінка його суб'єктів, спрямована на різного роду матеріальні і нематеріальні цінності[3].

Певні розходження у вживанні термінів «об'єкт» і «предмет» існують між Цивільним і Господарським кодексами. Так, у відповідних статтях ГК України, що регулюють окремі види договорів, вживаються терміни «об'єкт оренди» — ст. 283—286 та ін.; «об'єкт лізингу» — ст. 292; «об'єкт міни (бартеру)» — ст. 293; «об'єкт будівництва» — статті 318, 321; «об'єкт страхування» — ст. 355; «об'єкт концесії» — статті 406, 407[4].

Натомість ЦК України у подібних випадках вживає термін «предмет»[5], який однаковою мірою використовує не лише щодо окремих видів договорів (купівлі-продажу — ст. 656, найму — ст. 760, лізингу — ст. 807 ЦК), і щодо забезпечувальних засобів (неустойки — ст. 551, застави — ст. 576 ЦК), а й щодо конструкції зобов'язання (статті 539, 541, 653 ЦК) [6].

---

[1] Гражданское право: В 2-х т. Т. II. Полутом 1: Учебник / Отв. ред. проф. Е. А. Суханов. — С. 294—323. Стверджується також, що об'єктом договору є об'єкт цивільно-правових відносин, з приводу якого укладено договір (*Обыдённов А. Н.* Предмет и объект как существенные условия гражданско-правового договора // Журнал российского права. — 2003. — № 8. — С. 64).

[2] Ще раніше висновок щодо фактичного співпадання понять «об'єкт права» і «об'єкт правовідношення» зробила Р. О. Халфіна (*Халфина Р. О.* Значение и сущность договора в советском социалистическом гражданском праве. — М.: Изд-во АН СССР, 1952. — С. 212).

[3] Гражданское право: Учебник. Т. 1. Изд. 5-е, перераб. и доп. / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — С. 88—89.

[4] Майно як об'єкт зобов'язальних відносин розглядав у своїй відомій праці «Теорія зобов'язань» Рене Сават'є (*Саватье Р.* Теория обязательств. — М.: Прогресс, 1972. — С. 53—169).

[5] В літературі висловлена думка, що категорія «об'єкт» відноситься до договору—правовідношення, а категорія «предмет» більшою мірою до договору—документа, на підставі чого робиться висновок про те, що предметом договору є об'єкт матеріального (річ, майно) або нематеріального (інформація) світу, на який безпосередньо направлена воля сторін договору (*Обыдённов А. Н.* Зазнач. праця. — С. 64).

[6] Визначення предмета договору, яке співпадає з визначенням предмета зобов'язання, міститься і в ст. 1101 Французького цивільного кодексу. В подальшому у низці статей кодексу терміни «договір» і «зобов'язання» застосовуються в однаковому розумінні.

Так, згідно зі ст. 539 ЦК України боржник за загальним правилом має право вибору *предмета альтернативного зобов'язання* (курсив наш. — Т.Б.). В свою чергу альтернативним є зобов'язання, в якому боржник зобов'язаний вчинити *одну з двох або кількох дій* (курсив наш. — Т.Б.). Таким чином, предметом зобов'язання (а не виконання) у цій статті ЦК України визнається дія.

Стаття 541 ЦК України встановлює один із випадків виникнення солідарного обов'язку або солідарної вимоги — у разі неподільності предмета зобов'язання (при цьому в статті не визначається, що слід розуміти під неподільністю предмета зобов'язання — дію чи річ).

Поряд з цим ч. 1 ст. 653 ЦК України передбачає, що у разі зміни договору зобов'язання сторін змінюються відповідно до змінених умов щодо предмета, місця, строків виконання тощо.

Наведені норми свідчать про існування в ЦК України двох різних за змістом термінів — «предмет зобов'язання» і «предмет виконання», оскільки важко уявити, що законодавець, формулюючи зазначені норми, не звернув уваги на удавані розбіжності.

Розмежування понять «предмет зобов'язання» і «предмет виконання» характерне і для цивільного законодавства Російської Федерації. На думку багатьох російських вчених, предметом зобов'язання є конкретні дії учасників (щодо передання майна, виконання робіт, надання послуг тощо)[1], а предметом виконання зобов'язання — та річ, робота або послуга, яку відповідно до зобов'язання боржник зобов'язаний передати, виконати або надати кредитору (цю думку поділяють також і казахстанські вчені)[2].

Дещо інакше розставив акценти у цьому спорі Ф. І. Гавзе, який під предметом виконання розуміє те благо, *яке набуває* (курсив наш. — Т. Б.) кредитор у результаті виконання боржником покладеного на нього обов'язку вчинити певну дію[3].

Разом з тим, не дивлячись на постійні спроби вчених розмежувати поняття предмета зобов'язання і предмета виконання, в сучас-

---

[1] Гражданское право: В 2-х т. Т. II. Полутом 1: Учебник / Отв. ред. проф. Е. А. Суханов. — С. 13.

[2] *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Книга первая: Общие положения. — С. 425—426; Гражданское право: В 2-х т. Т. II. Полутом 1: Учебник / Отв. ред. проф. Е. А. Суханов. — С. 45; Гражданское право. Т. 1: Учебник. Изд. 5-е, перераб. и доп. / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — С. 528—529; Гражданское право. Т. I: Учебник для вузов (академический курс) / Отв. ред.: М. К. Сулейменов, Ю. Г. Басин. — С. 585—586.

[3] *Гавзе Ф. И.* Обязательственное право (общие положения). — С. 56—57.

ній юридичній літературі, як і раніше[1], має місце змішування цих понять[2], що, на наш погляд, є неприпустимим.

Так, вірно зазначаючи, що предметом виконання є те, на що спрямована відповідна дія, і маючи при цьому на увазі річ, визначену родовими або індивідуальними ознаками[3], В. С. Толстой підкреслює: «Будь-яка дія, здійснювана на виконання обов'язку, спрямована на річ або на досягнення іншого об'єктивного результату. Річ або інший результат і є предметом виконання»[4].

Така позиція уявляється правильною, оскільки в її основу покладено відмінність між предметом речових правовідносин, яким є індивідуально визначені речі або нематеріальні об'єкти (стосовно права інтелектуальної власності), і предметом зобов'язання (зобов'язальних правовідносин), яким є поведінка зобов'язаних осіб, пов'язана з передачею найрізноманітніших об'єктів майнового обороту, включаючи речі (визначені як індивідуальними, так і родовими ознаками), результати роботи, послуги тощо[5].

Не дивлячись на те, що, як зазначають Д. В. Мурзін і Н. Ю. Мурзіна, поняття предмета виконання в науці цивільного права не відноситься до проблемних питань, тим не менше в літературі воно часто ототожнюється з предметом зобов'язання або об'єктом зобов'язання. Подібні приклади наводять і самі автори, зазначаючи при цьому на недоцільність розмежування понять «предмет зобов'язання» і «предмет виконання зобов'язання»[6]. Аналізуючи текст ЦК РФ, вони доходять висновку, що догматично під предметом зобов'язання розуміється все-таки не дія суб'єкта права, а конкретно річ, результат роботи, і посилаються при цьому на конкретні статті ЦК РФ, в яких йдеться про предмет договору[7].

---

[1] *Краснов М. И.* Реальное исполнение договорных обязательств между социалистическими организациями. — М.: Госюриздат, 1959. — С. 14.

[2] Цивільне право України: Підручник: У 2-х т. / За заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. — Т. 2. — С. 20, 25.

[3] *Толстой В. С.* Зазнач. праця. — С. 27.

[4] Там само. — С. 29.

[5] Гражданское право: В 2-х т. Т. II. Полутом 1: Учебник / Отв. ред. проф. Е. А. Суханов. — С. 11.

[6] *Мурзин Д. В., Мурзина Н. Ю.* Новация в российском договорном праве // Актуальные проблемы гражданского права / Под ред. С.С.Алексеева; Исследовательский центр частного права. Уральский филиал. Российская школа частного права. Уральское отделение. — М.: «Статут», 2000. — С. 149—151.

[7] *Мурзин Д. В., Мурзина Н. Ю.* Зазнач. праця. — С. 150. На думку А. Д. Корецького, слід розрізняти об'єкт договору (конкретні блага, для заволодіння якими сторони укладають договір) і предмет договору (основна дія, яка має бути вчинена щодо об'єктів договору) (*Корецкий А. Д.* Договорное право России. Основы теории и практики реализации. — М.: ИКЦ «МарТ», Ростов-н/Д: Издательский Центр «МарТ», 2004. — С. 35—36).

Тут варто згадати, що понад століття тому Д. І. Мейєр розглядав предмет зобов'язання, як дію, що відповідає трьом умовам:

а) становить юридичний інтерес;

б) є фізично можливою;

3) є морально можливою[1],

зазначаючи, що і предметом договору завжди є право на чужу дію, можливу фізично і морально[2].

На нашу думку, для ототожнення предмета зобов'язання і предмета договору немає жодних підстав, оскільки зобов'язання і договір — явища, хоч і близькі (ця обставина дає підстави кваліфікувати договір як договірне зобов'язання[3]), проте не тотожні. Договір — це домовленість щодо встановлення, зміни або припинення зобов'язання (згідно з ч. 2 ст. 509 та ч. 2 ст. 11 ЦК — одна з підстав виникнення зобов'язання[4]), форма (документ), в якій ці зобов'язання фіксуються, тому предмет зобов'язання (сукупності зобов'язань), яке виникає з договору, не є предметом договору[5].

Вважаємо, що *предметом договору є зобов'язання* як правовідношення[6], в якому одна сторона (боржник) зобов'язана вчинити на користь другої сторони (кредитора) певну дію (передати майно, виконати роботу, надати послугу, сплатити гроші тощо) або утриматися від певної дії, а кредитор має право вимагати від боржника виконання його обов'язку; *предметом зобов'язання — обов'язок боржника* вчинити зазначену дію (утриматись від неї), якому ко-

---

[1] *Мейер Д. И.* Зазнач. праця. — С. 462—463.

[2] Там само. — С. 502—503.

[3] Гражданское право: В 2 т. Т. II. Полутом 1: Учебник / Отв. ред. проф. Е. А. Суханов. — С. 152; Гражданское право. Т. 1. Учебник. Изд. 5-е, перераб. и доп. / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — С. 486; Гражданское право. Т. I. Учебник для вузов (академический курс) / Отв. ред.: М. К. Сулейменов, Ю. Г. Басин. — С. 676.

[4] В. І. Синайський вживав терміни «спосіб виникнення зобов'язання», «джерело зобов'язання» (*Синайский В. И.* Зазнач. праця. — С. 308—309). Так само Д. І. Мейєр одним з джерел зобов'язання називав договір (*Мейер Д. И.* Зазнач. праця. — С. 494).

[5] На наш погляд, прикладом ототожнення понять «предмет договору» і «предмет зобов'язання» може слугувати ухвала Верховного Суду України від 26 лютого 2004 р. у справі № 6-16781кс02, в якій суд зазначив, що предметом договору підряду є певний матеріальний результат виконаної роботи // Юридична газета. — 2004. — 28 вересня.

[6] С. В. Катрич вважає зобов'язання сторін договору невід'ємною частиною його (договору) предмета, щоправда ніяким чином не обґрунтовуючи свого висновку (*Катрич С. В.* Юридическое пятикнижие российского бизнеса: Правовые основы предпринимательства: Учеб. пособие. — М.: Дело, 2001. — С. 462—463).

респондує право кредитора вимагати виконання боржником його обов'язку[1].

Різницю у змісті цих та інших термінів можна проілюструвати на прикладі договору купівлі-продажу:

предметом договору є зобов'язання однієї сторони (продавця) передати майно (товар) у власність другій стороні (покупцеві) і зобов'язання покупця прийняти товар і сплатити за нього певну грошову суму;

предметом договірного зобов'язання є вчинення конкретних дій з передання майна, його прийняття, сплати грошей;

матеріальними *об'єктами договірного зобов'язання* є майно (товар) і грошові кошти, що їх сторони мають передати одна одній;

предметом виконання за договором купівлі-продажу є майно (товар) та грошові кошти, що їх фактично сторони договору надають одна одній на виконання умов договору. Вважаємо, що предмет виконання може і не співпадати з об'єктом зобов'язання (наприклад, у разі передання відступного).

Як зазначав свого часу німецький вчений Г. Дернбург, предмет зобов'язання і предмет виконання — не одне й те саме. Предметом зобов'язання, писав він, є рід, порода, а предметом виконання — завжди визначений індивідуум[2].

Деяке ототожнення понять «предмет» і «об'єкт» спостерігаємо і в нормах Цивільного кодексу України. Як зазначалося вище, в ЦК України термін «предмет» вживається ще і стосовно певних видів забезпечувальних засобів (неустойки та застави), а також щодо окремих видів договорів (купівлі-продажу, найму, лізингу). При цьому під предметом у зазначених випадках маються на увазі грошові кошти, майно, майнові права, право вимоги, тобто те, що насправді є об'єктами цивільних прав. У зв'язку з цим уявляється доцільним замінити термін «предмет» у тих статтях, що регулюють забезпечувальні засоби (статті 551, 576 ЦК) або окремі цивільно-правові договори (статті 656, 760, 807 ЦК), терміном «об'єкт» у відповідних відмінках. Такою заміною, по-перше, буде досягнута єдність юридичної термінології, що вживається для позначення об'єктів цивільних прав; по-друге, для позначення різних за своєю суттю явищ, якими є предмет зобов'язання і об'єкт договору, будуть застосовуватися відповідні (різні) терміни, кожен з яких якомога повніше розкриватиме їх зміст.

---

[1] Ототожнення понять «предмет договору» і «предмет зобов'язання» спостерігаємо і у Французькому цивільному кодексі (відповідно статті 1126, 1127, 1128, 1129, 1130 ФЦК).

[2] *Дернбург Г.* Пандекты. Т. II. Обязательственное право. Третье русское издание. — М., 1911. — С. 70.

Зазначені вище розбіжності у вживанні термінології в загальних положеннях зобов'язального права, на нашу думку, позначилися і на формулюваннях конкретних статей, що регулюють окремі види договірних зобов'язань. Так, аналіз статей ЦК України, що містять дефініції окремих видів цивільно-правових договорів, дозволяє поділити всі дефініції залежно від того, яким чином конструюється предмет договору, на три групи: у визначеннях, що входять до першої групи, вживається конструкція «передає або зобов'язується передати» (договори купівлі-продажу — ст. 655, дарування — ч. 1 ст. 759, найму — ч. 1 ст. 787); у визначеннях другої групи вживається вислів «зобов'язується передати» (договори роздрібної купівлі-продажу — ч. 1 ст. 698, поставки — ч. 1 ст. 712, міни — ч. 1 ст. 715); у визначеннях третьої групи вживається термін «передає» (договори ренти — ч. 1 ст. 731, довічного утримання — ст. 744). Намагання віднайти в наведених побудовах дефініцій будь-які критерії такого поділу або обґрунтування, на жаль, не мали успіху, оскільки навіть у договорах одного виду законодавцем вживаються різні конструкції (наприклад в договорах, в основу яких покладено відносини щодо користування майном, одночасно з терміном «передає або зобов'язується передати» (щодо найму, прокату, лізингу) вживається термін «зобов'язується передати» (щодо найму земельної ділянки).

Інший приклад — договори, спрямовані на передання майна у власність, повне господарське відання або оперативне управління. Так, за договором купівлі-продажу продавець «передає або зобов'язується передати майно» (ст. 655 ЦК), а за договорами роздрібної купівлі-продажу і поставки — «зобов'язується передати товар» (ч. 1 ст. 698, ч. 1 ст. 712 ЦК).

Уявляється, що подібні розходження в термінології, особливо, якщо вони є невмотивованими, лише ускладнюють застосування наведених та інших норм ЦК України на практиці.

Якщо виходити із загального визначення поняття зобов'язання, встановленого ч. 1 ст. 509 ЦК України, то, мабуть, слід було б у всіх дефініціях договорів вживати вислів «зобов'язаний передати (виконати, надати, сплатити)». Проте це був би дуже простий вихід, який не враховує реальної динаміки договірних зобов'язань. Між тим, у застосуванні наведених вище трьох груп конструкцій є своя логіка, керуючись якою доцільно було б побудувати заново визначення деяких видів цивільно-правових договорів. Так, якщо момент укладення договору і момент його виконання співпадають у часі, має вживатися термін «передає» (роздрібна купівля-продаж, рента тощо); якщо ці моменти можуть або співпадати, або не співпадати, вживається відповідно вислів «передає або зобов'язується передати»

(купівля-продаж, міна, дарування тощо); якщо ж момент укладення договору не співпадає у часі з моментом його виконання, має вживатися вислів «зобов'язується передати» (поставка, контрактація, енергопостачання, підряд тощо).

У прямій залежності від предмета виконання, зазначає О. С. Іоффе, перебуває спосіб виконання зобов'язання: якщо предмет зобов'язання пов'язаний з якоюсь річчю, що за своєю природою є неподільна, виконання його не може бути проведене інакше, як шляхом передачі цієї речі боржником кредитору відразу і в цілому[1].

Виходячи з етимологічного значення слова «спосіб»[2], спосіб виконання договірного зобов'язання можна було б визначити як дію або систему дій, що застосовуються при виконанні боржником свого обов'язку, встановленого зобов'язанням, або утримання від їх вчинення. Проте таке визначення може привести до ототожнення предмета зобов'язання і способу виконання, що є неприпустимим.

Більш вдалим, на нашу думку, є розуміння способу виконання зобов'язань не як дії чи системи дій, а як характеру дій, які повинні бути вчинені для виконання зобов'язання, порядку вчинення боржником дій з виконання зобов'язання[3]. Саме через характер дій (порядок, процедуру, послідовність їх вчинення) розкривається, на наш погляд, спосіб виконання зобов'язання.

Як і предмет виконання, спосіб виконання договірного зобов'язання має бути належним, тобто відповідати умовам договору, вимогам Цивільного кодексу та інших актів цивільного законодавства, а за відсутності таких умов та вимог — звичаям ділового обороту або іншим вимогам, що зазвичай ставляться.

Слід зазначити, що для цивільного законодавства деяких держав—учасниць СНД категорія «спосіб» має більш важливе значення, ніж для законодавства України, оскільки у статтях цивільних кодексів цих країн, що регулюють новацію, йдеться, зокрема, про заміну таких елементів оновленого зобов'язання як *предмет* або *спосіб* виконання (ч. 1 ст. 384 ЦК Республіки Білорусь; ч. 1 ст. 430 ЦК Республіки Вірменія; ч. 1 ст. 372 ЦК Республіки Казахстан; ч. 1 ст. 414 ЦК Російської Федерації; ч. 1 ст. 347 ЦК Республіки Узбекистан), тобто встановлені критерії (кваліфікуючі ознаки), за якими внесення змін до договору можна кваліфікувати як новацію. Подібні ознаки відсутні в ч. 2 ст. 604 ЦК України.

---

[1] *Иоффе О. С.* Обязательственное право. — С. 93.

[2] *Ожегов С. И.* Словарь русского языка / Под ред. Н.Ю.Шведовой. — М., 1983. — С. 674.

[3] Гражданское право. Т. I. Учебник для вузов (академический курс) / Отв. ред.: М. К. Сулейменов, Ю. Г. Басин. — С. 588; *Голованов Н. М.* Обязательственное право: Учебник. — СПб.: Питер, 2002. — С. 48.

ЦК України не містить загальної норми, яка б визначала спосіб виконання договірного зобов'язання, тобто розкривала характер (послідовність) тих дій, які є змістом цього поняття. Натомість в окремих статтях кодексу, що регулюють особливості виконання окремих видів зобов'язання, можна знайти вимоги стосовно способу виконання певного зобов'язання. Передусім, переважна більшість авторів посилається на норму, що встановлює загальне правило, згідно з яким виконання боржником його обов'язку частинами надає право кредитору не приймати таке виконання. Винятки з цього правила можуть бути встановлені договором, актами цивільного законодавства або випливати із суті зобов'язання чи звичаїв ділового обороту (ст. 529 ЦК).

Наприклад, поставка товару може здійснюватися окремими партіями (поквартально або помісячно) або згідно з погодженим сторонами графіком поставки (місяць, декада, доба тощо) — ч. 4 ст. 267 ГК України; прийняття замовником виконаних робіт за договором будівельного підряду, якщо це передбачено договором, може здійснюватися поетапно (ч. 1 ст. 882 ЦК); частинами вноситься плата (сплачуються проценти), за користування грошовими коштами, отриманими за кредитним договором.

В спеціальній літературі характеристика способу виконання загалом зводилася до двох моментів: одноразового акту (дії) і частинами[1]. До цього додавалася також пора дня, придатна для виконання зобов'язання[2].

При цьому справедливо зверталася увага на неприпустимість ототожнення виконання зобов'язання частинами і вчинення боржником окремих дій, сукупність яких відображає виконання ним свого «комплексного» обов'язку, що охоплює ці різноманітні дії[3].

На думку М. І. Брагінського, з якою варто погодитися, виконання зобов'язання з множинністю осіб на стороні боржника і (або) кредитора також є способами виконання зобов'язання. Це стосується і часткових, і солідарних зобов'язань[4].

---

[1] *Новицкий И. Б., Лунц Л. А.* Зазнач. праця. — С. 284—285; *Иоффе О. С.* Обязательственное право. — С. 93. Детальний аналіз виконання зобов'язання частинами див.: *Сарбаш С. В.* Исполнение обязательства по частям // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. — 2003. — № 12. — С. 99—107; 2004, № 1. — С. 135—146.

[2] *Новицкий И. Б., Лунц Л. А.* Зазнач. праця. — С. 285.

[3] Научно-практический комментарий к ГК РСФСР / Под ред. Е. А. Флейшиц. — М., 1996. — С. 196—197.

[4] *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Книга первая: Общие положения. — С. 430—431.

Не викликає заперечень і позиція тих авторів, хто як способи виконання зобов'язань розглядає зустрічне виконання та виконання шляхом внесення боргу в депозит[1].

Таким чином, виходячи із результатів наукових досліджень, до способів виконання договірних зобов'язань можна, зокрема, віднести:

— виконання зобов'язання одноразово або частинами;

— виконання зобов'язання з множинністю осіб на стороні боржника та/або кредитора;

— виконання часткових і солідарних зобов'язань;

— зустрічне виконання;

— виконання внесенням боргу в депозит нотаріуса.

Зупинимося на деяких з них докладніше.

Згідно з ч. 1 ст. 538 ЦК України зустрічним виконанням зобов'язання визнається виконання свого обов'язку однією із сторін, яке відповідно до договору обумовлене виконанням другою стороною свого обов'язку. Основною метою регулювання зустрічного виконання є, на думку С. В. Сарбаша, надання суб'єкту зустрічного виконання права на затримку виконання свого зобов'язання або навіть і на відмову від виконання у випадку якщо контрагент, зобов'язаний виконати своє зобов'язання першим, такого виконання не здійснює[2].

В літературі висловлено твердження про те, що між положеннями ч. 1 і 2 ст. 538 ЦК України існують суперечності[3], яке, на наш погляд, є безпідставним. Справа в тому, що норми, вміщені в ч. 1 та ч. 2 ст. 538 ЦК України, покликані регулювати різні суспільні відносини, і вже з цієї причини не можуть суперечити одна одній. Так, ч. 1 ст. 538 визначає поняття зустрічного виконання зобов'язання як таке виконання свого обов'язку однією із сторін, яке відповідно до договору обумовлене виконанням другою стороною свого обов'язку. Таким чином, у цій нормі йдеться про *залежність* між одним і іншим виконанням обов'язку, як *ознаку* зустрічного виконання. В ч. 2 ст. 538 ЦК України закріплено *спосіб* виконання зустрічного зобов'язання, а саме: при зустрічному виконанні зобов'язання сторони повинні виконувати свої обов'язки *одночасно*.

---

[1] Гражданское право: В 2 т. Т. II. Полутом 1: Учебник / Отв. ред. проф. Е. А. Суханов. — С. 49.

[2] *Сарбаш С. В.* Исполнение взаимных обязательств. — М.: Статут, 2004. — С. 15.

[3] *Утєхін І. Б.* Спосіб виконання договору // Збірник тез доповідей Всеукраїнської науково-практичної конференції студентів та аспірантів «Актуальні проблеми приватного права в умовах становлення національної економіки». — К., 2004. — С. 43.

Виконання шляхом внесення боргу в депозит М. І. Брагінський іменує спеціальним способом виконання[1]. Відповідно до ч. 1 ст. 537 ЦК України боржник має право виконати свій обов'язок шляхом внесення належних з нього кредиторові грошей або цінних паперів у депозит нотаріуса в разі:

1) відсутності кредитора або уповноваженої ним особи у місці виконання зобов'язання;

2) ухилення кредитора або уповноваженої ним особи від прийняття виконання або в разі іншого прострочення з їхнього боку;

3) відсутності представника недієздатного кредитора.

Окремо, хоч би коротко, доцільно зупинитися на способі виконання солідарного зобов'язання. Згідно з ч. 1 ст. 543 ЦК України у разі солідарного обов'язку боржників (солідарних боржників) кредитор має право вимагати виконання обов'язку частково або в повному обсязі як від усіх боржників разом, так і від будь-кого з них.

Відповідно до ст. 541 ЦК України ознакою, що характеризує солідарне зобов'язання, є, зокрема неподільність предмета зобов'язання. Тому слід визнати невдалою редакцію ч. 1 ст. 543 ЦК України в частині права кредитора вимагати виконання зобов'язання *частково* (курсив наш. — Т.Б.), оскільки часткове виконання зобов'язання за умови неподільності його предмета просто є неможливим.

Подібні норми містять цивільні кодекси Російської Федерації (ч. 1 ст. 323), Республіки Білорусь (ч. 1 ст. 304), Республіки Казахстан (ч. 3 ст. 287). Проте є й інші, протилежні приклади врегулювання способу виконання солідарного зобов'язання. Наприклад, згідно з ч. 1 ст. 7 Книги 6 ЦК Нідерландів, якщо два або більше боржники несуть солідарну відповідальність, то кредитор по відношенню до кожного з них має право вимагати виконання зобов'язання в цілому. Схожі за змістом норми містять ЦК Республіки Узбекистан (ч. 1 ст. 255) та ЦК Республіки Вірменія (ч. 1 ст. 365).

Згідно з ч. 1 § 432 ЦК Німеччини, якщо кілька осіб мають право вимагати одного неподільного виконання, але вони не є солідарними кредиторами, боржник може надати це виконання всім кредиторам сумісно, а кожен кредитор може вимагати здійснення виконання лише стосовно всіх кредиторів.

На нашу думку, аналогічний підхід має бути закріплений і в ЦК України, тому з метою усунення недоліку в регулюванні способу виконання солідарного зобов'язання пропонуємо вилучити з ч. 1 ст. 543 ЦК України слова «частково або».

---

[1] *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Книга первая: Общие положения. — С. 432.

Аналіз цивільно-правових норм щодо способу виконання договірних зобов'язань дає підстави стверджувати, що спосіб виконання зобов'язання визначається, як правило:

а) умовами укладених договорів (навіть у тих випадках, коли він визначений положеннями актів цивільного законодавства, але сторони можуть відступити від них, не порушуючи вимог ч. 3 ст. 6 ЦК);

б) загальними положеннями ЦК України (щодо неприпустимості виконання зобов'язання частинами, виконання часткових і солідарних зобов'язань, виконання зобов'язань внесенням боргу в депозит нотаріуса тощо);

в) нормами ЦК України та інших актів цивільного законодавства, що регулюють окремі види договорів (щодо виконання зобов'язань за договорами поставки, будівельного підряду, оренди тощо).

Місце виконання зобов'язання. Однією з вимог, встановлених ЦК України щодо виконання зобов'язання, є вимога щодо *місця виконання* (ст. 532 ЦК).

Місцем виконання зобов'язання вважається місце, в якому мають бути вчинені дії боржника, яких вправі вимагати від нього кредитор[1].

З'ясування з необхідною точністю місця виконання зобов'язання покликане сприяти реалізації принципу належного виконання, оскільки за його допомогою сторони не лише встановлюють вимогу, дотримання якої буде свідченням належного виконання, але і формулюють умови договору щодо визначення і розподілу витрат на доставку предмета виконання (за загальним правилом такі витрати на доставку покладаються на боржника), визначення місця передання і приймання товару тощо[2].

Чинний ЦК України встановлює в диспозитивному порядку дещо ширший, ніж ЦК УРСР, перелік місць виконання зобов'язання, у разі невизначеності його в договорі. Це обумовлено як появою нових видів майна, що можуть бути предметом цивільного обігу (наприклад, поділ речей на рухомі та нерухомі), так і необхідністю врахування особливостей виконання зобов'язання щодо зазначених та інших видів майна, що є предметом зобов'язання.

---

[1] Гражданский кодекс Украинской ССР: Научно-практический комментарий. — С. 178.

[2] *Брагинский М. И.*, *Витрянский В. В.* Договорное право. Книга первая: Общие положения. — С. 428; Гражданское право. Т. 1: Учебник. Изд. 5-е, перераб. и доп. / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — С. 531—532; Гражданское право. Т. 1: Учебник для вузов (академический курс) / Отв. ред.: М. К. Сулейменов, Ю. Г. Басин. — С. 592.

Загальне правило щодо місця виконання встановлене абз. 1 ч. 1 ст. 532 ЦК України, згідно з якою сторони зобов'язання можуть встановити місце його виконання в договорі. Наприклад, при укладенні договору перевезення пасажира в білеті зазначається місце (пункт призначення), до якого перевізник зобов'язується доставити пасажира; в договорі купівлі-продажу меблів сторони передбачили обов'язок продавця доставити меблі на квартиру покупця тощо.

У тих випадках, коли місце виконання зобов'язання в договорі не визначено, виконання зобов'язання проводиться в місцях, встановлених абз. 2 ч. 1 ст. 532 ЦК України. При цьому критерієм визначення місця виконання законодавець обрав вид зобов'язання, обумовлений його предметом.

Так, місцем виконання зобов'язання про передання *нерухомого майна* є місцезнаходження цього майна. Згідно з абз. 1 ч. 1 ст. 181 ЦК України до нерухомих речей (нерухомого майна, нерухомості) належать земельні ділянки, а також об'єкти, розташовані на земельній ділянці, переміщення яких є неможливим без їх знецінення та зміни їх призначення.

Разом з тим, оскільки в абз. 2 ч. 1 ст. 181 ЦК України встановлено, що режим нерухомої речі може бути поширений законом на повітряні та морські судна, судна внутрішнього плавання, космічні об'єкти, а також інші речі, права на які підлягають державній реєстрації (подібні норми є і в законодавстві інших держав—учасниць СНД — ст. 316 ЦК Російської Федерації, ст. 281 ЦК Республіки Казахстан), постає питання: чи поширюється положення ст. 532 ЦК України щодо місця виконання зобов'язання про передання нерухомого майна на випадки передання майна, на яке може бути поширений режим нерухомої речі? Інакше кажучи, чи має майно, зазначене у абз. 2 ч. 1 ст. 181 ЦК України, у разі поширення на нього режиму нерухомого, передаватися у місці його знаходження?

В юридичній літературі з цього приводу стверджується, що на майно, на яке поширений режим нерухомої речі, положення щодо місця виконання зобов'язання, встановлені для нерухомих речей, не поширюються, оскільки це майно не є нерухомим, а лише прирівнюється до нерухомих речей[1]. Менш категорично висловлюється М. І. Брагінський, який, не наводячи аргументів, вважає проте, що для поширення загального положення щодо місця виконання зобов'язання про передання нерухомих речей на передання повітряних і морських суден тощо немає підстав[2].

---

[1] Гражданское право. Т. 1: Учебник для вузов (академический курс) / Отв. ред.: М. К. Сулейменов, Ю. Г. Басин. — С. 593.

[2] *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Книга первая: Общие положения. — С. 429.

Поділяючи думку щодо необхідності законодавчого вирішення цього питання[1], пропонуємо доповнити п. 1 ч. 1 ст. 523 ЦК України наступним положенням: «а за зобов'язанням про передання майна, на яке згідно з ч. 1 ст. 182 ЦК України законом поширений режим нерухомої речі, — за місцем, встановленим зазначеним законом».

Уявляється, що при встановленні місця виконання зобов'язання про передання майна, зазначеного в абз. 2 ч. 1 ст. 181 ЦК України, доцільно застосувати диференційований підхід, який залежить від того, чи можливе реальне передання майна, на яке поширений режим нерухомої речі, в присутності сторін зобов'язання або їх компетентних представників, які б могли перевірити технічні характеристики морського чи повітряного судна, його роботу тощо (наприклад, передання повітряного судна в ангарі, на льотному полі, на заводі; передання морського судна чи судна внутрішнього плавання в порту стоянки, на судноремонтному заводі тощо). Необхідно також враховувати і те, що зазначені майнові об'єкти мають передаватися разом з визначеною сторонами зобов'язання документацією (наприклад, для морського судна — відповідно до ст. 35 Кодексу торговельного мореплавства України, для повітряного — до ст. 30 Повітряного кодексу України). Що стосується, наприклад, зобов'язання щодо передання космічного об'єкта, то його виконання за місцем знаходження майна — у космосі — навряд чи можливе у всіх випадках.

Виконання зобов'язання за місцезнаходженням нерухомого майна стосується не тільки передання цього майна у власність, але і в користування або інше речове чи зобов'язальне право (господарське відання, оперативне управління, оренду, лізинг тощо).

Зобов'язання щодо передання товару (майна), якщо це зобов'язання виникає на підставі *договору перевезення*, виконується за місцем здавання товару (майна) перевізникові.

Норма, що аналізується, уточнює, про який товар в ній йдеться: це майно. Таке уточнення має істотне значення, оскільки чинне законодавство містить кілька визначень поняття «товар» (наприклад, одне з них, встановлене ст. 1 Закону України від 16 квітня 1991 р. «Про зовнішньоекономічну діяльність», розуміє під товаром будь-яку продукцію, послуги, роботи, права інтелектуальної власності та інші немайнові права, призначені для продажу (оплатної передачі)[2].

Ст. 190 ЦК України відносить до майна як особливого об'єкта окрему річ, сукупність речей, а також *майнові права та обов'язки*

---

[1] Гражданское право. Т. 1: Учебник для вузов (академический курс) / Отв. ред.: М. К. Сулейменов, Ю. Г. Басин. — С. 593.

[2] Відомості Верховної Ради УРСР. — 1991. — № 29. — Ст. 377.

(курсив наш. — Т.Б.), проте лише річ (сукупність речей), а не майнові права та обов'язки, може бути об'єктом договору перевезення — вантажем (ч. 1 ст. 909 ЦК).

Товар, як об'єкт передавання за зобов'язанням, що виникає на підставі договору перевезення, це не лише власне товари народного споживання, але і продукція виробничо-технічного призначення. Такий висновок випливає з положень чинного законодавства, зокрема з Законів України від 22 грудня 1998 р. «Про захист національного товаровиробника від демпінгового імпорту», «Про захист національного товаровиробника від субсидованого імпорту», «Про застосування спеціальних заходів щодо імпорту в Україну»[1].

На відміну від ст. 316 ЦК Російської Федерації (РФ) та ст. 281 ЦК Республіки Казахстан (РК) ч. 1 ст. 532 ЦК України не встановлює, що місцем виконання зобов'язання про передання товару, що випливає на підставі договору перевезення, є місце передання його *першому* (курсив наш. — Т.Б.) перевізнику. Проте текстуальна особливість ст. 532 ЦК України, в п. 2 якої зазначено, що зобов'язання виникає на підставі договору перевезення (в ст. 316 ЦК РФ і ст. 281 ЦК РК йдеться відповідно про зобов'язання, яке передбачає перевезення товару, або зобов'язання з використанням перевезення), на нашу думку, розвіює будь-які сумніви стосовно передання товару відправником перевізнику (стороні договору перевезення), який і буде першим перевізником. В цьому разі місцем виконання буде станція (порт, пристань, аеропорт тощо) відправлення, склад постачальника (вантажовідправника) при перевезенні автомобільним транспортом.

Якщо зобов'язання про передання товару (майна) виникає на підставі *інших* (ніж перевезення) *правочинів*, його виконання провадиться за місцем виготовлення (ательє з пошиття та ремонту одягу, фотоательє, перукарня тощо) або зберігання товару (магазин, склад товаровиробника, гардероб театру тощо), якщо це місце було відоме кредиторові на момент виникнення зобов'язання.

Законом встановлені особливості щодо місця виконання *грошового зобов'язання* (п. 4 ст. 532 ЦК)[2].

Визначивши конкретні місця виконання окремих видів зобов'язання, ст. 532 ЦК України встановила, що *інші зобов'язання* (крім розглянутих вище) виконуються за місцем проживання (місцезнаходженням) боржника.

---

[1] Відомості Верховної Ради України. — 1999. — № 9—10. — Ст. 65; № 11. — Ст. 78; № 12—13. — Ст. 80.

[2] Більш детально щодо місця виконання грошових зобов'язань див. підрозділ 4.1 дисертації.

Згідно з ч. 2 ст. 532 ЦК України, якщо це встановлено актами цивільного законодавства або випливає із суті зобов'язання чи звичаїв ділового обороту, зобов'язання може бути виконане в іншому місці.

Так, ст. 970 ЦК України визначає місце виконання зобов'язання за договором про надання індивідуального банківського сейфа, що охороняється банком, а ст. 972 ЦК України — місце виконання зобов'язання щодо зберігання речей у камерах схову організацій, підприємств транспорту.

Виходячи із суті зобов'язання, наприклад, капітальний ремонт будинку може бути проведений лише за місцем його знаходження, тому місце виконання такого роду зобов'язання встановлювати в договорі немає потреби.

Визначення місця виконання зобов'язання, що випливає із звичаїв ділового обороту (наприклад, Правил ІНКОТЕРМС), широко застосовується при виконанні договорів міжнародної купівлі-продажу.

На завершення зазначимо, що місце виконання зобов'язання є одним з елементів його належного виконання[1]. Якщо зобов'язання виконане у місці, що зазначене в договорі, законі або випливає із звичаїв ділового обороту, є всі підстави стверджувати, що за цим елементом зобов'язання виконане належним чином. Недотримання ж вимоги щодо місця виконання зобов'язання є свідченням його неналежного виконання.

Строк (термін) виконання договірного зобов'язання. Як зазначав В. І. Синайський, виконання визнається дійсним (правильним), коли воно здійснене: а) ким і кому слід, б) *коли вчинене в належний час* (курсив наш. — Т.Б.), належному місці і в) належним чином[2]. Відтак, одним із елементів належного виконання договірного зобов'язання в цивільному праві поряд із суб'єктами, місцем, предметом, способом, якістю, обсягом, є належний час (строк, термін) виконання.

Юридичне значення строків у цивільному праві В. П. Грибанов вбачав у тому, що настання чи сплив того або іншого строку завжди тягнуть певні юридичні наслідки, пов'язані з виникненням чи припиненням цивільних прав або обов'язків[3]. Проте у сфері здійснення цивільно-правових відносин юридичне значення має не сплив часу взагалі, а сплив певного строку, настання певного моменту тощо.

---

[1] *Боднар Т. В.* Місце виконання цивільно-правового зобов'язання // Часопис Київського університету права. — 2003. — № 4. — С. 46—49.

[2] *Синайский В. И.* Зазнач. праця. — С. 332.

[3] *Грибанов В. П.* Осуществление и защита гражданских прав. Изд. 2-е, стереотип. — М.: Статут, 2001. — С. 248.

Крім того, для розуміння ролі строків як юридичних фактів, важливе значення має та обставина, що строки, пов'язані із здійсненням цивільних прав і обов'язків, встановлюються людьми. Вони передбачаються або безпосередньо нормами права, або самими учасниками цивільних правовідносин, або органами, що розглядають цивільно-правові спори. Нарешті, оскільки строк вже встановлений і при настанні певних, передбачених законом або договором обставин почав свій перебіг, його перебіг за загальним правилом вже не залежить від волі людей. Проте, як зазначає В. П. Грибанов, і під час перебігу певного строку воля і діяльність людей можуть справляти на нього істотний вплив[1].

Значення строку (терміну) як елементу належного виконання договірного зобов'язання, на нашу думку, проявляється в його функціях, а саме:

а) дотримання умови щодо строку (терміну) виконання зобов'язання є підставою для визнання виконання у цій частині належним;

б) строк (термін) є тим мірилом відліку часу, зі спливом (настанням) якого виникає (припиняється) зобов'язання, а це означає, що до спливу строку (настання терміну) кредитор не має права вимагати виконання, а боржник не зобов'язаний виконувати, тоді як по настанні часу виконання боржник зобов'язаний виконати, а кредитор не має права відмовитись від прийняття належного виконання;

в) строк (термін) є критерієм, за яким розрізняють зобов'язання з визначеним строком виконання і зобов'язання з невизначеним строком виконання;

г) як прострочення виконання, так і дострокове виконання (за загальним правилом) вважаються неналежним виконанням;

д) строк є критерієм оцінки правомірності поведінки суб'єктів зобов'язання з точки зору її своєчасності;

е) за допомогою категорії «строк (термін) виконання» можна з'ясувати: чи мало місце в конкретному випадку прострочення виконання зобов'язання (неналежне виконання), чи його невиконання[2].

Якщо ЦК УРСР 1963 р. (ст. 161) вживав лише одне поняття — *строк*, під яким розумілася конкретна дата (конкретний день, конкретну година), на яку має бути виконане зобов'язання, то в ст. 530 чинного ЦК України крім цього, досить звичного для зобов'язального права поняття, вжито ще два поняття, за допомогою яких познача-

---

[1] *Грибанов В. П.* Осуществление и защита гражданских прав. — С. 250.

[2] *Боднар Т. В.* Строк (термін) виконання договірного зобов'язання в цивільному праві України // Вісник господарського судочинства. — 2004. — № 2. — С. 207—212.

ються інші існуючі види часу виконання зобов'язання — *термін*, і *подія, яка неминуче має настати*.

Слід зазначити, що слова «строк» і «термін» в чинному законодавстві і судовій практиці[1] тривалий час застосовувалися і застосовуються як синоніми, причому останнє розуміється і вживається як перекладене на українську мову з російської слово «срок».

Стаття 530 ЦК України, в назві і змісті якої вживаються слова «строк», «термін» не розкриває змісту цих понять, тому за відповіддю звернемося до Глави 18 ЦК України «Визначення та обчислення строків», положення якої мають загальне значення, оскільки поширюються не лише на строки (терміни) виконання зобов'язання, але і на інші періоди (моменти) у часі, зі спливом (настанням) яких пов'язані дії чи події, що мають юридичне значення (наприклад, строк дії довіреності, строк придатності товару, гарантійний строк, максимальний (граничний) строк тощо).

Згідно з ч. 1 ст. 251 ЦК України *строком* є певний період у часі, зі *спливом* (курсив наш. — Т. Б.) якого пов'язана дія чи подія, яка має юридичне значення. Стосовно виконання зобов'язання — це період часу, протягом якого зобов'язання має бути виконане (наприклад, оплатити поставлену продукцію протягом 5 днів з моменту відвантаження її продавцем).

В такому розумінні поняття строку застосовується і в інших актах чинного законодавства. Наприклад, Закон України від 15 травня 2003 р. «Про державну реєстрацію юридичних осіб і фізичних осіб-підприємців»[2] містить такі конструкції: «...строк, що не перевищує десяти робочих днів з дати, яка встановлена...» (ст. 19 Закону), «...строком на два місяці...» (ст. 23 Закону) тощо.

Згідно з ч. 1 ст. 252 ЦК України строк визначається роками, місяцями, тижнями, днями або годинами.

Під *терміном* в ч. 2 ст. 251 ЦК України розуміється певний момент у часі, з *настанням* (курсив наш. — Т.Б.) якого пов'язана дія чи подія, яка має юридичне значення[3]. Тому слід визнати такими, що не відповідають положенням ЦК України, норми на зразок «плата за телеграми, подані в кредит, вноситься *в десятиденний термін після* (курсив наш. — Т. Б.) одержання рахунка...»[4] або «абонентна

---

[1] Абзац 3 п. 9.7 Роз'яснення Вищого господарського суду України від 10 грудня 1996 р. № 02-5/422 «Про судове рішення».

[2] Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 31—32. — Ст. 263.

[3] Слід розрізняти термін як певний момент у часі і термін-слово, про який ідеться у ч. 3 ст. 213 ЦК і який не має відношення до строків.

[4] Пункт 13 Правил користування телеграфним зв'язком, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 4 квітня 1997 р. № 208 // Офіційний вісник України. — 1997. — Число 18. — С. 37.

плата за користування телефоном... вноситься абонентом в десятиденний термін після одержання рахунка, але не пізніше 20 числа місяця, що настає після повного розрахункового періоду»[1]. На нашу думку, юридичні конструкції, подібні останній, коли час виконання зобов'язання визначається одночасно і строком, і терміном, взагалі не повинні вживатися в законодавстві як такі, що лише ускладнюють з'ясування питання щодо своєчасного виконання зобов'язання.

По-суті, терміном є конкретна дата (день, година), на яку має бути виконане зобов'язання. Такий висновок випливає зі змісту ч. 2 ст. 252 ЦК України, згідно з якою термін визначається календарною датою або вказівкою на подію, яка неминуче має настати. Прикладом ототожнення терміну і дати може слугувати ч. 2 ст. 677 ЦК України, в якій вжито таку конструкцію: «...або терміном (датою), до настання якого товар є придатним до використання».

Водночас абзац 2 ч. 1 ст. 530 ЦК України містить норму, якою встановлено, що зобов'язання, строк (термін) виконання якого визначений вказівкою на подію, яка неминуче має настати, підлягає виконанню з настанням цієї події.

На нашу думку, це положення ч. 1 ст. 530 ЦК України (в частині визначення строку виконання зобов'язання вказівкою на подію, яка неминуче має настати) суперечить не лише ч. 1 ст. 252 ЦК України, норма якої щодо визначення періодів часу є імперативною, але і визначенню поняття строку, встановленому ч. 1 ст. 251 ЦК України, як певного періоду у часі. З цього визначення, яке відображає, власне, природу строку, чітко випливає, що строк не може закінчуватися з настанням події.

З урахуванням викладеного було б доцільним вилучити з абзацу 2 ч. 1 ст. 530 ЦК України слово «строк», залишивши слово «термін» без дужок. Тим самим буде досягнута відповідність і взаємоузгодженість у визначенні поняття строку між статтями 252 і 530 ЦК України.

Разом з тим як щодо терміну, так і щодо строку цілком прийнятним є застосування поняття «настання події» *для початку* перебігу строку (ст. 253 ЦК).

Слід також мати на увазі, що у випадках, коли виконання зобов'язання поставлено у залежність від події, що може і не настати (наприклад, затвердження проектно-кошторисної документації на об'єкт будівництва), мова має йти не про термін, а про умову виконання зобов'язання, на що наголошував Л. А. Лунц[2].

---

[1] Пункт 61 Правил користування місцевим телефонним зв'язком, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 22 квітня 1997 р. № 385 // Офіційний вісник України. — 1997. — Число 17. — С. 46.

[2] *Новицкий И. Б., Лунц Л. А.* Зазнач. праця. — С. 277.

Частина 1 ст. 530 ЦК України містить загальне правило, згідно з яким якщо у зобов'язанні встановлений строк (термін) його виконання, то воно підлягає виконанню у цей строк (термін).

Такі зобов'язання іменуються зобов'язаннями з визначеним строком (терміном) їх виконання.

Строк (термін) виконання зобов'язання, як і інші умови належного виконання, може бути встановлений актом цивільного законодавства, договором або випливати із сутності зобов'язання чи звичаїв ділового обороту.

Так, згідно з п. 20 Правил користування електричною енергією для населення, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 26 липня 1999 р. № 1357[1], плата за спожиту протягом розрахункового періоду (таким періодом є календарний місяць) електричну енергію вноситься не пізніше 10 числа наступного місяця, якщо договором не встановлено іншого терміну.

Л. А. Лунцем було висловлено думку, що строк виконання зобов'язання в деяких випадках може бути встановлений судовим рішенням. При цьому автор посилався на норму Цивільного процесуального кодексу (аналогічні положення містять чинні Цивільний процесуальний кодекс України і Господарський процесуальний кодекс України), якою встановлено право суду розстрочити або відстрочити виконання судового рішення[2].

На наш погляд, наведена аргументація є невдалою, оскільки відносини щодо стягнення грошових сум чи вчинення інших дій, що складаються і функціонують у виконавчому провадженні, не регулюються цивільним законодавством, оскільки за своєю юридичною природою не є цивільними зобов'язальними правовідносинами.

Ілюстрацією встановлення строку виконання зобов'язання судовим рішенням може бути випадок, коли в резолютивній частині рішення про вчинення певних дій або про утримання від певних дій (наприклад, про звільнення займаного приміщення), у разі необхідності, зазначається строк виконання відповідних дій[3].

Поряд із зобов'язаннями, в яких визначено строк (термін) виконання, ЦК України допускає можливість існування і зобов'язань з невизначеним строком (терміном) їх виконання (в літературі такі зобов'язання отримали назву «безстрокові»[4]). Так, в ч. 2 ст. 530 ЦК України вміщені правила, що стосуються виконання зобов'язань, в

---

[1] Офіційний вісник України. — 1999. — № 30. — Ст. 1543.

[2] *Новицкий И. Б., Лунц Л. А.* Зазнач. праця. — С. 278.

[3] Пункт 9.8 Роз'яснення Вищого господарського суду України «Про судове рішення».

[4] *Мейер Д. И.* Зазнач. праця. — С. 483; *Синайский В. И.* Зазнач. праця. — С. 333.

яких строк (термін) виконання боржником обов'язку не встановлений або визначений моментом пред'явлення вимоги. Кредитор у такому зобов'язанні наділений правом вимагати його виконання у будь-який час. Але, враховуючи, що для боржника негайне задоволення вимог кредитора не завжди можливе, закон встановив для нього загальний «пільговий» строк виконання зобов'язання, що дорівнює семи дням від дня пред'явлення вимоги.

Встановлений ч. 2 ст. 530 ЦК України семиденний строк не застосовується, якщо з договору або актів цивільного законодавства випливає обов'язок негайного виконання.

Взагалі в ЦК України неодноразово вживається термін «негайно» та похідні від нього терміни (наприклад, негайному — ч. 2 ст. 709 ЦК), в тому числі стосовно виконання певних договірних зобов'язань. Так, згідно з ч. 1 ст. 690 ЦК якщо покупець (одержувач) відмовився від прийняття товару, переданого продавцем, він зобов'язаний забезпечити схоронність цього товару, *негайно* (курсив наш. — Т. Б.) повідомивши про це продавця. Частиною 3 ст. 703 ЦК України встановлено, що у разі якщо покупцеві не надається оплачений товар, продавець повинен на вимогу покупця негайно надати покупцеві товар або повернути сплачену ним грошову суму.

Термін «негайно» вжито також у статтях 765, 785, 853, 882, 897 ЦК України та ін.

Поряд з цим терміном законодавець у ряді статей ЦК України вживає конструкцію «на першу вимогу», яка, на нашу думку, може розглядатися як тотожна терміну «негайно». Так, зберігач зобов'язаний на першу вимогу поклажодавця повернути річ, навіть якщо строк її зберігання не закінчився (ст. 953 ЦК); за договором банківського вкладу незалежно від його виду банк зобов'язаний видати вклад або його частину на першу вимогу вкладника, крім вкладів, зроблених юридичними особами на інших умовах повернення, які встановлені договором (ч. 2 ст. 1060 ЦК).

Аналізуючи зміст статей 251, 252 та ч. 2 ст. 530 ЦК України, доходимо висновку, що ні строк, ні термін виконання зобов'язання в статтях, аналогічних наведеним вище, або не встановлені, або визначені моментом пред'явлення вимоги, а тому в подібних випадках негайне виконання, виходячи із засади розумності, має бути здійснене в мінімальний строк, достатній для вчинення конкретної дії.

У деяких випадках, можливість виникнення яких не знайшла відображення в ч. 2 ст. 530 ЦК України, закон встановлює інші, ніж семиденний пільговий, строки виконання зобов'язання. Наприклад, відповідно до ч. 1 ст. 1049 ЦК України у разі, якщо договором не

встановлений строк повернення позики або цей строк визначений моментом пред'явлення вимоги, позика має бути повернена позичальником протягом тридцяти днів від дня пред'явлення позикодавцем вимоги про це, якщо інше не встановлено договором.

ЦК України не дає прямої відповіді на запитання, як бути у тих випадках, коли зобов'язання не передбачає строку його виконання і не містить жодних умов для визначення цього строку? Адже 7-денний («пільговий») строк може бути застосований далеко не для всіх видів договорів, особливо підприємницьких.

В міжнародних конвенціях та в інших джерелах *lex mercatoria*[1], а також в цивільному законодавстві багатьох держав для таких випадків встановлюються так звані *розумні строки* (ч. 2 ст. 314 ЦК Російської Федерації, ч. 2 ст. 277 ЦК Республіки Казахстан), під якими розуміється період часу, зазвичай необхідний для вчинення дії, передбаченої зобов'язанням.

ЦК України містить значну кількість посилань на розумні строки, зокрема, при виконанні окремих видів зобов'язань. Так, згідно з ч. 1 ст. 666 ЦК якщо продавець не передає покупцеві приналежності товару та документи, що стосуються товару та підлягають переданню разом з товаром відповідно до договору купівлі-продажу або актів цивільного законодавства, покупець має право встановити розумний строк для їх передання. Відповідно до ч. 2 ст. 690 ЦК продавець зобов'язаний забрати (вивезти) товар, не прийнятий покупцем (одержувачем), або розпорядитися ним у розумний строк. Термін «розумні строки» вжито також в статтях 670, 672, 684, 688 та інших ЦК України, проте загальна норма про підстави застосування таких строків в ЦК відсутня.

Запровадивши в обіг категорію «розумні строки», законодавець, як правило не визначив критерію, якими повинні керуватися сторони зобов'язання, визначаючи розумність строку. Виняток становить лише ч. 2 ст. 846 ЦК України, згідно з якою якщо у договорі підряду не встановлені строки виконання роботи, підрядник зобов'язаний виконати роботу, а замовник має право вимагати її виконання у розумні строки, *відповідно до суті зобов'язання, характеру та обсягів роботи та звичаїв ділового обороту* (курсив наш. — Т. Б.).

В інших же випадках законодавець лише допускає можливість виконання зобов'язання у розумний строк. Як приклад, наведемо

---

[1] Див. статті 18, 33, 39, 43, 46 та ін. Конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів від 11 квітня 1980 р. (Віденська конвенція); ст. 2.7 Принципів міжнародних комерційних договорів (Принципы международных коммерческих договоров / Пер. с англ. А. С. Комарова. — М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996. — 328 с.).

ч. 1 ст. 919 ЦК України, відповідно до якої перевізник зобов'язаний доставити вантаж, пасажира, багаж, пошту до пункту призначення у строк, встановлений договором, якщо інший строк не встановлений транспортними кодексами (статутами), іншими нормативно-правовими актами та правилами, що видаються відповідно до них, а в разі відсутності таких строків — *у розумний строк* (курсив наш — Т. Б.).

Використання в цивільному законодавстві України категорії «розумний строк» (крім неї, в ЦК України вживається категорія «розумний час» — ст. 1146) є, на наш погляд, одним із проявів дії принципу розумності як однієї із загальних засад цивільного законодавства взагалі (п. 6 ст. 3 ЦК) і зобов'язального права зокрема (ч. 3 ст. 509 ЦК).

З метою законодавчого закріплення засади розумності стосовно строків виконання зобов'язання вважаємо за доцільне внести зміни до ч. 2 ст. 530 ЦК України, доповнивши її нормою про те, що

якщо зобов'язання не передбачає строку його виконання і не містить умов, що дозволяють визначити цей строк, воно підлягає виконанню в розумний строк після виникнення зобов'язання.

Зауважимо, що при цьому йдеться не про просте текстуальне відтворення норми, встановленої цивільними кодексами інших пострадянських держав, а про необхідність надання засаді розумності характеру принципу виконання зобов'язання.

Щодо зобов'язань, які виконуються тривалий час, можуть встановлюватися проміжні строки, як правило, з метою забезпечити постійний контроль кредитора за своєчасним виконанням боржником свого обов'язку. Як приклад, можна навести положення ч. 1 ст. 846 ЦК України щодо встановлення у договорі підряду строків виконання окремих етапів роботи.

Зобов'язання повинні виконуватися в строки (терміни), встановлені в законі або договорі. Тому *дострокове виконання* зобов'язання допускається, за загальним правилом, якщо інше не передбачено договором, актами цивільного законодавства або не випливає із суті зобов'язання чи звичаїв ділового обороту (зазначимо, що в цивільних кодексах інших держав, що регулюють також і відносини підприємництва, встановлена презумпція неприпустимості дострокового виконання зобов'язання в підприємницькій діяльності)[1]. ГК України також встановлює, що зобов'язана сторона має право виконати зобов'язання достроково, якщо інше не передбачено законом,

[1] *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Книга первая: Общие положения. — С. 430.

іншим нормативно-правовим актом або договором, або не випливає із змісту зобов'язання (ч. 5 ст. 193 ГК). Як бачимо, на відміну від ч. 2 ст. 166 ЦК УРСР, згідно з якою умовою дострокового виконання зобов'язань між соціалістичними організаціями визнавалася також згода кредитора, нинішнє господарське законодавство такої вимоги не містить. Це однак, не означає, що боржник має право у будь якому разі на дострокове виконання зобов'язання. Більше того, законодавець встановив оперативно-господарську санкцію у вигляді відмови від оплати за зобов'язанням, достроково виконаним боржником без згоди другої сторони (ч. 1 ст. 236 ГК).

Подібне існування в ГК України двох суперечливих за змістом норм, одна з яких не містить вимоги щодо отримання згоди кредитора на дострокове виконання зобов'язання (зрозуміло, що йдеться про випадки, коли дострокове виконання не заборонене законом, іншим нормативно-правовим актом або договором, або неможливість такого виконання не випливає із змісту зобов'язання), а інша встановлює санкцію за порушення неіснуючої вимоги, уявляється неприпустимим. У зв'язку з цим пропонуємо з метою узгодження положень ст. 193 і ст. 236 ГК України внести зміни до останньої, замінивши в абзаці 2 частини 1 ст. 236 ГК України слова «без згоди другої сторони» словами «з порушенням вимог частини 5 ст. 193 цього Кодексу».

ЦК України містить чимало норм, що передбачають можливість дострокового виконання договірних зобов'язань. Наприклад, згідно з ч. 1 ст. 107 ЦК кредитор юридичної особи, що припиняється, може вимагати від неї припинення або дострокового виконання зобов'язання. Кредитори, яких у встановленому законом порядку було повідомлено про зменшення статутного капіталу господарського товариства, мають право вимагати дострокового припинення або виконання відповідних зобов'язань товариства та відшкодування їм збитків (ч. 5 ст. 144, ч. 1 ст. 157 ЦК). Стаття 592 ЦК України встановлює випадки, за яких заставодержатель має право вимагати дострокового виконання зобов'язання, забезпеченого заставою; ч. 2 ст. 1049 ЦК України надає право позичальнику повернути достроково позику, надану за договором безпроцентної позики. Дострокове виконання договірних зобов'язань передбачене також ч. 2 ст. 1050, ч. 2 ст. 1065 ЦК України тощо. Разом з тим, оскільки це випливає із суті зобов'язання, неможливо достроково виконати зобов'язання за договором довічного утримання.

Водночас з правом дострокового виконання зобов'язання боржником цивільне законодавство встановлює в ряді випадків його

обов'язок на вчинення таких дій, що можна розглядати як санкцію за неналежне виконання зобов'язання. Наприклад, якщо договором встановлений обов'язок позичальника повернути позику частинами (з розстроченням), то в разі прострочення повернення чергової частини позикодавець має право вимагати дострокового повернення частини позики, що залишилася, та сплати належних йому процентів (ч. 2 ст. 1050 ЦК). Таке саме право позикодавець має у разі невиконання позичальником обов'язків, встановлених договором позики, щодо забезпечення повернення позики, а також у разі втрати забезпечення виконання зобов'язання або погіршення його умов за обставин, за які позикодавець не несе відповідальності (ст. 1052 ЦК), якщо інше не встановлено договором.

На відміну від дострокового виконання, щодо якого законодавець виявляє лояльний підхід, не проводячи при цьому диференціації залежно від виду діяльності[1], *прострочення виконання* кваліфікується ст. 612 ЦК України як порушення вимоги щодо строку (терміну) виконання[2].

Прострочення розглядається в науковій літературі як юридичний склад, що тягне за собою зміну правовідносин сторін зобов'язання, яке не виконане в строк. Складовими прострочення при цьому є такі юридичні факти: наявність між сторонами договірних відносин, настання строку виконання зобов'язання, невиконання стороною зобов'язання у строк[3].

Боржник, який прострочив виконання зобов'язання, відповідає перед кредитором згідно з ч. 2 ст. 612 ЦК України (ч. 1 ст. 220 ГК) за завдані простроченням збитки і за неможливість виконання, що випадково настала після прострочення (наприклад, підрядник, який пропустив строк здачі замовникові визначеної договором підряду роботи, несе згідно з ст. 842 ЦК України ризик випадкового знищення або випадкового пошкодження чи псування матеріалу).

Крім того, якщо внаслідок прострочення боржника виконання зобов'язання втратило інтерес для кредитора, він може відмовитися

---

[1] Як ст. 531 ЦК України, так і ч. 5 ст. 193 ГК України встановили дострокове виконання зобов'язання як загальне правило на відміну, наприклад, від ст. 315 ЦК РФ, яка містить спеціальні вимоги щодо дострокового виконання зобов'язання у підприємницькій діяльності.

[2] Ще римські юристи постклассичного періоду відрізняли від правопорушень, пов'язаних із невиконанням зобов'язань, так зване mora debendi, тобто допущене боржником прострочення, затримку платежу (*mora solvendi*) (*Франчози Дж.* Институционный курс римского права / Пер. с итал.; Отв. ред. Л. Л. Кофанов. — М.: Статут, 2004. — С. 420—421).

[3] *Печений О. П.* Зазнач. праця. — С. 8.

від прийняття виконання і вимагати відшкодування збитків (ч. 3 ст. 612 ЦК).

Додаткові наслідки прострочення виконання зобов'язання встановлені ГК України. Вони стосуються порушення господарського зобов'язання, в якому хоча б одна сторона є суб'єктом господарювання, що належить до державного сектора економіки, або порушення пов'язане з виконанням державного контракту, або виконання зобов'язання фінансується за рахунок Державного бюджету України чи за рахунок державного кредиту. У цих випадках за порушення строків виконання зобов'язання стягується пеня у розмірі 0,1 відсотка вартості товарів (робіт, послуг), з яких допущено прострочення виконання за кожний день прострочення, а за прострочення понад тридцять днів додатково стягується штраф у розмірі семи відсотків вказаної вартості. Інший розмір може бути передбачений законом чи договором (ч. 2 ст. 231 ГК).

Прострочення боржника не настає, якщо зобов'язання не може бути виконане внаслідок прострочення кредитора (ч. 4 ст. 612 ЦК). Частина 1 ст. 613 ЦК України визнає кредитора таким, що прострочив, якщо він відмовився прийняти належне виконання, запропоноване боржником, або не вчинив дій, що встановлені договором, актами цивільного законодавства чи випливають із суті зобов'язання або звичаїв ділового обороту, до вчинення яких боржник не міг виконати свого обов'язку.

Час, як один з елементів належного виконання договірного зобов'язання, має особливе значення при *зустрічному виконанні* зобов'язання, яким закон визнає таке виконання свого обов'язку однією з сторін, яке відповідно до договору обумовлене виконанням другою стороною свого обов'язку (ч. 1 ст. 538 ЦК). Особливістю зустрічного виконання зобов'язання є те, що в цих зобов'язаннях кожна із сторін є водночас і боржником, і кредитором. Ось чому на практиці може виникнути проблема черговості виконання кожною із сторін своїх обов'язків.

Відповідно до ч. 2 ст. 538 ЦК України при зустрічному виконанні зобов'язання сторони повинні виконувати свої обов'язки *одночасно*. Інша черговість може бути встановлена договором, актами цивільного законодавства або випливати із суті зобов'язання чи звичаїв ділового обороту.

Практичне значення одночасного виконання обов'язків при зустрічному виконанні полягає в тому, що у разі невиконання однією із сторін у зобов'язанні свого обов'язку або за наявності очевидних підстав вважати, що вона не виконає свого обов'язку у встановлений строк (термін) або виконає його не в повному обсязі, друга сто-

рона має право зупинити виконання свого обов'язку, відмовитися від його виконання частково або в повному обсязі.

Правильне розуміння і застосування в договірній практиці строку (терміну) виконання зобов'язань сприятиме не лише їх належному виконанню сторонами, але і судовому захисту порушеного права кредитора у разі прострочення виконання боржником.

Проте практика свідчить про те, що суди не завжди чітко розуміють відмінність між невиконанням і простроченням виконання договірних (зокрема, грошових) зобов'язань.

Так, розглядаючи справу за позовом приватного підприємця В. до приватного підприємства Є. про стягнення заборгованості за виконані сільськогосподарські роботи, господарський суд встановив, що згідно з умовами договору відповідач зобов'язався оплатити позивачеві послуги з обробітку землі після збирання урожаю відповідно до підписаного обома сторонами акта виконаних робіт у строк не більше 10-и банківських днів з моменту підписання акта. На момент розгляду справи відповідач не оплатив виконані для нього позивачем відповідно до укладеного договору сільськогосподарські роботи на суму 38 803 грн. 30 коп.

Мотивуючи прийняте рішення, суд послався як на статті 525 («Недопустимість односторонньої відмови від зобов'язання») і 526 («Загальні умови виконання зобов'язання») ЦК України, так і на ст. 612 ЦК України, хоч посилатися на останню у нього, на нашу думку, не було підстав, оскільки зобов'язання не було виконане взагалі. Тим більше, з матеріалів справи не вбачається, що договором встановлювалася відповідальність за прострочення виконання грошового зобов'язання і що позивач пред'являв вимогу про стягнення пені чи відшкодування збитків[1].

В іншому випадку цей же суд, розглянувши справу за позовом ТОВ «В» до Сільськогосподарського ТОВ ім. Шевченка про стягнення з відповідача основного боргу за одержані товарно-матеріальні цінності відповідно до договору купівлі-продажу на умовах товарного кредиту № 45 від 19 березня 2003 р., пені, а також 3% річних відповідно до ст. 625 ЦК України, в мотивувальній частині рішення безпідставно, на нашу думку, не послався на положення ч. 2 ст. 612 ЦК України, яка має значення для кваліфікації правопорушення з боку боржника як прострочення виконання грошового зобов'язання, задовольнивши при цьому всі заявлені вимоги[2].

---

[1] Справа № 12/4955 // Архів Господарського суду Хмельницької області за 2004 р.

[2] Справа № 14/2574 // Архів Господарського суду Хмельницької області за 2004 р.

§ 3. Підтвердження виконання договірного зобов'язання

Серед багатьох новел ЦК України, що регулюють виконання договірного зобов'язання, привертає до себе увагу ст. 545 «Підтвердження виконання зобов'язання», що містить окремі положення, яких не було в ст. 216 ЦК УРСР.

З набранням чинності ЦК України положення його ст. 545 знаходять все ширше застосування, поступово формується судова практика, виявляються переваги і недоліки цієї статті, що породило потребу у з'ясуванні характеру і розкритті змісту дій сторін зобов'язання, спрямованих на підтвердження виконання, з тим, щоб усунути можливі прогалини і недоліки в законодавстві і тим самим підвищити його ефективність.

Виконання зобов'язання є тим кінцевим результатом, якого бажали досягти сторони, укладаючи договір. Виконання, проведене належним чином, припиняє зобов'язання. Саме тому важливо підтвердити (доказати) виконання, оскільки, як писав Д. І. Мейєр, саме по собі здійснення задоволення не залишає сліду[1].

На відміну від ЦК Російської Федерації, в якому норми щодо підтвердження виконання поміщені в одній статті з нормами щодо припинення зобов'язання виконанням[2] (відповідно ч. 2 і ч. 1 ст. 408 ЦК РФ) і таким чином, на нашу думку, стосуються лише цієї підстави припинення зобов'язання, в ЦК України (як, до речі, і в ЦК Республіки Казахстан — ст. 290) норми щодо підтвердження виконання зобов'язання вміщені в окрему, самостійну статтю (ст. 545 ЦК), якою завершується Глава 48 ЦК України «Виконання зобов'язання». За такого розташування статті цілком логічним буде висновок про те, що її положення стосуються не лише виконання, проведеного належним чином (ст. 599 ЦК України), але поширюються і на інші випадки виконання (наприклад, часткового виконання), тобто мають універсальний характер.

Згідно з ч. 1 ст. 545 ЦК України, прийнявши виконання зобов'язання, кредитор повинен на вимогу боржника видати йому розписку про одержання виконання частково або в повному обсязі.

Як і ст. 216 ЦК УРСР, ст. 545 ЦК України ставить документальне посвідчення факту виконання зобов'язання в залежність від волі боржника. Проте низкою нормативно-правових актів підтвердження факту виконання окремих видів договірних зобов'язань як між фізичними особами, так і між юридичними особами визнане безу-

[1] *Мейер Д. И.* Зазнач. праця. — С. 488.

[2] Подібну побудову мала і ст. 216 Цивільного кодексу Української РСР 1963 р.

мовно обов'язковим. Наприклад, згідно з п. 2 ст. 3 Закону України від 6 липня 1995 р. «Про застосування реєстраторів розрахункових операцій у сфері торгівлі, громадського харчування та послуг»[1] суб'єкти підприємницької діяльності, які здійснюють розрахункові операції в готівковій та/або в безготівковій формі (із застосуванням платіжних карток, платіжних чеків, жетонів тощо) при продажу товарів (наданні послуг) у сфері торгівлі, громадського харчування та послуг зобов'язані видавати особі, яка отримує або повертає товар, отримує послугу або відмовляється від неї, розрахунковий документ встановленої форми на повну суму проведеної операції.

Це положення Закону закріплюється у більш детальному вигляді в підзаконних нормативно-правових актах, що регулюють конкретні види відносин у зазначених сферах. Так, згідно з п. 36 Правил надання послуг поштового зв'язку, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 17 серпня 2002 р. № 1155[2] про прийняття для пересилання реєстрованого поштового відправлення (поштового переказу) відправникові з додержанням вимог Закону України «Про застосування реєстраторів розрахункових операцій у сфері торгівлі, громадського харчування та послуг» видається розрахунковий документ, що підтверджує надання такої послуги (касовий чек, розрахункова квитанція тощо).

Для боржника розписка кредитора є не лише підтвердженням виконання ним свого обов'язку. У випадку виникнення між боржником і кредитором спору, пов'язаного з виконанням зобов'язання, і розгляду справи в суді розписка слугуватиме доказом, який має безпосереднє відношення до спору.

Разом з тим коли, наприклад, виконання грошового зобов'язання відбувалося у безготівковій формі, то потреби в одержанні підтвердження у боржника може і не виникати, оскільки він (боржник) має змогу одержати від банку, що його обслуговує, інші докази здійснення платежу. Проте така можливість все ж не позбавляє боржника права вимоги до кредитора щодо видачі йому розписки.

Важливо, щоб у розписці було чітко зазначено, на підтвердження виконання якого власне зобов'язання вона видається. Така ідентифікація зобов'язання особливо необхідна, якщо між сторонами існують, крім виконаного, ще й інші зобов'язання. В такому разі, як вірно зазначав Д. І. Мейєр, питання про те, до якого зобов'язання віднести задоволення виконання, вирішується волею боржника: саме він, надаючи задоволення, має право зазначити, до якого зобов'язання воно відноситься. Якщо ж боржник цього не

[1] Відомості Верховної Ради України. — 1995. — № 28. — Ст. 205.

[2] Офіційний вісник України. — № 34. — Ст. 1586.

робить, тим самим він надає право кредиторові самому визначити зобов'язання, щодо якого відноситься задоволення, і тоді питання вирішується волею вірителя[1] (кредитора. — Т.Б.).

Ідентифікувати зобов'язання можна, пославшись на конкретний договір або інший правочин (іншу підставу), з яких виникло зобов'язання, із зазначенням змісту зобов'язання, виконання якого підтверджується.

Як зазначалося, закон передбачає можливість видачі розписки про одержання виконання частково або в повному обсязі, тому ця обставина також має бути чітко вказана в розписці.

З-поміж багатьох цивільних кодексів держав—учасниць СНД лише ЦК Грузії (ст. 430) містить норму, в якій визначені реквізити документа про прийняття виконання. Це відомості щодо обсягу і виду боргу, прізвища та імені боржника або особи, яка оплачує борг, часу та місця виконання.

Певні особливості має підтвердження виконання двостороннього зобов'язання, в якому кожна сторона є кредитором і боржником, а тому може вимагати від іншої сторони підтвердження виконання свого обов'язку. Проблем у підтвердженні виконання не виникає, якщо порядок виконання (черговість дій сторін) встановлений договором. Якщо ж такий порядок не визначений, то очевидно при підтвердженні виконання слід керуватися, крім положень ст. 545, ч. 1 ст. 613 ЦК України, ще і нормою ч. 1 ст. 615 ЦК України, яка надає право стороні частково або в повному обсязі відмовитися від зобов'язання у разі порушення зобов'язання другою стороною. При зустрічному виконанні зобов'язання сторони мають керуватися також і положеннями ст. 538 ЦК України.

Розписка, про яку йдеться в ч. 1 ст. 545 ЦК України, складається в простій письмовій формі. Не можна погодитися з тим, що нотаріальне засвідчення розписки має безумовне доказове значення[2], оскільки ніякі докази не мають для суду чи господарського суду заздалегідь встановленої сили (ч. 2 ст. 62 ЦПК, ч. 2 ст. 43 ГПК України). Більше того, як справедливо зазначає М. І. Брагінський, закріплений в процесуальному законодавстві «принцип допустимості доказів» тут не повинен діяти, а тому на підтвердження виконання зобов'язання сторона (боржник) може надати будь-які докази[3].

---

[1] Мейер Д. И. Зазнач. праця. — С. 487.

[2] Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть). Комментарий (постатейный). В 2-х книгах. Книга 2. — 2-е изд., испр. и доп., с использованием судебной практики / Отв. ред.: М. К.Сулейменов, Ю. Г. Басин. — Алматы: Жеті жаргы, 2003. — С. 196.

[3] *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Книга первая: Общие положения: Изд. 3-е, стереотипное. — М.: Статут, 2001. — С. 450.

Норма ч. 2 ст. 545 ЦК України покладає на кредитора, що приймає виконання зобов'язання, обов'язок повернути боржникові борговий документ, якщо такий раніше був виданий ним кредиторові.

Оперуючи терміном «борговий документ», закон не вказує на те, про який документ (документи) йдеться. Визначення поняття «борговий документ» в чинному законодавстві відсутнє. Термін «борговий цінний папір», зміст якого розкривається в п. 2 ч. 1 ст. 195 ЦК України, на нашу думку, не охоплює всіх можливих видів боргових документів, оскільки обмежується лише категорією цінних паперів, тоді як до боргових документів відносяться і такі, що не мають ознак цінного паперу.

В російській юридичній літературі висловлюється думка, що в цьому випадку йдеться передусім і головним чином про боргові грошові документи (розписки, боргові розписки, векселі тощо)[1], а в коментарі ЦК УРСР як приклади боргових документів називаються розписка і квитанція[2].

З метою уникнення цілком ймовірної ситуації, за якої ототожнюються розписка як документ, що підтверджує виникнення і існування зобов'язання, і розписка, якою підтверджується виконання зобов'язання, доцільно було б з метою розмежування цих документів іменувати перший з них *борговою розпискою*, другий — *розпискою про одержання виконання*. Остання назва безпосередньо вживається в ч. 1 ст. 545 ЦК України.

Крім цього, в ч. 2 ст. 545 ЦК України вважаємо за доцільне навести хоча б примірний перелік боргових документів, наприклад, шляхом викладення першого речення ч. 2 цієї статті у такій редакції:

«*Якщо боржник видав кредиторові борговий документ (боргову розписку, вексель, квитанцію тощо), кредитор, приймаючи виконання зобов'язання, повинен повернути його боржникові*».

У разі неможливості повернення боргового документа (причини такої неможливості закон не встановлює) кредитор повинен вказати про це у розписці про одержання виконання, яку він видає.

Слід зазначити, що цивільні кодекси Російської Федерації (ч. 2 ст. 408), Республіки Вірменія (ч. 2 ст. 424), Республіки Білорусь (ч. 2 ст. 379), Республіки Казахстан (ч. 1 ст. 290), Республіки Узбекистан (ч. 2 ст. 257) та ряду інших держав передбачають можливість заміни розписки про одержання виконання написом на борговому документі, повернутому боржнику. Відсутність подібної норми в ЦК

---

[1] *Белов В. А.* Денежные обязательства. — М.: АО «Центр ЮрИнфоР», 2001. — С. 81.

[2] Гражданский кодекс Украинской ССР: Научно-практический комментарий — С. 219.

України (така норма містилася в ст. 216 ЦК УРСР) зобов'язує кредитора разом з поверненням боргового документа на вимогу боржника видавати ще і розписку про одержання виконання як окремий документ, що уявляється недоречним. Запровадження, а точніше — відновлення в ЦК України норми, про яку тут йдеться, позбавило б кредитора від складання зайвих документів.

Звичайно, повернення боргового документа боржникові вже саме по собі могло б слугувати підтвердженням виконання ним зобов'язання (таке повернення здійснюється в силу прямої вказівки закону, тоді як видача розписки про одержання виконання — на вимогу боржника), проте з метою уникнення звинувачень в неправомірному заволодінні борговим документом такий запис на ньому не був би зайвим.

Таким подвійним посвідченням у виконанні зобов'язання боржник, без сумніву, надійно забезпечувався б[1]. Як писав Д.І.Мейєр, «розписка ця або з'єднується з борговим актом, значиться на ньому, що дуже природно, оскільки задоволення припиняє зобов'язання, а борговий акт свідчить про його існування, або дається окремо від боргового акта, складає особливий акт»[2].

Норма, вміщена в ч. 3 ст. 545 ЦК України, встановлює презумпцію зв'язку долі зобов'язання із перебуванням боргового документа у тієї або іншої сторони зобов'язання. Так, наявність боргового документа у боржника підтверджує виконання ним свого обов'язку. Тому, якщо борговий документ знаходиться у кредитора, обов'язок боржника вважається не виконаним. Виняток становить випадок, коли у виданій кредитором розписці про одержання виконання вказано на неможливість повернення боргового документа боржнику.

Отже, обов'язок кредитора, встановлений ст. 545 ЦК України, може бути реалізований в таких формах: 1) видача розписки про одержання виконання, 2) повернення боргового документа (у разі неможливості його повернення — запис про це у розписці про одержання виконання).

Значення розписки про одержання виконання і боргового документа як документів, що підтверджують виконання зобов'язання, полягає в тому, що відмова кредитора повернути борговий документ або видати розписку є підставою для затримання виконання боржником. У цьому разі настає прострочення кредитора, про що зазначено не лише в ч. 4 ст. 545 ЦК України, але і в абз. 2 ч. 1 ст. 613 ЦК України.

Так, ТОВ «Футарі-холдинг» і ТОВ «Енергоресурс» 1 листопада 2002 р. уклали договір про надання з енерговодозабезпечення, опа-

---

[1] *Синайский В. И.* Зазнач. праця. — С. 335.

[2] *Мейер Д. И.* Зазнач. праця. — С. 488.

лення, обслуговування зливових та інших мереж, в якому, зокрема, встановили, що у разі затримки підписання акта спожитої електроенергії виконавець має право припинити поставку продукції споживачеві через три дні з моменту письмового попередження споживача (тобто затримати виконання зобов'язання. — Т. Б.)[1].

Частина 4 ст. 545 ЦК України не містить відповіді на запитання про те, які правові наслідки настають для кредитора у разі його відмови вчинити запис у виданій розписці про одержання виконання щодо неможливості повернення боргового документа, що є прогалиною в законі, яка потребує заповнення. Натомість цивільне законодавство ряду держав—учасниць СНД містить вказівку на те, що право боржника відмовитися від виконання (ст. 433 ЦК Республіки Грузія) або затримати виконання (ч. 2 ст. 408 ЦК Російської Федерації, ч. 2 ст. 379 Республіки Білорусь, ч. 3 ст. 290 Республіки Казахстан, ч. 3 ст. 424 ЦК Республіки Вірменія, ст. 258 ЦК Республіки Узбекистан) діє і у разі відмови кредитора відмітити у розписці про одержання виконання неможливість повернення боргового документа.

На нашу думку, цілком логічно було б ч. 4 ст. 545 ЦК України після слова «розписку» доповнити словами «чи вказати у розписці на неможливість повернення боргового документа».

У такому разі невиконання кредитором будь-якого із вказаних у частинах 1 та 2 ст. 545 ЦК України обов'язків надавало б право боржникові затримати виконання зобов'язання.

Порівняльний аналіз змісту частин 1 і 4 ст. 545 ЦК України, яка стосується вчинення сторонами зобов'язання певних дій у часовому вимірі, на нашу думку, свідчить про деяку неузгодженість між нормами цих частин. Читаючи положення ч. 1 ст. 545 ЦК України, важко уявити, яким чином боржник має право затримати виконання зобов'язання (про що йдеться у ч. 4 ст. 545 ЦК), якщо його право вимагати від кредитора видати йому розписку настає після прийняття зобов'язання (ч. 1 ст. 545 ЦК). Між тим, у перших варіантах цієї статті замість слова «прийнявши» вживалося слово «приймаючи», яке у поєднанні з висловом «про одержання виконання», на наш погляд, чітко встановлювало часові межі видачі розписки: при прийнятті виконання і його фактичному одержанні. Та й в ч. 2 ст. 545 ЦК України вживається слово «приймаючи», що більше відповідає суті і змісту дій кредитора.

Виходячи з викладеного, вважаємо за доцільне замінити в ч. 1 ст. 545 ЦК України слово «прийнявши» словом «приймаючи».

Хотілося б звернути увагу на ще один аспект, який не знайшов відображення в законодавстві. Йдеться про можливість видачі

---

[1] Рішення Господарського суду м. Києва від 10 березня 2004 р. // Юридическая практика. — 2004. — № 22. — С. 20.

розписки чи повернення боргового документа боржникові, який не виконав свого обов'язку належним чином. Чи можлива така ситуація на практиці? Думаємо, що можлива, оскільки, як зазначалося вище, положення ст. 545 ЦК України носять універсальний характер, а прямої заборони у видачі розписки для інших, ніж підтвердження виконання зобов'язання, цілей закон не містить. Проте в подібних випадках (наприклад, внаслідок прощення боргу — ст. 605 ЦК України) видача розписки або повернення боргового документа боржникові підтверджуватиме не виконання зобов'язання, а його припинення з інших підстав.

М. М. Агарков, досліджуючи «своєрідне місце, яке посідає обов'язок кредитора прийняти виконання» в структурі зобов'язального правовідношення, дійшов висновку, що цей обов'язок кредитора (і відповідне йому право боржника) є не тільки відношенням додатковим до основного відношення у зобов'язанні, але і невіддільним від нього. Це відношення є допоміжним відношенням, оскільки єдина його мета спрямована на виконання боржником його основного обов'язку[1]. Залишається додати, що вкрай важливим для такої характеристики є те, що кредиторський обов'язок не повинен мати характер зустрічного обов'язку з встановленням відповідних правових наслідків його невиконання. В такому разі такий обов'язок не можна кваліфікувати як кредиторський обов'язок.

ЦК України, як і цивільні кодекси інших держав-учасниць СНД, не встановлює, на яку із сторін зобов'язання покладаються (відносяться) витрати, пов'язані із видачею документа про підтвердження виконання. Винятком є ЦК Республіки Грузія, ч. 1 ст. 432 якого встановлює, що витрати по видачі документа про виконання покладаються на боржника, якщо із угоди між ним і кредитором не випливає інше.

На нашу думку, відсутність подібної норми в ЦК України за умови, що видача розписки про одержання виконання є обов'язком кредитора, дає підстави для висновку про те, що витрати, про які тут йдеться, мають покладатися на кредитора. У зв'язку з цим ст. 545 ЦК України варто було б доповнити частиною 5 відповідного змісту.

Як зазначалося раніше, положення ст. 545 ЦК України щодо підтвердження виконання є універсальними і застосовуються щодо всіх зобов'язань. Разом з тим специфіка окремих видів відносин зумовила потребу в спеціальному законодавчому регулюванні прийняття виконання повністю або частково. Одним із прикладів такого спеціального регулювання є положення ст. 882 ЦК України щодо

[1] *Агарков М. М.* Избранные труды по гражданскому праву. В 2-х т. Т. I. — С. 277.

передання та прийняття робіт, виконаних за договором будівельного підряду. На практиці актами передання-прийняття підтверджується виконання зобов'язань за договорами побутового підряду, підряду на проведення проектних та пошукових робіт, на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт тощо. Умови щодо цього сторони визначають у відповідних договорах. В договорах цього виду доцільно також встановлювати правові наслідки відмови кредитора від складання і підписання актів передання-прийняття, оскільки відсутність таких наслідків у законодавстві призводить до порушення прав боржника.

Одним із прикладів такого порушення можуть бути обставини справи, розглянутої Господарським судом Хмельницької області. З матеріалів цієї справи вбачається, що приватним підприємцем В. були виконані роботи по оранці землі згідно з умовами договору. Замовник відмовився підписати два акти виконаних робіт від 14 вересня 2004 р. загалом на суму 19 203 грн. 30 коп., у зв'язку з чим позивач (громадянин-підприємець В.) склав акти в односторонньому порядку, які засвідчили механізатори, що виконували роботу, а також в одному випадку обліковець, а в другому сільський голова. Проте суд не прийняв ці акти як докази виконання робіт, а тому відмовив позивачеві у задоволенні позовних вимог на зазначену суму[1]. Жодних наслідків безпідставної відмови замовника від підписання актів приймання-передання результатів виконаних робіт у договорі не було передбачено, так само як і не було передбачено іншого способу підтвердження виконання.

Підтвердженням виконання зобов'язання за договором поставки слугують транспортні документи.

Не передбачені ЦК України, але встановлені іншими актами законодавства вимоги щодо підтвердження виконання при наданні побутових послуг[2], при прийманні-передачі газу, нафти, нафтопродуктів та іншої продукції згідно із зовнішньоекономічним договором (контрактом)[3].

Головна відмінність підтвердження виконання, встановленого ст. 545 ЦК України, і підтвердження виконання, встановленого нор-

---

[1] Справа № 12/4955 // Архів Господарського суду Хмельницької області за 2004 р.

[2] Пункт 13 Правил побутового обслуговування населення, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 16 травня 1994 р. (в ред. постанови КМ України від 4 червня 1999 р. № 974) // Урядовий кур'єр. — 1994. — 4 травня.

[3] Постанова Кабінету Міністрів України від 17 грудня 2003 р. № 1958 «Про митний контроль та митне оформлення природного газу, нафти, нафтопродуктів, етилену і аміаку, що переміщуються через митний кордон України трубопровідним транспортом» // Офіційний вісник України. — 2003. — № 51. — Ст. 2699.

мативно-правовими актами стосовно конкретних видів зобов'язань, полягає, на нашу думку, в тому, що перше (виконання кредиторського обов'язку) є одностороннім правочином, а друге — двостороннім (наприклад, акт приймання-передачі).

Іноді в законодавстві не лише встановлюється вид підтверджувального документа, а й визначається процедура підтвердження виконання, що відрізняється від встановленої ст. 545 ЦК України. Наприклад, ч. 2 ст. 22 Закону України від 5 червня 2003 р. «Про іпотеку»[1] встановлює, що заставна підлягає передачі боржнику у разі належного виконання ним основного зобов'язання. Знаходження заставної у боржника свідчить про виконання основного зобов'язання, якщо не буде доведено протилежне. У разі виконання основного зобов'язання боржником заставна, що знаходиться в нього, анулюється. Знаходження заставної в іншої особи свідчить, що основне зобов'язання не виконано, якщо не буде доведено інше.

Частина 3 цієї статті встановлює процедуру підтвердження виконання, у разі якщо основне зобов'язання підлягає виконанню частинами: власник заставної зобов'язаний видавати боржнику письмові квитанції про отримання платежу та вести належний облік (реєстр) платежів за заставною, який надається боржнику на його вимогу. У разі розбіжностей між квитанціями про отримання платежів та їх реєстром квитанції про отримання платежів мають перевагу.

Наявність такого спеціального регулювання підтвердження виконання зобов'язання, на нашу думку, має знайти своє закріплення у вигляді загальної норми і в ЦК України.

[1] Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 38. — Ст. 313.

Глава 6
ЗМІНА ТА ПРИПИНЕННЯ ДОГОВОРУ

§ 1. Поняття зміни, припинення договору та їх правові підстави

Стаття 629 ЦК України проголошує принцип обов'язковості договору. Іншими словами ЦК закріплює принцип непорушності досягнутих сторонами правочину домовленостей, а відтак і закріплених в договорі відповідних умов. Однак, по-перше, після укладення договору в процесі його виконання може виникнути потреба у внесенні змін до умов договору за ініціативою однієї або обох сторін, по-друге, договір взагалі може бути припинений шляхом його розірвання або іншими способами.

В загальних положеннях про договори в ЦК безпосередньо визначаються підстави та правові наслідки лише щодо зміни та розірвання договору, але не містяться норми, які б конкретно визначали підстави та порядок припинення договору (крім його розірвання, яке є лише однією з підстав припинення договору). В главі 53 ЦК певну регламентацію одержали зміна і розірвання договору (статті 651—654). За таких обставин для визначення підстав та порядку припинення договору необхідно керуватися відповідними нормами про припинення зобов'язань (статті 598—609 ЦК), які у своїй переважній більшості стосуються припинення договірних зобов'язань, а також відповідними нормами ЦК, які регулюють окремі види договорів та окремих законів, за якими можуть бути передбачені спеціальні підстави їх припинення.

Зміна договору не спрямована на ліквідацію укладеного сторонами договору. Вона спрямована на зміну окремих його умов шляхом вчинення, як правило, обома

сторонами відповідних юридичних дій, які фактично за своєю правовою природою є правочином, оскільки правочином є дія особи, спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Зміна договору якраз і реалізується шляхом вчинення таких дій. Це означає, що на них мають розповсюджуватися відповідні правила про правочини. За загальним правилом, передбаченим в ч. 1 ст. 651 ЦК зміна або розірвання договору допускається лише за згодою сторін, якщо інше не встановлено договором або законом. Крім того, це можливо за рішенням суду на вимогу однієї із сторін у разі істотного порушення договору другою стороною та в інших випадках, встановлених договором або законом.

Значно складнішою є правова природа та сутність припинення договору, яка невіддільно пов'язана із сутністю цивільно-правового зобов'язання, у тому числі того, що виникло на підставі договору (договірне зобов'язання). Відтак правові засади припинення зобов'язання багато в чому водночас є і правовими засадами припинення договору.

В цивілістичній літературі питання сутності такої юридичної категорії як припинення зобов'язання є малодослідженим. Науковому дослідженню в основному піддавалися окремі способи (підстави) припинення зобов'язань. Така ситуація певною мірою пояснюється також тим, що в цивільному законодавстві норми про припинення зобов'язання сформульовані таким чином, що не містять достатніх юридичних ознак для всебічного визначення поняття припинення та його правової природи, що очевидно, стало причиною недостатньої уваги науковців до цієї проблеми.

В першому коментарі до ЦК України, зокрема, зазначалося, що припинення — остання стадія існування зобов'язання, із завершенням якої первісний юридичний зв'язок між сторонами, виражений у конкретному зобов'язанні, втрачається[1]. Таке визначення припинення в цілому є правильним, але воно не розкриває повною мірою усіх основних властивостей, зокрема щодо об'єкта договірного зобов'язання, прав та обов'язків сторін.

Так, у Цивільному кодексі УРСР у статтях 216—223 глави 19 «Припинення зобов'язань» лише визначалися конкретні випадки, в яких припиняється зобов'язання. Подібна ситуація і в новому ЦК України, у статтях 598—609 якого визначаються, але дещо ширше підстави припинення зобов'язань. Крім того, у новому ЦК ст. 598 визначає загальні правила щодо підстав припинення зобов'язань, які полягають у тому, що, по-перше, зобов'язання припиняються

[1] Цивільний кодекс України. Коментар / За ред. Є. О. Харитонова та О. М. Калітенко. — Х.: Одіссей, 2003. — С. 431.

частково або у повному обсязі на підставах, встановлених договором або законом, по-друге, припинення зобов'язання на вимогу однієї із сторін допускається лише у випадках, встановлених договором або законом. Однак, незважаючи на введення до ЦК України наведених положень щодо загально-правових засад припинення зобов'язань, їх недостатньо для виявлення правової природи припинення договорів, їх класифікації, інших загальнотеоретичних узагальнень та визначення правових наслідків такого припинення.

Тобто для будь-якого зобов'язального правовідношення характерна наявність конкретного складу його учасників (суб'єктів), який становить перший елемент цивільного правовідношення.

Наступним елементом зобов'язального правовідношення є його **об'єкт**, тобто те, з приводу чого ті чи інші суб'єкти вступають у правовідносини. Власне, такими об'єктами цивільних правовідносин можуть бути усі об'єкти цивільних прав, визначені у ст. 177 ЦК України, а саме: речі, у тому числі гроші та цінні папери, інше майно, майнові права, результати робіт, послуги, результати інтелектуальної, творчої діяльності, інформація, а також інші матеріальні і нематеріальні блага. При цьому варто зауважити, що в зобов'язальних правовідносинах прийнято виділяти юридичний і матеріальний об'єкт. Юридичним об'єктом визнається певна поведінка (утримання від певної поведінки) щодо вище перерахованих матеріальних і нематеріальних благ, наприклад у договорі купівлі-продажу таким юридичним об'єктом є передача продавцем покупцеві проданого майна і сплата покупцем ціни за придбане майно, а матеріальним об'єктом зобов'язального правовідношення є саме майно або інше благо, наприклад, у договору купівлі-продажу — продана річ.

Нарешті, третій і четвертий елементи утворюють відповідно суб'єктивне право уповноваженої особи (кредитора) вимагати від зобов'язаної особи (боржника) вчинення певних дій і суб'єктивний обов'язок боржника вчинити певні дії щодо забезпечення суб'єктивного права кредитора під загрозою застосування цивільно-правових санкцій.

У своїй сукупності усі чотири елементи зобов'язального правовідношення (суб'єкти прав і обов'язків, об'єкт цивільних прав, суб'єктивні права кредиторів та суб'єктивні обов'язки боржника) утворюють **форму** та **зміст** договірного чи іншого зобов'язання, які забезпечують його функціонування. Договірне зобов'язання не є незмінним юридичним фактом, воно може динамічно функціонувати. На жаль, динаміка функціонування зобов'язання в цивілістичній літературі не знайшла адекватного відображення. Безспірно, однак, що будь-яке цивільне зобов'язання має свій початок і кінець, який у

ЦК України іменується припиненням зобов'язання. Певною мірою це стосується і припинення договору, який слугує підставою виникнення договірного зобов'язання.

Таким чином, складовими частинами динаміки зобов'язального правовідношення завжди є або можуть бути такі стадії: **виникнення**, **зміна** правовідношення, **виконання суб'єктивних обов'язків**, **порушення зобов'язання та його захист**, **припинення зобов'язання**. У будь-якому разі договірне зобов'язальне правовідношення як мінімум має дві стадії: виникнення та припинення зобов'язання, а наявність інших залежить від виконання чи невиконання його суб'єктами обов'язків та інших обставин.

Останнім часом в цивілістичній літературі активізувалися дослідження щодо формування концепції існування стадії порушеного договірного права та його захисту. Власне, зміна та припинення договору також може супроводжуватися порушенням прав сторін, що потребуватиме застосування відповідних способів захисту.[1]

Наразі у юридичній літературі відсутня єдність поглядів щодо співвідношення суб'єктивного права і права на його захист. Одні автори вважають право на захист самостійним суб'єктивним правом, яке виникає в уповноваженої особи лише в момент порушення її первісного матеріального права і реалізується у межах охоронних цивільних відносин.[2] На думку інших авторів право на захист є складовою частиною того чи іншого конкретного цивільного суб'єктивного права.[3]

Не аналізуючи детально висловлені позиції з цього питання відзначимо, що і в перших, і у других авторів є певні аргументи, які, однак, нам не вважаються переконливими. По-перше, право на захист не може бути самостійним правом чи самостійним правовідношенням, оскільки останнє не може існувати без порушеного первісного матеріального суб'єктивного права, передбаченого, наприклад договором. По-друге, не може бути право на захист складовою частиною матеріального суб'єктивного права, оскільки право на захист, тобто застосування примусових санкцій можливе лише у разі порушення зобов'язального суб'єктивного права. Тому, на наш погляд, право

---

[1] *Бервено С. М.* Проблеми договірного права України. — К.: Юрінком Інтер, 2006. —С. 191—215.

[2] *Крашенинников Е. А.* Структура субъективного права и право на защиту // Защита субъективных прав и гражданское судопроизводство. — Ярославль, 1977. — С. 15.; *Ромовская З. В.* Защита в семейном праве. — М., 1998. — С. 280—281; *Дзера І. О.* Цивільно-правові засоби захисту права власності в Україні. — К., 2001. — С. 17—18.

[3] Советское гражданское право. — Харьков, 1983. Ч. 1. — С. 248; *Братусь С. Н.* Юридическая ответственность и законность. — М., 1976. — С. 73—74.

на захист є лише похідним від зобов'язального суб'єктивного права і існує як правовідношення у сукупності з фактом його порушення.

Як вже зазначалося, у цивільному законодавстві не дається визначення поняття припинення цивільно-правового зобов'язання, а лише констатується його повне або часткове припинення та перераховуються підстави такого припинення.

Визначення змісту договірного зобов'язання вкрай необхідне для розуміння факту припинення договірного зобов'язання, а водночас і самого правовідношення, а також його правової природи. Зазвичай можна було б звернутися насамперед до поняття правочину. Як зазначається в ст. 202 ЦК України, правочином є дія особи, спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Оскільки ж договір, завдяки якому виникло зобов'язання, є двостороннім або багатостороннім правочином, то логічно, якщо договір є підставою виникнення зобов'язання, то такою самою мірою він може бути самостійною підставою припинення такого зобов'язання, або такі підстави можуть бути передбачені в умовах договору, завдяки якому виникло зобов'язання, а врешті і в силу прямої вказівки закону.

В главі 50 ЦК «Припинення зобов'язання» відсутнє визначення припинення зобов'язання, в ній лише перераховуються окремі підстави його припинення. В цивілістичній доктрині досить поширеною є думка про те, що під припиненням зобов'язань необхідно розуміти припинення прав та обов'язків його учасників, які становлять зміст зобов'язання. На думку Труби В. І., правовий зв'язок, що існує між суб'єктами зобов'язань, ніколи не може бути довічним, а тому поставши одного разу з перебігом певного часу та за тих чи інших обставин, цей зв'язок має властивість зникати, і суб'єктивні права і обов'язки, що становили зміст зобов'язального правовідношення відпадають, у зв'язку з чим дія існуючого цивільно-правового зобов'язання припиняється.[1] Таке визначення припинення зобов'язання хоч і багатослівне, але фактично містить такі самі ознаки, як і попереднє. Тобто в їх основі лежить твердження про припинення між суб'єктами правового зв'язку, який існував в межах правовідношення між ними.

Дещо по-іншому досліджувану проблему у свій час вирішив О. С. Іоффе, який зазначив, що припинення зобов'язання є відпадіння первісно встановленого зобов'язання як конкретного виду зобов'язальних зв'язків.[2] Ключовою фразою тут є та, яка відобра-

---

[1] Цивільне право України / За ред. Я. М. Шевченко. — К.: Ін Юре, 2003. — Т. 1. — С. 504.

[2] *Иоффе О. С.* Обязательственное право. —М.: Юрид.лит., 1975. — С. 184—185.

жає ідею про відпадіння не будь-якого правового зв'язку, а того, який стосується первісно встановлених прав та обов'язків суб'єктів зобов'язання, яке може піддаватися змінам, трансформаціям тощо.

Не відзначається особливою змістовною характеристикою припинення договірного правовідношення позиція М. І. Брагінського, висловлена у відомій фундаментальній праці «Договорное право. Общие положения» (у співавторстві з В. В. Вітрянським). Автор, зокрема, стверджує, що глава 29 ЦК РФ розповсюджує свою дію певною мірою на всі види зобов'язань, у тому числі на договірні, зазначена глава передбачає повне і часткове припинення зобов'язань і при повному юридичнму зв'язку між кредитором і боржником обривається або замінюється іншим.[1] Наведена позиція М. І. Брагінського відрізняється від попередніх точок зору лише застереженням про можливість припинення зобов'язання також його заміною на нове. Однак переважна частина цивілістів оминають питання визначення самого поняття припинення зобов'язання, зосереджуючи свою увагу на окремих підставах їх припинення, які визначаються переважно в законі.

Важливим є питання про встановлення моменту припинення договору та моменту припинення зобов'язання (договірного зобов'язального правовідношення). У юридичній науці відповідь на таке питання поки що не сформульовано. Тому для вирішення цієї проблеми необхідно звернутися до аналізу чинного законодавства.

Так, відповідно до ч. 1 ст. 631 ЦК строком договору є час, протягом якого сторони можуть здійснити свої права і виконати свої обов'язки відповідно до договору. Це фактично означає, що договір є чинним впродовж строку, визначеного договором, а в момент спливу такого строку можна припустити, що його дія припиняється. В договорі може і не визначатися строк його дії. На цей випадок у ЦК є певні застереження. Наприклад, відповідно до ч. 2 ст. 530 ЦК, якщо строк (термін) виконання боржником обов'язку не встановлений або визначений моментом пред'явлення вимоги, кредитор має право вимагати його виконання у будь-який час, а боржник повинен виконати такий обов'язок у семиденний строк від дня пред'явлення вимоги, якщо обов'язок негайного виконання не випливає із договору або актів цивільного законодавства. Якщо наведену норму розповсюдити на договір, у якому не визначений строк його дії, то моментом завершення чинності договору має очевидно вважатися сплив семиденного строку, обчислюваного від дня пред'явлення кредитором вимоги.

---

[1] *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право: Общие положения. — М.: Статут, 1997. — С. 359.

В ЦК є також норми, які передбачають особливі правила щодо строку дії договору. Так, якщо строк найму не встановлений, зазначається в ч. 2 ст. 763 ЦК, договір найму вважається укладеним на невизначений строк і кожна із сторін такого договору може відмовитися від нього в будь-який час, письмово попередивши про це другу сторону за один місяць, а у разі найму нерухомого майна — за три місяці. Таким чином, за наведених обставин договір найму припиняє свою дію в момент спливу одномісячного або тримісячного строку, обчислюваного з дня попередження наймодавцем наймача про відмову від договору.

Дещо іншою буде ситуація у тих випадках, коли законом встановлені максимальні (граничні) строки найму окремих видів майна (наприклад, земельних ділянок). Згідно з ч. 3 ст. 763 ЦК, якщо до спливу встановленого законом максимального строку найму жодна зі сторін не відмовилася від договору, укладеного на невизначений строк, він припиняється зі спливом максимального строку договору. Отже, у цьому разі абсолютно однозначно законодавець визначає не строк чинності договору, а власне момент його ***припинення***.

У разі необхідності визначення моменту припинення чинності договору завжди необхідно враховувати конкретну підставу його припинення. Наприклад, чинність договору припиняється у разі смерті кредитора (якщо зобов'язання нерозривно пов'язане з його особою) в день його смерті. Якщо ж припинення договору здійснюється за домовленістю сторін шляхом його розірвання, то цей момент можуть визначити сторони.

У зв'язку з викладеним постає також питання про те, чи припиняється у зв'язку з припиненням чинності договору саме зобов'язання як правовідношення, за яким боржник зобов'язаний вчинити на користь кредитора певну дію (утриматися від певної дії), а кредитор має право вимагати від боржника виконання його обов'язку. Знову ж таки ні законодавство, ні цивілістична наука на таке питання відповіді не дають. У цьому аспекті важливим може виявитися зміст ч. 4 ст. 631 ЦК, згідно з якою закінчення строку договору не звільняє сторони від відповідальності за його порушення, яке мало місце під час дії договору. Зміст наведеної норми дає підстави для цілком логічного висновку про те, що незважаючи на припинення чинності договору кредитор у разі порушення його прав має право на застосування до сторони-порушника мір цивільно-правової відповідальності. Іншими словами, з припиненням чинності договору певні правові зв'язки в контексті положень ч. 4 ст. 631 ЦК мають зберігатися. Наприклад, у разі невиконання підрядником виготовлення речі в обумовлений договором строк, він не

звільняється перед замовником від обв'язку виконання договірного обов'язку в натурі. Доречно при цьому зауважити, що не виникає подібних проблем у визначенні моментів закінчення строку договору та його припинення і застосування вищезазначених правових наслідків лише тоді, коли зобов'язання виконується належним чином в строк дії договору.

Важливо у цій проблемі і те, що зі спливом чинності договору, який не одержав свого завершення шляхом виконання його умов, хоч і припиняється дія самого договору, якщо сторони його не пролонгували, але продовжується функціонування зобов'язального правовідношення лише у частині невиконаних обов'язків.

За загальним правилом, передбаченим ст. 599 ЦК зобов'язання припиняються виконанням, проведеним належним чином. Із змісту наведеної статті вбачається, що за таких обставин момент виконання і припинення договірного зобов'язання збігаються.

Стаття 531 ЦК передбачає можливість дострокового виконання зобов'язання боржником, якщо інше не встановлено договором, актами цивільного законодавства або не випливає із суті зобов'язання чи звичаїв ділового обороту. Думається, що у разі прийняття кредитором достроково виконаного повною мірою припиняється договірне зобов'язання в момент дострокового виконання зобов'язання.

Одним із недоліків конструкції загальних норм ЦК, які регулюють припинення зобов'язання, є відсутність чітких застережень у визначенні правових підстав та наслідків припинення договору. Звичайно, щоб їх встановити, необхідно робити пошук спеціальних норм, які регулюють відносини, пов'язані з конкретними підставами припинення договірних зобов'язань. Так, в ст. 291 ГК України, зокрема передбачено, що договір оренди припиняється у разі: закінчення строку, на який його було укладено; приватизації об'єкта оренди; ліквідації орендаря; загибелі об'єкта оренди; розірвання договору за згодою сторін або на вимогу однієї з них з підстав, передбачених ЦК України та в порядку, встановленому ст. 188 ГК України. З наведеного вбачається, що, по-перше, закінчення строку договору є підставою його припинення; по-друге, в наведеній статті визначаються підстави припинення договору, окремі з яких (розірвання договору, ліквідація суб'єкта господарювання) визначені одночасно як підстави припинення господарського зобов'язання. Це означає, що підстави припинення договору і підстави припинення договірного зобов'язання можуть співпадати, але які в законодавстві певною мірою протиставляються. Інша справа, що перші відображають припинення правових зв'язків між сторонами договору як правочину внаслідок настання відповідного юридичного факту, другі —

спричиняють припинення зобов'язання — правовідношення між кредитором і боржником внаслідок настання того самого юридичного факту.

На думку О. І. Міхно, під ним можна розуміти добровільну чи примусову ліквідацію (погашення) у сторін прав та обов'язків за договірними чи законодавчими підставами та припинення між ними правового зв'язку, за винятком правозахисних відносин, пов'язаних з невиконанням на момент припинення зобов'язання окремих обов'язків, вимогами про якість продукції, товарів в межах гарантійних термінів та строків позовної давності, а під припиненням договору необхідно розуміти у широкому доктринальному значенні припинення (ліквідацію) його чинності за суб'єктивними чи об'єктивними підставами та припинення договірних прав та обов'язків на майбутній період.[1]

Наведені визначення досить вдало відображають сутність припинення договірного зобов'язання та договору. Однак даючи визначення припинення договору автор з невідомих міркувань не зазначила, що з припиненням договору можуть зберігатися певні правові зв'язки, як це було зроблено щодо припинення договірного зобов'язання.

Все викладене дає також можливість вважати, що з припиненням чинності договору не завжди зникають правові зв'язки між суб'єктами договірного зобов'язального правовідношення. Певна частина цих зв'язків може зберігатися, зокрема, щодо невиконаних обов'язків або щодо правозахисних відносин в межах встановлених законом строків позовної давності.

Підставами припинення можуть слугувати різноманітні юридичні факти, які передбачаються цивільним законодавством. Так, у новому ЦК України передбачені такі підстави припинення зобов'язань:

1) припинення зобов'язання виконанням (така підстава передбачена також в ст. 216 ЦК УРСР);

2) припинення зобов'язання передаванням відступного (така підстава в ЦК УРСР не передбачалася);

3) припинення зобов'язання зарахуванням (така підстава передбачалася також в ст. 217 ЦК УРСР);

4) припинення зобов'язання шляхом зарахування у разі заміни кредитора (така підстава в ЦК УРСР не передбачалася);

5) припинення зобов'язання за домовленістю сторін, у тому числі шляхом новації (така підстава передбачалася також в ст. 220 ЦК УРСР);

---

[1] *Міхно О. І.* Припинення цивільно-правового договору. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2007.

6) припинення зобов'язання прощенням боргу (така підстава в ЦК УРСР не передбачалася);

7) припинення зобов'язання поєднанням боржника і кредитора в одній особі (така підстава також передбачалася в ст. 219 ЦК УРСР);

8) припинення зобов'язання смертю фізичної особи (така підстава також передбачалася в ст. 223 ЦК УРСР);

9) припинення зобов'язання неможливістю його виконання (така підстава також передбачалася в ст. 222 ЦК УРСР);

10) припинення зобов'язання ліквідацією юридичної особи (така підстава також передбачалася в ст. 203 ЦК УРСР).

Усі перераховані підстави припинення зобов'язання уявляють собою водночас і підстави припинення договору.

Доречно нагадати, що за ст. 221 ЦК УРСР можливе було припинення зобов'язання або його зміна внаслідок зміни плану. У новому ЦК України така підстава відсутня очевидно з огляду на заміну планової системи господарювання на ринкову економіку. Однак, на наш погляд, розробники нового ЦК передчасно відмовилися від такої підстави припинення зобов'язань, зокрема тих, які виникають на підставі державного замовлення, а відтак вона має бути відновлена у ЦК України.

Не можна обійти увагою і той факт, що у Господарському кодексі України також певним чином врегульовані відносини, пов'язані з припиненням господарських зобов'язань (статті 202—207). Так, у ГК передбачено, що господарське зобов'язання припиняється: 1) виконанням, проведеним належним чином; 2) зарахуванням зустрічної однорідної вимоги або страхового зобов'язання; 3) у разі поєднання управненої та зобов'язаної сторін в одній особі; 4) за згодою сторін; 5) через неможливість виконання; 6) через неможливість виконання у разі ліквідації суб'єкта господарювання, якщо не допускається правонаступництво за цим зобов'язанням; 7) розірвання господарського зобов'язання. Усі перераховані підстави припинення господарського зобов'язання співпадають з підставами припинення цивільних зобов'язань, але норми про них в ГК України сформульовані своєрідно і юридично не завжди коректно. Однак несподіваною новелою стали положення ст. 202 і ст. 207 ГК в тій їх частині, де стверджується, що господарське зобов'язання припиняється також у разі визнання судом господарського зобов'язання недійсним. Така норма фактично вступає в суперечність з правовими засадами недійсності угод (за новим ЦК — правочинів), адже відповідно до ч. 1 ст. 216 ЦК України недійсний правочин не створює юридичних наслідків, крім тих, що пов'язані з його недійсністю, а відповідно до

ч. 1 ст. 236 нікчемний правочин або правочин, визнаний судом недійсним, є недійсним з моменту його вчинення. Тобто за недійсним правочином не може існувати зобов'язання взагалі, а відтак не може вестися мова і про припинення того, чого не існує.

Юридично некоректно в ГК України сформульовано також правило про визнання недійсним «господарського зобов'язання», адже як вже відзначалося деякими юристами-науковцями, визнавати недійсним необхідно підставу виникнення зобов'язання (наприклад, правочин), а не саме зобов'язання.

У ГК України містяться і інші положення про припинення зобов'язань, які не узгоджуються з відповідними положеннями ЦК України. Існують у ГК і внутрішні суперечності. Так, у ч. 1 ст. 202 ГК до підстав припинення господарських зобов'язань віднесено угоду сторін, а у ч. 2 — розірвання договору. Тут цілком очевидно, що автори не врахували того, що розірвання договору можливе як у судовому порядку, так і за згодою сторін.

Таким чином, у главі 50 ЦК передбачено загалом 10 підстав припинення зобов'язань (статті 599—609 ЦК України). Однак при цьому обов'язково необхідно враховувати, що цей перелік не є вичерпним, і окремі підстави припинення зобов'язання можуть передбачатися договором або нормами інших статей ЦК та інших законів. Не здійснюючи поки що детального аналізу окремих підстав припинення як договору, так і зобов'язання, загалом можна констатувати, що підставою їх припинення можуть слугувати як дії, які є правочинами, так і інші юридичні факти, зокрема, події, юридичні акти державних органів та органів місцевого самоврядування, юридичні вчинки, які можуть бути, як правило, правомірними, але і водночас неправомірними (наприклад, знищення індивідуально визначеного майна внаслідок неправомірних дій третіх осіб). Таким чином, правова природа підстав припинення цивільних зобов'язань (у тому числі договірних), може бути надзвичайно різноманітною. Важливо також відзначити, що підстави виникнення договірних зобов'язань не можуть співпадати з підставами їх припинення, про що свідчить наступне. Так, якщо підставою виникнення договірного зобов'язання є лише договір, укладений сторонами або на підставі судового рішення, то підставою припинення такого зобов'язання можуть бути більш різноманітні юридичні факти.

Найпоширенішим і логічним способом припинення будь-якого зобов'язання звичайно ж є належне його виконання, юридичною метою якого в кінцевому випадку є набуття суб'єктами договірного зобов'язання відповідно до закону права на майновий результат

виконання[1]. Природно, що у цьому разі має припинятися правовий зв'язок між суб'єктами зобов'язального правовідношення. Однак, як нам вважається, це загальновизнане юридичною наукою правило може бути поставлене під сумнів.

Наприклад, із змісту ст. 655 ЦК випливає, що у разі виконання продавцем свого обов'язку з передачі проданого майна, а покупцем — прийняття та оплати цього майна в обумовлений договором строк, договір має вважатися припиненим. Зрозуміло, що виконання буде вважатися належним, якщо виконання цих обов'язків було вчинено відповідно до договору або закону, зокрема відповідно до вимог ст. 664 ЦК, якою визначається момент виконання обов'язку продавця передати товар. І це логічно, адже обидві сторони належним чином виконали свої обов'язки. Однак складнішою виявиться ситуація в окремих конкретних договорах купівлі-продажу. Показовими у цьому плані є норми, які встановлюють гарантії якості товару. Договором або законом може бути встановлений строк (гарантійний строк), протягом якого продавець гарантує якість товару (ч. 2 ст. 675 ЦК). Відповідно до ч. 3 ст. 680 ЦК, якщо на товар встановлено гарантійний строк, покупець має право пред'явити вимогу у зв'язку з недоліками товару, які були виявлені протягом цього строку, а якщо ж недоліки товару виявлені покупцем після спливу гарантійного строку або строку придатності, продавець несе відповідальність, якщо покупець доведе, що недоліки товару виникли до передання йому товару або з причин, які існували до цього моменту. Отже, може скластися ситуація, за якої продавець і покупець можуть виконати усі умови договору купівлі-продажу і вважати правовідносини купівлі-продажу припиненими, але, незважаючи на це, покупець впродовж гарантійного строку зберігає право на пред'явлення до продавця вимог згідно з правилами ст. 678 ЦК, які продавець зобов'язаний виконати, якщо він не доведе, що недоліки виникли після передання товару покупцеві внаслідок порушення покупцем правил користування чи зберігання товару, дій третіх осіб, випадку або непереборної сили. Більше того, покупець може пред'являти до продавця вимоги з приводу неналежної якості товару, на який не встановлено гарантійний строк, за умови виявлення недоліків протягом розумного строку, але в межах двох років, а щодо нерухомого майна — в межах трьох років від дня передання товару покупцеві, якщо договором або законом не встановлений більший строк (ч. 2 ст. 680 ЦК).

Наведене може дати підстави для певних висновків щодо моменту припинення договору купівлі-продажу як зобов'язання: 1) договір

[1] *Боднар Т. В.* Виконання договірних зобов'язань у цивільному праві. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — С. 18—19.

купівлі-продажу припиняється в момент виконання сторонами договірних обов'язків; 2) договір купівлі-продажу припиняється після виконання договірних обов'язків в момент спливу гарантійного або претензійного (наприклад трирічного щодо недоліків нерухомого майна) строку.

Звичайно тут можна аргументувати останній висновок тим, що згідно зі ст. 599 ЦК зобов'язання припиняється лише таким виконанням, яке є ***належним***, чого начебто немає у вищенаведеній ситуації, яка обумовлена переданням товару неналежної якості. Але ж цивільному законодавству відомі і інші приклади. Так, в ст. 707 ЦК передбачається право покупця, який придбав у роздрібній торгівлі непродовольчий товар належної якості, обміняти його на аналогічний товар іншого розміру, форми, габариту, фасону, комплектації і навіть розірвати договір протягом 14 днів з моменту передання цього товару. Таким чином, навіть у разі належного виконання продавцем свого зобов'язання за ним зберігаються певні обов'язки виконати вимоги покупця. Іншими словами, у цьому разі маємо випадок, коли момент припинення зобов'язання за договором роздрібної купівлі-продажу співпадає з моментом його виконання (оплата покупцем товару і передача його покупцеві), але впродовж 14 днів можливе настання певних правових наслідків, обумовлених спеціальним законодавчим застереженням.

У вирішенні досліджуваного питання може сприяти також аналіз норм, що регулюють відносини майнового найму (оренди). Загальновідомо, що за договором найму (оренди) майна передається наймачу у тимчасове користування на конкретно визначений або не визначений конкретно строк (статті 759, 763 ЦК). Цілком очевидно і те, що з перебігом передбаченого договором найму строку цей договір має вважатися припиненим в обумовлену дату, якщо не було підстав вважати його поновленим на новий строк відповідно до вимог ст. 674 ЦК. Тобто, якщо договір був укладений на строк по перше число березня 2005 р. включно, то саме з настанням 2 березня 2005 р. договір буде вважатися припиненим, незалежно від виконання наймачем обов'язків щодо сплати винагороди за користування майном та повернення наймодавцю майна. Отже, у разі припинення договору найму для наймача, який не повернув наймодавцеві майно, настає відповідний правовий наслідок по виконанню цього обов'язку.

Ще більш категорично спростовує загальновизнане правило про відсутність правового зв'язку між суб'єктами припиненого зобов'язання зміст ч. 3 ст. 763 ЦК, яка допускає можливість встановлення законом максимальних (граничних) строків договору най-

му окремих видів майна. Наприклад, Земельним кодексом України встановлено короткострокову оренду земельної ділянки не більше 5 років та довгострокову — не більше 50 років (ст. 93). Якщо ж до спливу встановленого законом максимального строку найму, зазначається в ч. 3 ст. 763 ЦК, жодна із сторін не відмовилася від договору, укладеного на невизначний строк, він припиняється зі спливом максимального строку договору. У даному випадку абсолютно однозначно визначено момент припинення орендного зобов'язання. Однак очевидне тут і те, що певний період може зберігатися певний правовий зв'язок між орендодавцем (наймодавцем) і орендарем (наймачем), адже орендоване майно має бути повернуте, а також зроблені розрахунки за оренду майна, здійснені поліпшення тощо, якщо такі дії не були вчинені раніше. І взагалі, тут може скластися парадоксальна ситуація, в якій спершу припиняється договір, а згодом відбувається його виконання. Крім того, в усіх випадках продовження користування майном після припинення договору найму є безпідставним, а відтак виникає нове цивільне зобов'язання, передбачене главою 83 ЦК «Набуття, збереження майна без достатньої правової підстави».

Викладене дає підстави спростувати концепцію повної відсутності правових зв'язків між суб'єктами зобов'язання, припиненого шляхом належного виконання ними обов'язків і зробити висновок про те, що в окремих випадках після припинення зобов'язання шляхом його належного виконання можуть зберігатися певні правові зв'язки між суб'єктами у вигляді відповідних правових наслідків як-то: вчинити певну дію на виконання того чи іншого обов'язку (передати річ, оплатити її, провести інші розрахунки, виправити недоліки, які виникли після передачі речі покупцеві та ін.). Опоненти такої точки зору можуть стверджувати, що тут не існує правової проблеми, оскільки вона вирішена фактично в ч. 1 ст. 598 ЦК, згідно з якою зобов'язання може припинятися не лише у повному обсязі, але і частково. Однак таке застереження було б юридично некоректним, адже йдеться про повне виконання зобов'язання, а не часткове.

Труднощі у виявленні правових наслідків припинення зобов'язання виникають і тоді, коли воно здійснюється за домовленістю сторін відповідно до ст. 604 ЦК, згідно з якою зобов'язання припиняється за домовленістю сторін. Такі домовленості можуть мати різну правову природу, однак в ст. 604 ЦК передбачається домовленість сторін про заміну первісного зобов'язання новим зобов'язанням між тими ж сторонами (новація). Щодо новації, то, як на наш погляд, за первісним припиненим зобов'язанням усі права та обов'язки за-

мінюються на права та обов'язки нового новаційного зобов'язання. Іншими словами, первісне зобов'язальне правовідношення замінюється новим, але з попереднім суб'єктним складом.

Однак можуть мати місце досить складні проблеми у разі припинення договірних зобов'язань за іншими підставами, а саме у разі припинення їх у зв'язку з переданням відступного; зарахуванням однорідних вимог; новацією; прощенням боргу; поєднанням боржника і кредитора в одній особі; неможливістю виконання; смертю фізичної особи чи ліквідацією юридичної особи. Заради справедливості відразу ж зауважимо, що тут ці проблеми пов'язані переважно з умовами вчинення сторонами відповідних дій або з умовами настання правонаступництва.

Припинення зобов'язання переданням відступного є новелою для цивільного законодавства. Однак з правової точки зору ця підстава хоч і передбачена окремою статтею в ЦК (ст. 600), але багато в чому вона за своєю правовою природою може відноситися до припинення зобов'язання за домовленістю сторін, передбаченого частиною 1 ст. 604 ЦК. Спільною ознакою цих двох підстав припинення зобов'язання є те, що в обох випадках воно відбувається за узгодженим волевиявленням сторін, яке набуває як юридичний факт ознаки правочину. Це означає, що на вчинення відступного поширюються усі правила про вчинення правочинів, як і на інші правочини, спрямовані на припинення договору. Тому з огляду на сказане можемо стверджувати, що особливої потреби у закріпленні спеціальною статтею положень про відступне не існує. Вони могли б цілком логічно і юридично коректно бути закріплені в ст. 604 ЦК після частин 2—4 про новацію окремою частиною п'ятою. Звичайно це не означатиме, що підстави припинення договору за обопільною згодою сторін не мають особливостей. Вони існують і можуть бути вельми істотними як за своєю спрямованістю, так і за своїми правовими наслідками.

Наприклад, якщо за ст. 600 ЦК відступне полягає у переданні боржником кредиторові грошей, іншого майна тощо, а розмір, строки і порядок такого передання встановлюється сторонами, то при розірванні сторонами договору майнові правові наслідки можуть бути значно різноманітнішими, оскільки в принципі на кожну із сторін можуть покладатися певні майнові та інші обов'язки, у тому числі відповідні санкції.

В юридичній літературі РФ висловлювалася оригінальна точка зору, за якою відступне є різновидністю виключної неустойки, оскільки сплата такої звільняє боржника від виконання зобов'язання

в натурі.[1] Однак інші автори заперечують таку позицію, вважаючи, що ст. 396 ЦК РФ дає підстави для протилежного висновку про те, що неустойка може розглядатися різновидом відступного.[2]

Остання точка зору дійсно ґрунтується на цивільному законодавстві, адже відповідно до ч. 3 ст. 396 ЦК РФ сплата неустойки, встановленої в якості відступного, звільняє боржника від виконання зобов'язання в натурі. В ЦК України подібної норми не існує. Однак сторони, як на наш погляд, не позбавлені права договором врегулювати таким чином подібну ситуацію. Якщо це так відбудеться, то вважаємо за можливе сплату неустойки з умовою припинення зобов'язання розглядати як різновид відступного, незважаючи на відсутність урегульованості цих відносин у законодавчому порядку.

Значні особливості існують між відступним і новацією, яка передбачає відповідно до ч. 2 ст. 604 ЦК можливість припинення зобов'язання за домовленістю сторін шляхом заміни первісного зобов'язання новим зобов'язанням між тими самими сторонами.

На думку М. І. Брагінського, здійснюючи виконання шляхом відступного, боржник за згодою кредитора відкуповується від боргу і від звичайної заміни зобов'язання відступне відрізняється, зокрема тим, що перше відбувається завжди до, а друге зазвичай після того, як зобов'язання виявилося порушеним, а також тим, що при першій обставині, на відміну від другої, зобов'язання припиняється без його перетворення на інше[3].

На відміну від відступного новація не спрямована на припинення правового зв'язку між договірними сторонами, а забезпечує перетворення одного правового зв'язку в інший між цими ж сторонами. Відповідно при новації може виникнути абсолютно нове за своєю правовою природою договірне зобов'язання. Наприклад, боргові зобов'язання сторін за договором купівлі-продажу, найму, підряду можуть бути перетворені на позикове боргове зобов'язання. Водночас законодавець встановив певні обмеження щодо новації. Так, згідно з ч. 3 ст. 604 ЦК новація не допускається щодо зобов'язань про відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю, про сплату аліментів та в інших випадках, встановлених законом. Такі обмеження є цілком виправданими, адже такі зобов'язання невід'ємно пов'язані з особистістю боржника і могли б погіршувати соціально-матеріальне становище потерпілих осіб.

---

[1] Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (части первой) / Отв. ред. О. Н. Садиков. — М.: Юринформцентр, 1995. — С. 401.

[2] *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Общие положения. — М.: Статут, 1997. — С. 361—362.

[3] Там само. — С. 361—363.

В юридичній науці зверталася увага на розпливчатість норм ст. 604 ЦК про новацію, яка на думку авторів може давати підстави кваліфікувати як новацію зміну будь-якої умови договірного зобов'язання щодо місця, способу, строку виконання тощо.

Відповідно новацією можна називати, наприклад, внесення змін до договору у зв'язку зі збільшенням кількості (ваги) продукції, що поставляється, зміною асортименту.[1] Тому цілком слушно автори висловлюють свою незгоду з існуючою конструкцією норм про новацію, яка дійсно може одержувати різне тлумачення в договірній та судовій практиці. Тому найбільш оптимальним виходом з цієї суперечливої ситуації має бути в перспективі внесення змін до ч. 2 ст. 604 ЦК в напрямі конкретизації правових ознак новації.

Новелою цивільного законодавства є введення до ЦК ст. 605 про припинення зобов'язання прощенням боргу, під яким розуміється звільнення кредитором боржника від його обов'язків, якщо це не порушує прав третіх осіб щодо майна кредитора. На перший погляд, прощення боргу є одностороннім актом кредитора. Насправді ж це не так, адже боржник в принципі може з цим і не погодитись. Однак його згода очевидно презюмується кредитором. Тому можна вважати, що припинення договірного зобов'язання шляхом звільнення кредитором боржника від його обов'язків здійснюється фактично за домовленістю між ними.

Однією з умов вчинення прощення боргу є недопущення порушення прав третіх осіб щодо майна кредитора. Законодавець не дає переліку можливих порушень прав третіх осіб. Очевидно такими порушеннями можуть бути випадки такого прощення боргу, внаслідок якого треті особи можуть понести певні майнові втрати. Наприклад, такі втрати може понести комітент, який передав комісіонеру товар на оплатну реалізацію, один з учасників права спільної власності у разі прощення боргу по оплаті переданого кредитором—співвласником спільного майна за договором купівлі-продажу. Прощення боргу може обмежуватися для кредиторів державної та комунальної власності.

Традиційно давнім способом припинення договірного зобов'язання є зарахування зустрічних однорідних вимог, строк виконання яких настав, а також вимог, строк виконання яких не встановлений або визначений моментом пред'явлення вимоги (ч. 1 ст. 602 ЦК). В цій нормі закріплені умови вчинення зарахування. Насамперед такими є умови: а) зустрічні вимоги мають ґрунтуватися на двох різних

[1] Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової, В. В. Луця. — К.: Юрінком Інтер, 2005. Т. 2. — С. 123—124 (автор — Боднар Т. В.).

зобов'язаннях, але між одними і тими самими сторонами, кожна з яких в одному зобов'язанні є кредитором, в іншому — боржником; б) однорідність зустрічних вимог, яка проявляється в тому, що в обох зобов'язаннях предметом виконання мають бути речі одного роду, зокрема гроші (відповідно можуть бути перешкоди у зарахуванні вимог щодо майна вимогами про послуги); в) строк виконання зустрічних вимог обох зобов'язань має настати (за винятком випадків, коли строк виконання не був встановлений або обумовлений моментом пред'явлення вимоги про це).

Оскільки за ч. 2 ст. 601 ЦК зарахування зустрічних вимог можливе за заявою однієї із сторін, то це означає, що зарахування можливе як за домовленістю обох договірних сторін, так і в односторонньому порядку за ініціативою однієї з них. Однак в обох випадках зарахування буде уявляти собою двосторонній або односторонній правочин.

В ЦК не визначаються вимоги до односторонньої заяви про зарахування. Проте цілком очевидно, що у ній мають бути зазначені реквізити про заборгованість заявника і її підставу та про заборгованість другої сторони перед заявником з іншим зобов'язанням. Зрозуміло, що така заява має бути направлена другій стороні у встановленому порядку. Згоди другої сторони на зарахування на підставі заяви не потрібно. В літературі зазначалося, що така заява може бути зроблена однією стороною іншій стороні безпосередньо, а може бути оформленою у вигляді зустрічної позовної заяви.[1] Така думка є вірною в тій частині, що сторона має право звернутися з позовною заявою до суду, але дещо некоректним є твердження про зустрічність позовної заяви. Інша справа, що сторона, яка отримала заяву про зарахування може оспорити її шляхом звернення з «зустрічним» позовом до суду.

При вчиненні дій щодо зарахування необхідно враховувати встановлені законом обмеження, оскільки відповідно до ст. 602 ЦК не допускається зарахування зустрічних вимог:

1) про відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю;

2) про стягнення аліментів;

3) щодо довічного утримання (догляду);

4) у разі спливу позовної давності;

5) в інших випадках, встановлених договором або законом.

Відповідно до ст. 606 ЦК зобов'язання може припинитися також у разі поєднання боржника і кредитора в одній особі. Така підстава

[1] Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар. — К.: Істина, 2004. — С. 420.

має об'єктивний характер, що не залежить від волі сторін. В самому законі не розкриваються випадки, в яких відбувається поєднання боржника і кредитора в одній особі. Однак найбільш поширеними такі ситуації виникають при спадкуванні або реорганізації юридичної особи. Так, при спадкуванні це настає зазвичай тоді, коли спадкоємець успадковує майно або борги, що ґрунтуються на зобов'язанні, що виникло між спадкодавцем та спадкоємцем. Іншими словами, це відбувається у разі успадкування майна кредитора-спадкодавця боржником або у разі успадкування майна боржника-спадкодавця його кредитором. При реорганізації юридичної особи поєднання боржника і кредитора в одній особі відбувається, коли реорганізація здійснюється шляхом поділу, злиття, приєднання (ст. 107 ЦК).

Наступною підставою припинення зобов'язання є неможливість його виконання у зв'язку з обставиною, за яку жодна із сторін не відповідає (ст. 607 ЦК). Фактично така сама норма мала місце в ЦК УРСР (ст. 222), але з тією особливістю, що в ст. 222 ЦК УРСР йшлося лише про обставини, за які не відповідає боржник.

З юридичної точки зору конструкція норми ст. 607 ЦК України (як і ст. 222 ЦК УРСР) є надзвичайно вразливою, адже вона не містить конкретних критеріїв для виявлення усіх можливих обставин, за які жодна із сторін не відповідає, але які слугують підставою припинення зобов'язань. Водночас і в цивілістичній доктрині ця проблема не знайшла належного вирішення. В ній однозначно визнається, що під дію наведеної норми не підпадають випадки неможливості виконання зобов'язання за обставинами, за які сторона несе відповідальність, оскільки за таких умов зобов'язання не припиняється, а лише змінюється шляхом покладення на таку особу обов'язку з відшкодування збитків, сплати неустойки тощо.[1]

Наступною загальновизнаною тезою є висновок цивілістів про те, що обставини які обумовлюють неможливість виконання, носять фактичний (економічний, фізичний) або юридичний характер. До першої категорії обставин, як правило, відносять загибель індивідуально-визначеної речі як предмета зобов'язання. До обставин юридичного характеру в цивілістичній літературі відносять, зокрема, акти Кабінету Міністрів України про заборону бартерних операцій, інших актів державних органів про заборону вчинення дій щодо предмета зобов'язання.[2] Однак, на наш погляд, такі обставини

---

[1] Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар. — К.: Істина, 2004. — С. 422.

[2] Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової, В. В. Луця. — К.: Юрінком Інтер, 2006. Т. 2. — С. 125—126; *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право: Общие положения. — М., 1997. — С. 369.

повинні спричиняти припинення зобов'язань лише тоді, коли сторони вжили усіх необхідних заходів до виконання зобов'язань за наявності цих обставин, але не змогли усунути існуючі перешкоди. В іншому випадку у боржника буде можливість не вживати заходів до виконання зобов'язання.

Необхідно враховувати також науковий досвід щодо тлумачення норми ст. 222 ЦК УРСР, який свідчить про надто широке її розуміння цивілістами радянського періоду. Так, автори коментарю до ЦК УРСР до обставин, що обумовлюють неможливість виконання зобов'язання, відносили обставини, які були обумовлені фізичною, юридичною чи економічною неможливістю, наприклад, неврожаєм у зв'язку з несприятливими погодними умовами, зняттям з виробництва продукції яка є предметом зобов'язання тощо.[1] В умовах ринкових реформ такий підхід не може бути прийнятним. Він також певною мірою вступає у суперечність зі ст. 617 ЦК України, згідно з якою не вважаються випадком, зокрема, недодержання своїх обов'язків контрагентом боржника, відсутність на ринку товарів, потрібних для виконання зобов'язання. Тобто за цією нормою відсутність товару на ринку незалежно від її причин не слугує підставою для припинення зобов'язання у зв'язку з неможливістю його виконання. Тому ст. 607 ЦК України мала б містити більш конкретні ознаки неможливості виконання зобов'язання.

Нарешті, статті 608 та 609 ЦК України передбачають припинення зобов'язання смертю фізичної особи та ліквідацією юридичної особи.

Так, зобов'язання припиняється смертю божника, якщо воно є нерозривно пов'язаним з його особою і у зв'язку з цим не може бути виконане іншою особою і смертю кредитора, якщо воно є нерозривно пов'язаним з особою кредитора (ст. 608 ЦК). Іншими словами, зобов'язання не може припинятися зі смертю фізичної особи-боржника, якщо воно безпосередньо не пов'язано з його особою, а відтак може бути виконане іншою особою. Зобов'язання не може припинятися зі смертю кредитора, якщо воно не пов'язане з особою кредитора.

Лаконічною є також норма ст. 609 ЦК України, згідно з якою зобов'язання припиняється ліквідацією юридичної особи (боржника або кредитора), крім випадків, коли законом або іншими нормативно-правовими актами виконання зобов'язання ліквідованої юридичної особи покладається на іншу юридичну особу, зокрема, за зобов'язаннями про відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю.

---

[1] Гражданский кодекс Украинской ССР: Научно-практический комментарий. — К.: Политиздат Украины, 1981. — С. 224.

Наведений зміст статей 608, 609 ЦК України не дає повного уявлення про усі можливі конкретні випадки припинення зобов'язань за передбаченими в них підставами. Натомість ця прогалина певною мірою заповнюється нормами ЦК України, що регулюють окремі види договірних зобов'язань.

Такими, зокрема, є статті, в яких передбачається припинення зобов'язання внаслідок:

а) смерті фізичної особи або ліквідації юридичної особи, які були користувачами майна за договором позички (ст. 835 ЦК);

б) смерті фізичної особи-наймача та у разі ліквідації юридичної особи-наймача або наймодавця (ст. 781 ЦК);

в) смерті відчужувача майна за договором довічного утримання (ст. 755 ЦК);

г) смерті довірителя або повіреного за договором доручення (ст. 1008 ЦК);

ґ) смерті комісіонера за договором комісії (ст. 1027 ЦК);

д) смерті вигодонабувача за договором управління майном (ст. 1044 ЦК);

е) смерті учасника договору простого товариства, який був кредитором за цим договором (ст. 1141 ЦК).

Аналіз змісту перерахованих статей дає підстави стверджувати, що в них лише фіксується факт припинення зобов'язання внаслідок смерті фізичної особи або ліквідації юридичної особи, але фактично ніяким чином не визначають конкретних правових наслідків такого припинення зобов'язання. Тому дію норм зазначених статей безумовно не може бути визнана ефективною, яку можна підвищити шляхом внесення істотних змін до норм, що регулюють припинення зобов'язань. На жаль, в цивілістичній науці відсутні істотні наукові дослідження. Як на наш погляд, для вирішення цих проблем необхідно провести спеціальні наукові дослідження.

Нарешті, необхідно зазначити, що крім перерахованих у ЦК України підстав припинення зобов'язань, окремими законодавчими актами також можуть бути передбачені підстави припинення зобов'язань.

§ 2. Правове регулювання відмови від виконання договору та його розірвання

У цивілістичній доктрині відсутні спеціальні монографічні дослідження правової природи відмови від договору, основна увага надавалася цивілістами проблемам розірвання та припинення договору. Однак все-таки окремими авторами здійснювалися спро-

би визначити сутність односторонньої відмови сторони від договору. Так, на думку В. В. Луця, одностороння відмова від договору є засобом оперативного впливу (оперативною санкцією)[1]. З таким твердженням можна погодитись, але з певним застереженням, адже одностороння відмова не завжди пов'язана з винною поведінкою другої сторони. І взагалі, одностороння, як і двостороння, відмова є багатомірним юридичним фактом, що має різне правове значення та призводить до різних правових наслідків, а врешті і до її неоднозначного тлумачення. Власне, привід для цього дає і сам новий ЦК України, у якому конструкція односторонньої відмови від договору не знайшла оптимального закріплення. З норм, що регулюють окремі види договірних зобов'язань, вбачається, що одностороння відмова може призводити до припинення договору, хоча в них, як правило, про це прямо не зазначається.

У новому ЦК України передбачено 10 загальних правових підстав припинення зобов'язань. Оскільки ж у ч. 1 ст. 598 ЦК записано, що зобов'язання припиняється частково або повністю на підставах, встановлених договором або законом, то логічним є висновок, що у разі відсутності у договорі умов про підстави припинення договору, він може бути припинений лише за тими підставами, які прямо визначені законом, тобто у ЦК або іншим законом. Між тим, зміст статей глави 50 «Припинення зобов'язання» побудований таким чином, що складається враження про вичерпний перелік підстав припинення зобов'язання перерахованих у цій главі. Насправді ж це не так, адже підстави припинення господарських зобов'язань передбачені також у ГК України (ст. 202—207). Однак переважна їх частина лише відтворює ті, які закріплені у ЦК, за винятком лише такої підстави, як визнання господарського зобов'язання недійсним.

Аналіз чинного законодавства свідчить про те, що в ньому надзвичайно важко віднайти інші спеціальні підстави припинення договірного зобов'язання. Проте не можна виключати можливість їх законодавчого закріплення. Для того щоб їх виявити необхідно звернутися до загальних положень про правочини та норм, що регулюють окремі види зобов'язань.

Так, відповідно до ст. 214 ЦК особи, які вчинили дво- або багатосторонній правочин, мають право за взаємною згодою сторін, а також у випадках передбачених законом, відмовитись від нього, навіть у тому разі якщо його умови повністю ними виконані. У цій статті безпосередньо не визначені правові наслідки відмови від договірного правочину. Стаття 214 не передбачає односторонньої відмови від договірного правочину. Відсутнє в ній також застереження, що вона

[1] *Луць В. В.* Контракти у підприємницькій діяльності. — К., 2001. — С. 67—68.

можлива у випадках, передбачених договором або законом. Наразі у ч. 4 ст. 214 лише зазначається, що правові наслідки відмови від правочину встановлюються законом або домовленістю сторін. Між тим, статтею 525 ЦК проголошується принцип недопустимості односторонньої відмови від зобов'язання, якщо інше ними не встановлено договором або законом. Таким чином, договором або законом може передбачатися одностороння відмова від зобов'язання. В загальних положеннях про зобов'язання ЦК не визначені конкретні підстави односторонньої відмови від зобов'язання, але ст. 615 ЦК надає стороні право на відмову від зобов'язання частково або повністю у разі порушення цього зобов'язання другою стороною. Натомість вони визначаються в нормах, що регулюють окремі види договірних зобов'язань (наприклад, статті 665, 849). На відміну від ЦК, ГК України не передбачає вільної односторонньої відмови від виконання зобов'язання. Відповідно до ст. 193 ГК не допускається одностороння відмова від виконання зобов'язання, крім випадків, передбачених законом. Крім того, зобов'язана сторона має право відмовитися від виконання зобов'язання у разі його неналежного виконання другою стороною, що є необхідною умовою виконання договору. Досить жорстко сформульована норма ч. 1 ст. 291 ГК, згідно з якою одностороння відмова від договору оренди не допускається і якою не передбачаються винятки з цього загального правила.

Цілком очевидно, що поділ відмови договірного зобов'язання на взаємоузгоджену і односторонню має практичне значення, оскільки законом передбачаються для них різні правові наслідки. У разі взаємоузгодженої відмови виникає найменше правових проблем, які вирішуються самими сторонами. Юридично взаємна відмова від договірного зобов'язання, як випливає із змісту ч. 3 ст. 214 ЦК, також є договором, який має укладатися у такій самій формі, в якій було вчинено правочин (мається на увазі правочин, щодо якого сторони відмовляються). У цьому договорі вони мають право провести розподіл майна, збитків тощо. На жаль, положення глави 16 про відмову від правочину не узгоджуються з положеннями ч. 1 ст. 651 ЦК, яка визначає порядок припинення договірного зобов'язання за домовленістю сторін про зміну або розірвання договору. Отже, так чи інакше, у разі взаємоузгодженої відмови від договору фактично відбувається у такий спосіб розірвання договору, а тому взаємна відмова відповідно має оформлятися правочином про розірвання договору, а не про відмову від нього, оскільки в ЦК відсутня така конкретна підстава припинення договору[1]. Між тим, оригінальний під-

[1] Цивільне право України / За ред. О. В. Дзери та Н. С. Кузнєцової. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — Кн. 1. — С. 183—185.

хід у вирішенні цієї проблеми можна віднайти у новому Сімейному кодексі України, у ст. 101 якого записано, що подружжя має право відмовитися від шлюбного договору шляхом подання до нотаріуса заяви про відмову від нього. Аналізуючи цю ситуацію професор З. В. Ромовська зауважила, що відмова від договору і розірвання договору — це різні правові категорії. Відмова від договору, зауважує З. В. Ромовська, має наслідком двосторонню реституцію, а у разі розірвання договору він втрачає чинність лише на майбутнє.[1]

З вищенаведеними аргументами З.В.Ромовської не можна повністю погодитись. По-перше, наслідки у вигляді двосторонньої реституції настають у разі визнання правочину недійсним, а не при відмові від нього. Інша справа, що за взаємною згодою сторони можуть передбачити реституцію та інші правові наслідки. По-друге, спірним є твердження, що розірваний договір завжди втрачає чинність на майбутнє, адже сторони мають право визначити правові наслідки щодо всього виконаного до моменту розірвання договору. Більше того, у разі судового розгляду позову про розірвання договору довічного утримання у зв'язку з невиконанням набувачем своїх обов'язків відчужувач має право вимагати, зокрема, повернення переданого набувачеві майна (ст. 756 ЦК). Тобто у такому разі договір не лише припиняє свою чинність на майбутнє, але й настають правові наслідки в частині виконаного за розірваним договором. Необхідність в укладенні правочину про розірвання договору , наприклад купівлі-продажу, у разі відмови від нього сторін підвищується тоді, коли цей договір був нотаріально оформлений відповідно до вимог закону. Для того, щоб такий договір припинив свою чинність, однієї відмови продавця і покупця недостатньо. Сторони змушені будуть припинити його шляхом укладення договору про розірвання купівлі-продажу у нотаріальній формі. Без цього нотаріально посвідчений договір купівлі-продажу формально буде зберігати свою чинність. Таким чином, в одних випадках взаємоузгоджена відмова від договірного зобов'язання водночас засвідчує і його розірвання, а в інших вона має бути оформлена у вигляді правочину про розірвання договору. Такий висновок підтверджується також нотаріальним законодавством. Так, відповідно до Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затвердженої наказом Міністерства юстиції 3 березня 2004 року № 20/5 певні договори вчиняються і посвідчуються на спеціальних бланках (наприклад, правочини, для яких чинним законодавством встановлено обов'язкову нотаріальну форму (крім засновницьких договорів та установчих ак-

[1] *Ромовська З. В.* Сімейний кодекс України: Науково-практичний коментар. — К., 2003. — С. 212.

тів), правочини, для яких за законом не є обов'язковою нотаріальна форма, але які посвідчуються на бажання сторін). За цією Інструкцією на таких бланках також викладаються договори про розірвання вищезгаданих правочинів, а також про внесення змін та доповнень до нотаріально посвідчених договорів (п. 5). Тобто це означає, що навіть взаємоузгоджена відмова від нотаріально посвідченого правочину-договору має бути викладена на спеціальному бланку у формі договору про його розірвання чи про внесення змін до первісного договору.

Значно складнішою у цивільному праві є ситуація у разі односторонньої відмови від договору. До речі, у ЦК УРСР містилася спеціальна стаття (162) про недопустимість односторонньої відмови від виконання зобов'язання та односторонньої зміни умов договору, за винятком випадків, передбачених законом. Такі випадки передбачалися в нормах, що регулювали окремі види зобов'язань, наприклад, статті 232, 260, 341 ЦК УРСР. Звертає на себе, однак той факт, що в главі 19 «Припинення зобов'язань» ЦК УРСР одностороння відмова від договірного зобов'язання не значилася серед підстав припинення зобов'язання.

Дещо по-іншому вирішена проблема односторонньої відмови від виконання договірного зобов'язання у новому ЦК. У ст. 214 ЦК не передбачається можливість односторонньої відмови від правочину-договору. У ЦК України є також норма аналогічна вищезазначеній нормі ст. 162 ЦК УРСР, але на відміну від останньої в новому ЦК така норма розташована в главі 47 «Поняття зобов'язання. Сторони у зобов'язанні», що з огляду вимог юридичної техніки є нелогічним. Так, відповідно до ст. 525 ЦК України одностороння відмова від зобов'язання або одностороння зміна його умов не допускається, якщо інше не встановлено договором або законом. Однак в цій статті, як і в ст. 162 ЦК УРСР, не визначені ні правова природа такої відмови, ні порядок її реалізації, ні її правові наслідки. Натомість ця проблема певною мірою вирішується у ч. 3 ст. 651 ЦК, згідно з якою у разі односторонньої відмови від договору у повному обсязі або частково, якщо право на таку відмову встановлено договором або законом, договір є відповідно розірваним або зміненим. Наведена норма дає підстави для певних критичних суджень. Так, по-перше, наведена норма побудована таким чином, що створює враження про абсолютне право особи на односторонню відмову від договору. У зв'язку з цим виникає логічний висновок про можливість судового оспорювання такої відмови. І воно цілком справедливе, адже друга сторона може довести безпідставність односторонньої відмови від договору та вимагати у такому разі реального його виконання.

По-друге, у ст. 651 ЦК не визначено у якій формі має висловлюватися відмова. На наш погляд, лише письмове повідомлення засвідчує односторонню відмову від договору, а якщо договір був посвідчений нотаріально, він може вважатися розірваним лише у разі оформлення такого розірвання у нотаріальній формі, інакше буде діяти презумпція його чинності.

Конкретні випадки односторонньої відмови сторони від договірного зобов'язання передбачаються в статтях ЦК, що регулюють окремі види договірних зобов'язань. Таких випадків у ЦК України передбачено надзвичайно багато. Крім того, в ЦК передбачаються також випадки припинення договорів шляхом їх розірвання. Тобто законодавець використовує при врегулюванні окремих договорів два правових механізми, які забезпечують їх припинення. Інша справа, що аналізуючи ці механізми важко встановити закономірність у їх законодавчому закріпленні та застосуванні, а відтак важко пояснити чому в одній ситуації стороні надається право на відмову, а в іншій аналогічній ситуації — право на розірвання договору. При цьому в ЦК міститься значно більше норм, які передбачають право сторони на відмову від договору, ніж на розірвання.

Вищезазначене повністю притаманне інституту купівлі-продажу. Так, в главі 54 «Купівля-продаж» лише в ст. 659 передбачається право сторони на розірвання договору купівлі-продажу, а в десяти статтях ЦК України (665, 666, 678, 684, 690, 692, 695, 696, 702, 708) — право на відмову від договору (виконання договору).

Звісно, у такій ситуації важливо виявити підстави для надання сторонам права на розірвання договору та на відмову від нього. Як випливає із змісту ст. 659 ЦК у разі невиконання продавцем обов'язку попередити покупця про права третіх осіб на товар 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. Отже, підставою надання покупцю права на розірвання договору тут слугує порушення своїх договірних інформаційних обов'язків, що фактично є санкцією за допущене правопорушення.

Інший підхід демонструє законодавець у ст. 665 ЦК, в якій за відмову продавця передати проданий товар покупцеві останній в свою чергу набуває право відмовитися від договору купівлі-продажу. У цьому випадку має місце порушення, як і в попередньому випадку, свого договірного обов'язку продавцем, за що законодавець також встановлює санкцію, але вже не у формі розірвання договору, а у формі надання покупцю права на відмову від договору. Віднайти ті чи інші вагомі аргументи для виявлення логіки такого різного підходу для вирішення однакової проблеми досить важко. І все-таки

уявляється, що надання покупцю права на відмову від договору не забезпечує належний захист потерпілої сторони, у даному випадку покупця. Уявимо собі ситуацію, за якої покупець оплатив придбаний за договором купівлі-продажу товар, але продавець відмовився від його передачі покупцю. Так, за ст. 665 ЦК покупець має право відмовитися від договору в односторонньому порядку. Але ж покупцю важливо повернути сплачені суми за товар, які продавець відмовляється повернути добровільно. Таким чином, у будь-якому разі покупець змушений буде звертатися з позовом до суду про примусове стягнення з продавця сплаченої за товар суми та застосування мір можливої цивільно-правової відповідальності.

Крім статті 665 ЦК право на відмову сторони договору купівлі-продажу (покупця чи продавця) передбачено також, якщо:

продавець не передав у встановлений строк покупцю приналежності товару або документи щодо цього товару (ст. 666);

продавець передав покупцеві товар неналежної якості (ст. 678);

продавець передав покупцеві некомплектний товар (ст. 684);

покупець без достатніх підстав зволікає з прийняттям товару або відмовився від нього (ст. 690);

покупець відмовився прийняти та оплатити товар (ст. 692);

покупець не здійснив у встановлений договором строк чергового платежу за проданий з розстроченням платежу і переданий йому товар (ст. 695);

сторона, яка зобов'язана страхувати товар, не застрахувала його (ст. 696);

покупцеві не надано повної і достовірної інформації про товар у місці його продажу (ст. 700);

виявлено покупцем протягом гарантійного або інших строків, встановлених обов'язковими для сторін правилами чи договором, не застережених продавцем недоліків або фальсифікації товару (ст. 708).

Водночас у цій же главі передбачено один випадок, в яких сторона має право на відмову від договору за відсутності порушення його умов іншою стороною. Як зазначається у ст. 702 ЦК, у разі укладення договору купівлі-продажу товару на підставі ознайомлення покупця із зразком товару (за описом, каталогом тощо) покупець до передавання товару має право відмовитися від договору за умови відшкодування продавцеві витрат, пов'язаних із вчиненням дій щодо виконання договору. За таких обставин зазначена відмова можлива без пояснення її причин і окрім всього вона не може розглядатися як санкція по відношенню до продавця, яка формально хоч і може бути оспорена в суді, але у суду у цьому випадку немає матеріально-правових підстав примусити покупця до виконання договору.

Нарешті, унікальна правова ситуація закладена в ст. 707 ЦК, згідно з якою покупець має право на обмін непродовольчого товару належної якості (у тексті статті помилково записано — неналежної якості) протягом чотирнадцяти днів з моменту його передання на аналогічний товар інших розміру, форми, габариту, фасону, комплектації тощо, а якщо у продавця немає необхідного для обміну товару, покупець має право повернути придбаний товар продавцеві та одержати сплачену за нього грошову суму. Як бачимо, у наведеній нормі не розкривається правова природа повернення товару належної якості, яке здійснюється покупцем (фізичною особою — споживачем) без наведення підстав для такої дії у разі відсутності будь-якого порушення продавцем умов договору роздрібної купівлі-продажу. Однак незважаючи на цю невизначеність правової природи повернення товару за відсутності правопорушення з сторони продавця є усі підстави вважати, що воно спрямоване на припинення договірного зобов'язання у зв'язку з фактичним розірванням договору.

За таким же методом можна аналізувати і інші окремі види договірних зобов'язань, у врегулюванні яких зустрічаються різні правові конструкції, що спрямовані на той чи інший варіант припинення відповідного зобов'язання.

Так, в одних випадках законодавець надає стороні право на розірвання договору у зв'язку з його порушенням іншою стороною (статті 726, 727, 740, 755, 768, 776, 783, 784, 825, 834, 852, 872, 907, 1075, 1308), в других — право на відмову як санкцію на допущене порушення зобов'язання другою стороною (статті 766, 782, 825, 834, 848, 849, 858, 997, 1009, 1026, 1141), в третіх — право на відмову від договору, не пов'язану з порушенням договору другою стороною (статті 739, 849, 939, 1044, 1126). При цьому, як правило, у ЦК не визначається порядок вираження односторонньої відмови від договірного правочину. Однак з цього правила є і виняток. Наприклад, договір безстрокової ренти відповідно до ст. 739 ЦК припиняється після спливу трьох місяців від дня одержання одержувачем ренти письмової відмови платника безстрокової ренти від договору за умови повного розрахунку між ними. Таким чином, за умови повного розрахунку між сторонами договору ренти він має вважатися припиненим з перебігом тримісячного строку з моменту одержання одержувачем ренти письмової відмови платника безстрокової ренти. Звичайно така логічно не впорядкована система дій, що може призводити до припинення договірного зобов'язання, буде створювати труднощі у застосуванні зазначених норм ЦК. Однак нереально очікувати, що в ЦК найближчим часом будуть вноситися зміни щодо таких норм. Тому нині важливо розробити відповідне ефективне

доктринальне розуміння досліджуваних положень ЦК. На підставі проведеного наукового аналізу можна зробити такі висновки.

Взаємоузгоджена відмова від договору є припинювальним правочином, який може призвести до припинення первісного договірного зобов'язання. Взаємоузгоджена відмова від нотаріально посвідченого договору має бути укладена як правочин про розірвання договору з нотаріальним посвідченням.

Одностороння відмова від договору допустима лише у випадках, передбачених договором або законом. ЦК України передбачає такі основні види односторонньої відмови від договору, а саме: 1) як санкцію за порушення умов договору другою стороною; 2) як право на вчинення односторонньої відмови без застосування мір цивільно-правової відповідальності; 3) як безпідставну відмову від договору за відсутності порушень умов договору другою стороною з покладенням на сторону, що відмовилася, негативних правових наслідків, передбачених договором або законом.

В усіх перерахованих випадках одностороння відмова від договору не спричиняє, як правило, його автоматичне припинення, оскільки інша сторона має право оспорити односторонню відмову від договору у суді, який може визнати її неправомірною (правомірною) і визнати на вимогу однієї із сторін договір розірваним із застосуванням відповідних правових наслідків до винної сторони. Якщо ж відмова безпідставна, суд може на вимогу позивача зобов'язати виконати договір, за винятком тих випадків, коли законом стороні надається безумовне привілеєве право на відмову від договору або визнати його розірваним.

В окремих випадках законодавець в імперативній формі визначає момент набрання чинності відмови від договору. Наприклад, у разі відмови наймодавця від договору найму, якщо наймач не вносить плату за користування річчю протягом трьох місяців підряд, договір вважається розірваним з моменту одержання наймачам повідомлення наймодавця про відмову від договору (ст. 782 ЦК). Фактично, тут законодавець встановив автоматичне розірвання договору, правомірність чого викликає певні сумніви.

При цьому в судовій практиці норма ст. 782 ЦК тлумачиться таким чином, що наймодавець зберігає право на відмову від договору найму навіть у тому разі, коли наймач вніс плату за користування майном, але після настання строку оплати за третій місяць.[1]

В ст. 651 ЦК визначено підстави для зміни або розірвання договору. Насамперед в ч. 1 ст. 651 ЦК закріплюється загальне правило

[1] Постанова Вищого господарського суду України від 01.12.2005 р. // Судова практика у справах господарського судочинства. — К.: Юрисконсульт, 2007. — С. 335—339.

про можливість розірвання договору лише за згодою сторін, якщо інше не встановлено договором або законом. Фактично наведеною нормою проголошується принцип неприпустимості розірвання договору в односторонньому порядку, за певними винятками. В принципі будь-який договір може бути розірваний за взаємною згодою сторін, що є проявом свободи сторін щодо умов укладеного договору. При цьому законодавець не встановлює для взаємоузгодженого розірвання договору наведення тих чи інших причин, доказів тощо. Натомість статтею 654 ЦК встановлюється, що зміна або розірвання договору вчиняється в такій самій формі, що й договір, що змінюється або розривається, якщо інше не встановлено договором або законом чи не випливає із звичаїв ділового обороту.

ЦК визначає лише форму розірвання договору і не встановлює порядку вчинення розірвання. На відміну від ЦК Господарський кодекс України (ст. 188) прямо передбачає, що господарський договір може бути розірвано за ініціативою сторони договору, яка вважає за необхідне змінити або розірвати договір, для чого вона повинна надіслати пропозицію про це другій стороні за договором. Відповідно сторона договору, яка одержала пропозицію про зміну чи розірвання договору, у двадцятиденний строк після одержання пропозиції повідомляє другу сторону про результати її розгляду, а у разі недосягнення сторонами згоди щодо зміни чи розірвання договору або у разі неодержання відповіді у встановлений строк з урахуванням часу поштового обігу, заінтересована сторона має право передати спір на вирішення суду. Такі основні правові засади порядку зміни чи розірвання господарського договору. Тут доречно зауважити, що наведені правила зміни та розірвання господарських договорів не є новелою для ГК України, адже вони запозичені зі ст. 11 Арбітражного процесуального кодексу України майже у незмінній редакції, оскільки в ній, зокрема, було зазначено, що «підприємство чи організація, які вважають за необхідне змінити чи розірвати договір, надсилають пропозиції про це другій стороні за договором. Підприємство, організація, які одержали пропозицію про зміну чи розірвання договору повинні відповісти на неї не пізніше 20 днів після одержання пропозиції. Якщо підприємства і організації не досягли згоди щодо зміни чи розірвання договору, а також у разі неодержання відповіді у встановлений строк з урахуванням часу поштового обігу, заінтересована сторона має право передати спір на вирішення арбітражного суду»[1]. Наведена стаття у зазначеній редакції діє і нині в ГПК України. Таким чином, цілком очевидно походження норми ГК з ГПК. Недотримання встановленого ст. 188

[1] Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 6. — С. 56.

ГК порядку розірвання договору може бути підставою для відмови у задоволенні позовних вимог.

Так, управління комунальних ресурсів Донецької міської ради звернулося до господарського суду Донецької області з позовом до Товариства з обмеженою відповідальністю «Маркетинг ЛТД» і просило суд розірвати договір оренди та зобов'язати відповідача звільнити займану площу. В обґрунтування позовних вимог позивач посилається на невиконання відповідачем умов договору оренди, а саме невикористання орендованого майна (літнього кінотеатру) за призначенням, не відновлення роботи літнього кінотеатру, а також не проведення капітального та поточного ремонтів.

Рішенням господарського суду Донецької області від 30.05.2005р., залишеним без змін постановою Донецького апеляційного господарського суду від 18.07.2005р., позов задоволено: розірвано договір оренди від 28.12.1994 р., підписаний між Фондом комунального майна Донецької міської ради та Товариством з обмеженою відповідальністю «Маркетинг ЛТД», згідно якого в оренду було передано цілісний майновий комплекс літнього кінотеатру «Кальміус»; зобов'язано відповідача звільнити площу цілісного майнового комплексу літнього кінотеатру «Кальміус»; присуджено до стягнення з відповідача судові витрати.

Не погоджуючись з рішенням суду першої інстанції та постановою суду апеляційної інстанції, відповідач звернувся до Вищого господарського суду України з касаційною скаргою, в якій просить суд вказані судові акти скасувати як такі, що ухвалені з порушенням норм матеріального та процесуального права, а саме статей 188, 291 ГК України, ст. 26 Закону України «Про оренду державного та комунального майна», статей 33, 43 ГПК України, та припинити провадження у справі.

Колегія суддів, беручи до уваги межі перегляду справи у касаційній інстанції, обговоривши доводи касаційної скарги, проаналізувавши на підставі фактичних обставин справи застосування судами двох інстанцій норм матеріального та процесуального права при ухваленні оскаржуваних судових актів, знайшла касаційну скаргу такою, що підлягає частковому задоволенню, зокрема з таких підстав.

Суди двох інстанцій, вирішуючи переданий на їх розгляд спір по суті, не дослідили належним чином питання дотримання сторонами встановленого статтею 188 ГК України порядку щодо розірвання договору. Так, зміна або розірвання господарських договорів, як зазначено у ст. 188 Господарського кодексу України, в односторонньому порядку не допускається, а сторона договору, яка вважає за необ-

хідне змінити або розірвати договір, повинна надіслати пропозиції про це другій стороні. Сторона, яка одержала пропозицію про зміну або розірвання договору, у двадцятиденний строк після одержання пропозиції повідомляє другу сторону про результати її розгляду.

У разі якщо сторони не досягли згоди щодо зміни (розірвання) договору або у разі неодержання відповіді у встановлений строк з урахуванням часу поштового обігу, заінтересована сторона має право передати спір на вирішення суду. Отже, якщо особа, яка бажає змінити або розірвати договір, не зверталася з відповідною пропозицією до іншої сторони, то у цьому разі немає підстав стверджувати про існування спору між сторонами, тобто факту порушення або оспорення прав і охоронюваних законом інтересів особи, яка звернулася до суду з позовом.

Лише існування факту невиконання відповідачем своїх зобов'язань за договором щодо утримання орендованого майна в належному стані, проведення капітального та поточного ремонтів, що є грубим порушенням умов договору та норм чинного законодавства, у тому числі приписів Закону України «Про оренду державного та комунального майна», і тягне за собою право орендодавця (позивача) вимагати розірвання договору оренди, не звільняє позивача від обов'язку додержуватись порядку розірвання договорів, встановленого ст. 188 ГК України.

Тому доводи суду апеляційної інстанції про те, що закон не встановлює обов'язок орендодавця попередньо направляти орендарю пропозицію припинити договірні стосунки, є помилковими і такими, що не ґрунтуються на законі, а саме на ст. 188 ГПК України. Висновок же суду першої інстанції про те, що позивач виконав вимоги названої статті, надіславши відповідачу листа з пропозицію щодо розірвання договору оренди, є помилковим, оскільки цей лист, як зазначено безпосередньо судом першої інстанції і підтверджується матеріалами справи (а.с.64), надісланий позивачем вже під час розгляду даної справи, а тому не може бути належним і допустимим доказом виконання вимог ст. 188 ГПК України.

Судами не встановлено чи звертався з відповідною пропозицією позивач до відповідача до звернення з даним позовом. Між тим, дослідження цього питання має істотне значення для вирішення спору у даній справі, оскільки у випадку, якщо позивач не звертався з відповідною пропозицією, враховуючи положення ст. 188 ГПК України, він не має підстав стверджувати про існування спору між сторонами на момент звернення з позовом до суду. Неповне з'ясування обставин справи, що підлягали встановленню, є порушенням статей 4^7, 38 ГПК України.

Враховуючи наведені та інші обставини, колегія суддів рішення господарського суду Донецької області від 30 травня 2005 р. та постанову Донецького апеляційного господарського суду від 18 липня 2005р. у справі №12/73пд скасувала, а справу направила до господарського суду Донецької області на новий розгляд.[1]

Порядок зміни та розірвання договору як і порядок його укладення має визначатися нормами матеріального законодавства. При цьому було б доцільно передбачити вищезазначений порядок зміни та розірвання у ЦК України, оскільки система договорів не вичерпується господарськими договорами. Введення подібної норми внесло б однозначність у відносини сторін, які бажають розірвати договір. При цьому з точки зору цивілістичної доктрини пропозицію однієї сторони іншій розірвати укладений договір можна розглядати певною мірою як своєрідну оферту з відповідними правовими наслідками, передбаченими ЦК.

Для ефективного регулювання відносин, пов'язаних з розірванням договору та можливими спорами у зв'язку з цим, між сторонами важливого значення набуває виявлення змісту та правової природи цього юридичного факту. На жаль, юридична наука поки що не сформулювала усталеної концепції щодо поняття та правової природи розірвання договору. Автори, як правило, обмежуються аналізом конкретних підстав розірвання договору та його правових наслідків.[2] Однак заради справедливості необхідно відзначити активізацію спроб у дослідженні цієї проблеми. В одному з таких досліджень було зазначено, що: 1) складовою частиною розірвання договору є спеціальна направленість волі на припинення договору та його зобов'язань, яка знаходить своє відображення в тому, що договір розривається за угодою сторін, за ініціативою однієї сторони або на вимогу третіх осіб у передбачених законом випадках; 2) при розірванні договору договірні зобов'язання припиняються на майбутнє, що дозволяє відрізняти розірвання договору від визнання його недійним або неукладеним; 3) розірвання договору — це дія, направлена на припинення частково або повністю невиконаного договору[3].

---

[1] Постанова Вищого господарського суду України від 25 жовтня 2005 р. // Судова практика у справах господарського судочинства. — К.: Юрисконсульт, 2007. — С. 335—339.

[2] *Луць В. В.* Контракти у підприємницькій діяльності. — К., 2001. — С. 49—50; *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Общие положения. — М.: Статут, 1997. — С. 359—372 та ін.

[3] *Процьків Н. М.* Правове регулювання розірвання цивільно-правових договорів за цивільним законодавством України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2003. — С. 10.

Загалом у наведених судженнях є кілька раціональних суджень. З автором можна погодитись у тому, що розірвання — це вольові дії, і вони можливі щодо виконаних частково або не виконаних договірних зобов'язань, що розірвання здійснюється за угодою сторін.

Водночас висловлені судження мають певні вразливі місця. Так, автором стверджується, що розірвання можливе на вимогу третіх осіб, тобто на вимогу осіб, які не є сторонами договору, але не називає випадки, коли це можливо. Між тим, загальні положення ЦК України не визначають коло таких осіб. Навпаки в них однозначно передбачається, що розірвання договору здійснюється за взаємною згодою сторін, а якщо такої згоди немає, то це може бути вирішено у судовому порядку (статті 651, 652 ЦК). Тому для таких тверджень необхідні цілком конкретні аргументи. Якщо автор мав на увазі опікунів та піклувальників, то у них є інший правовий механізм захисту порушених прав їх підопічних, зокрема визнання правочинів недійсними (наприклад, статті 221, 222, 223, 224, 225, 226 ЦК).

У новому ЦК все-таки можна віднайти рідкісні випадки надання законодавцем третім особам права на розірвання договору, у якому вони не є стороною. Наприклад, згідно з ч. 1 ст. 727 ЦК якщо обдаровуваний вчинив умисне вбивство дарувальника, спадкоємці останнього мають право вимагати розірвання договору дарування.

Відповідно до ст. 755 ЦК договір довічного утримання (догляду) може бути розірваний за рішенням суду на вимогу відчужувача або третьої особи, на користь якої був укладений договір, у разі невиконання або неналежного виконання набувачем своїх обов'язків, незалежно від його вимог.

Не торкаючись питання про правомірність надання третім особам права вимагати розірвання договорів, в яких вони не є стороною, все таки логічним буде висновок про юридичну неузгодженість загальних положень зобов'язального права, які не визнають за третіми особами права вимагати розірвання договору, з спеціальними нормами, що регулюють окремі вили договорів і передбачають за третіми особами таке право. Безумовно, така неузгодженість має бути усунута шляхом внесення відповідних коректив до ЦК України.

Не можна повною мірою погодитись також з твердженням про те, що при розірванні договору договірні зобов'язання припиняються лише на майбутнє. У переважній більшості випадків це не так. Сторони можуть частково виконати умови договору (передати майно, сплатити частину платежів на виконання договору, виконати частину підрядних робіт тощо). Відповідно, сторони не позбавлені права вирішити питання правової долі вже виконаних обов'язків,

наприклад, при розірванні договору будівельного підряду вони можуть залишити у власності замовника вже збудовану частину майнового комплексу, а підряднику надати відповідний розмір винагороди за фактично виконаний обсяг роботи.

Очевидно це питання необхідно вирішувати з врахуванням загальних положень про правочини та договір, а також цивілістичної науки. Так, згідно зі ст. 202 ЦК правочином є дія особи, спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Двосторонні та багатосторонні правочини є договорами. Якщо ж розірвання договору здійснюється за взаємною згодою сторін, то абсолютно безспірно, що такі дії сторін є двостороннім правочином, який спрямовується, як правило, на припинення цивільних прав та обов'язків. Більше того, такий двосторонній (багатосторонній правочин) є договором, що відповідає вимогам ст. 202 ЦК. Інша справа, якою є правова природа цього нестандартного договору.

Як записано в ст. 626 ЦК (ч. 1) ЦК України договором є домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Отже, двосторонній правочин щодо розірвання договору спрямований лише на припинення цивільних прав та обов'язків, має вважатися договором, оскільки в ст. 626 ЦК прямо допускається існування договору, спрямованого не лише не виникнення чи зміну цивільних прав та обов'язків, а і на їх припинення.

Такий договір в літературі інколи називається «ліквідаційним» або «скасувальним»[1], що не викликає принципових заперечень, адже це дозволяє краще відмежовувати його від первісного договору, який сторони прагнуть припинити. Разом з тим, з огляду на те, що договір щодо розірвання первісного договору спрямований на припинення останнього, було б логічніше назвати його припинювальним договором.

Договір про розірвання іншого договору не є самостійним, а носить допоміжний характер, маючи специфічні істотні умови. Звісно, що безпредметних договорів не існує. Так, відповідно до ст. 638 ЦК договір є укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору, якими є умови про предмет договору, умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди.

Зрозуміло, що положення наведеної статті щодо переліку істотних умов не можуть бути застосовані до визначення істотних умов пра-

[1] *Міхно О. В.* Припинення цивільно-правового договору: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2007. — С. 11.

вочину (договору) про розірвання сторонами основного договору, оскільки вони не можуть мати абсолютно самостійного характеру і бути відірваними від змісту основного договору. Проте на відміну від первісного договору, в якому зміст спрямований переважно на виникнення у сторін певних прав та обов'язків, у припинювальному правочині зміст спрямований насамперед на припинення прав та обов'язків, що стосуються сформованих у первісному договорі істотних умов. Отже, можна дійти висновку, що істотними умовами договору про розірвання первісного договору будуть ті самі істотні умови первісного договору, але з тією особливістю, що дії сторін спрямовуються на припинення прав та обов'язків між суб'єктами договірного правовідношення. Це не означає, що в договорі про розірвання первісного договору повністю співпадають істотні умови, адже сторони можуть виконати певну частину обов'язків або передбачити нові обов'язки, наприклад, передбачити обов'язок підрядника ліквідувати недоліки у побудованій частині майнового комплексу.

Чинне законодавство, як вже зазначалося, надає сторонам право розривати укладений договір за взаємною згодою за будь-яких ситуацій, навіть за відсутності порушень з однієї чи обох сторін. Формально сторони можуть розірвати договір вже на наступний день після укладення договору. Необхідність у розірванні договору може бути обумовлена неможливістю виконання з об'єктивних чи суб'єктивних причин, порушенням умов договору, відмовою однієї із сторін виконувати договірне зобов'язання тощо. Тому можна виділити наступні основні передумови для розірвання договору шляхом укладення про це відповідного правочину:

а) за взаємною згодою сторін за відсутності порушень договірного зобов'язання, наприклад, у зв'язку з втратою інтересу у обох сторін;

б) за взаємною згодою сторін за відсутністю порушень договірного зобов'язання за ініціативою однієї сторони;

в) за взаємною згодою сторін у зв'язку з порушенням договірного зобов'язання за ініціативою добросовісної сторони;

г) за взаємною згодою сторін у зв'язку з наявністю порушень договірного зобов'язання з обох сторін;

ґ) за взаємною згодою сторін господарського зобов'язання у зв'язку з скасуванням державного замовлення.

В усіх перерахованих випадках сторони самостійно визначають не лише сам факт припинення договору, а й правові наслідки такого припинення.

Варто також звернути увагу на певну розбіжність у врегулюванні розірвання договору за ЦК та ГК. Так, у ч. 1 ст. 664 ЦК міститься

лаконічне положення : «Зобов'язання припиняється за домовленістю сторін.» Тобто у цій статті прямо не зазначається, що ця домовленість реалізується у формі розірвання договору чи зобов'язання. Про розірвання договору йдеться в статтях 652—654 ЦК, розташованих в главі 53 «Укладення, зміна і розірвання договору». Іншими словами, в ЦК України не вживається термін «розірвання зобов'язання».

Інший підхід зафіксовано в ГК. Так, згідно з ч. 1 ст. 204 ГК господарське зобов'язання може бути припинено за згодою сторін. Така норма є майже тотожною нормі ч. 1 ст. 604 ЦК. Однак у ГК є ст. 206, в якій зазначено, що «Господарське зобов'язання може бути розірвано сторонами відповідно до правил, встановлених статтею 188 цього Кодексу». Між тим, ст. 188 ГК визначає порядок зміни та розірвання господарських договорів. Оскільки ж в ст. 206 ГК міститься відсилочна норма до ст. 188, то цілком логічним може бути висновок, що в ст. 206 врегульовані зобов'язальні відносини, що виникають на підставі договору. Оскільки ж у ГК України є ст. 204, якою передбачається припинення господарського зобов'язання за згодою сторін, то виникають сумніви у доцільності існування в ГК спеціальної ст. 206, яка регулює розірвання господарського зобов'язання, оскільки засади розірвання договірних господарських зобов'язань вже визначені ст. 188 ГК та ст. 204 ГК, яка за своїм змістом до випадків припинення господарського зобов'язання за згодою сторін може включати розірвання господарського договору (за ГК — господарського зобов'язання). Не розвіює цих сумнівів аналіз ч. 2 ст. 206 ГК, відповідно до якої «Державний контракт підлягає розірванню у разі зміни або скасування державного замовлення, яким передбачено припинення дії контракту, з моменту, коли про це стало відомо сторонам зобов'язання. Наслідки розірвання державного контракту для його сторін визначаються відповідно до закону.» За таких обставин зміст ч. 2, в якій йдеться про розірвання державного контракту (а не господарського зобов'язання, що виникло на підставі державного замовлення) не узгоджується із змістом ч. 1 ст. 206 ГК, в якій визначається порядок розірвання господарського зобов'язання (як вже було доведено — фактично договірного зобов'язання).

Не узгоджується також зміст ч. 2 ст. 206 ГК, в якій передбачається розірвання **державного контракту**, з назвою ст. 206 — «Розірвання господарського зобов'язання».

Нарешті, взагалі ст. 206 ГК, в якій предметом регулювання є договірні зобов'язальні відносини, мала б бути розташована в главі 20 «Господарські договори» з відповідною заміною ч. 1 ст. 206 ГК термі-

на «господарське зобов'язання» на термін «господарський договір». Наведені вади у конструкції ст. 206 ГК можуть свідчити про довільне розуміння розробниками співвідношення цих термінів та співвідношення між розірванням договору та припиненням зобов'язання.

Розірвання договору може здійснюватися не лише за згодою сторін, а і у судовому порядку, якщо сторони не можуть дійти такої згоди. Підставою для розірвання договору за рішенням суду на вимогу однієї із сторін відповідно до ч. 2 ст. 651 ЦК є «наявність істотного порушення договору другою стороною та в інших випадках, встановлених договором або законом.» В ч. 2 ст. 651 ЦК розкривається зміст поняття істотного порушення, під яким необхідно розуміти таке «порушення стороною договору, коли внаслідок завданої цим шкоди друга сторона значною мірою позбавляється того, на що вона розраховувала при укладенні договору».

Наведена стаття є новелою для цивільного законодавства, адже ЦК УРСР не містив загального правила про можливість судового розірвання договору лише у разі виявлення **істотного порушення** його умов. У зв'язку з цим постає питання про прогресивність такого нововведення. Натомість поки що ні в одному з науково-практичних коментарів до нового ЦК України вищенаведене правило не піддано критичному аналізу.[1] Однак таке нововведення не можна вважати ідеальним вирішенням цієї проблеми з таких міркувань.

По-перше, відповідно до ст. 15 ЦК кожна особа має право на захист свого цивільного права у разі його порушення, невизнання або оспорювання. Подібний підхід до захисту порушених прав спостерігається також в ст. 16 ЦК, згідно з якою, зокрема, кожна особа має право звернутися до суду за захистом свого особистого немайнового або майнового права та інтересу, а суд може відмовити у захисті цивільного права та інтересу особи в разі порушення нею положень частин 2—5 ст. 13 цього Кодексу. Отже, статті 15—16 ЦК не ставлять право на захист цивільного права в залежність від ступеню його порушення.

Суд може відмовити у захисті цивільного права та інтересу лише за підставами, передбаченими в частинах 2—5 ст. 13, а саме:

---

[1] Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. / За ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — Т. II; Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар / За ред. розробників проекту Цивільного кодексу України. — К.: Істина, 2004; Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар / За ред. Я. М. Шевченко. — К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2004. — Ч. 2; Цивільний кодекс України: Коментар / За ред. Є. О. Харитонова та О. М. Калітенко. — Х.: Одіссей, 2003.

1) якщо при здійсненні своїх прав особа зобов'язана утримуватися від дій, які могли б порушити права інших осіб, завдати шкоду довкіллю або культурній спадщині;

2) якщо дії особи вчинені з наміром завдати шкоду іншій особі, а також зловживання правом в інших формах;

3) якщо при здійсненні цивільних прав особа порушила моральні засади суспільства;

4) якщо цивільні права використовуються з метою неправомірного обмеження конкуренції, зловживання монопольним становищем на ринку, а також недобросовісної конкуренції.

Отже, в проаналізованих нормах відсутні підстави для відмови у захисті цивільного права у зв'язку з неістотністю порушення.

По-друге, зміст ч. 2 ст. 651 ЦК не узгоджується зі ст. 611 ЦК, в ч. 1 якої зазначено, що у разі порушення зобов'язання настають правові наслідки, встановлені договором або законом, та з ст. 610 ЦК, яка порушенням зобов'язання визнає його невиконання або виконання з порушенням умов, визначених змістом зобов'язання. Отже, за наведеними положеннями в принципі будь-яке порушення має тягти правові наслідки, передбачені законом.

Оцінюючи вирішення досліджуваної проблеми в ЦК України не можна заперечувати факту впливу досвіду нормотворення в Російській Федерації, адже в ЦК РФ (ст. 450) можливість винесення судом рішення про розірвання договору також поставлено в залежність від істотності порушення договору.[1] Однак наявність аналогічного положення в ЦК РФ не робить його справедливим і доцільним. До речі, ГК України не закріпив концепцію істотного порушення як підставу для розірвання господарського договору. Між тим, ця обставина не перешкоджає застосуванню судом положень ст. 651 ЦК до розірвання господарських договорів. Натомість в господарсько-правовій судовій практиці зроблена спроба ввести поняття «грубого порушення» умов договору та норм чинного законодавства, наявність якого надає орендодавцю право вимагати розірвання договору оренди, незважаючи на те, що законодавство, яке регулює оренду, такого поняття не містить.[2]

По-третє, в судовій практиці, як правило, не буде єдності у тлумаченні поняття «істотне порушення», що врешті буде робити судову практику нестабільною та непрогнозованою. Безумовно, цю негативну ситуацію можна пом'якшити посиланням знову ж таки

---

[1] Гражданский кодекс Российской Федерации от 21 октября 1994 г.

[2] Постанова Вищого господарського суду України від 25 жовтня 2005 р. // Судова практика у справах господарського судочинства. — К.: Юрисконсульт, 2007. — С. 366.

на зміст ч. 2 ст. 651 ЦК, який дає підстави сторонам договору передбачити додаткові умови щодо розірвання договору, у тому числі і умови про його розірвання за наявності неістотних порушень. Так, дійсно, сторони можуть зробити в договорі таке застереження, але сторони мають бути надзвичайно професійно підготовленими, щоб зробити подібного роду договірне застереження. Врешті-решт існування такого правила свідчить про несправедливість правової норми, яка безпідставно відмовляє особі у захисті «не істотно» порушеного права. Тому ця обставина має бути врахована і слугувати приводом для побудови дійсно справедливої системи захисту порушених прав сторін договору. Цієї мети можна було б досягти шляхом внесення відповідних змін до ч. 2 ст. 651 ЦК України з огляду на те, що в ЦК є норми, які розкривають зміст істотного порушення окремих видів договорів. Наприклад, відповідно до ч. 1 ст. 678 ЦК істотним порушенням вимог щодо якості товару, переданого продавцем покупцеві є виявлення недоліків, які не можна усунути, недоліків, усунення яких пов'язане з непропорційними витратами або затратами часу та ін.

Надзвичайно важливою у вирішенні проблеми зміни та розірвання договору є ст. 652 ЦК, яка визначає засади розірвання договору у зв'язку з істотною зміною обставин таким чином:

«1. У разі істотної зміни обставин, якими сторони керувалися при укладенні договору, договір може бути змінений або розірваний за згодою сторін, якщо інше не встановлено договором або не випливає із суті зобов'язання.

Зміна обставин є істотною, якщо вони змінилися настільки, що, якби сторони могли це передбачити, вони не уклали б договір або уклали б його на інших умовах.

2. Якщо сторони не досягли згоди щодо приведення договору у відповідність з обставинами, які істотно змінились, або щодо його розірвання, договір може бути розірваний, а з підстав, встановлених частиною четвертою цієї статті, — змінений за рішенням суду на вимогу заінтересованої сторони за наявності одночасно таких умов:

1) в момент укладення договору сторони виходили з того, що така зміна обставин не настане;

2) зміна обставин зумовлена причинами, які заінтересована сторона не могла усунути після їх виникнення при всій турботливості та обачності, які від неї вимагалися;

3) виконання договору порушило б співвідношення майнових інтересів сторін і позбавило б заінтересовану сторону того, на що вона розраховувала при укладенні договору;

4) із суті договору або звичаїв ділового обороту не випливає, що ризик зміни обставин несе заінтересована сторона.

3. У разі розірвання договору внаслідок істотної зміни обставин суд, на вимогу будь-якої із сторін, визначає наслідки розірвання договору виходячи з необхідності справедливого розподілу між сторонами витрат, понесених ними у зв'язку з виконанням цього договору.

4. Зміна договору у зв'язку з істотною зміною обставин допускається за рішенням суду у виняткових випадках, коли розірвання договору суперечить суспільним інтересам або потягне для сторін шкоду, яка значно перевищує затрати, необхідні для виконання договору на умовах, змінених судом».

Насамперед необхідно зазначити, що, по-перше, наведені положення ст. 652 ЦК є новими для цивільного права, адже в ЦК УРСР їх взагалі не було, а по-друге, такі положення майже повністю текстуально співпадають зі змістом ст. 451 ЦК РФ. На перший погляд, введення до ЦК України ст. 652 ЦК не викликає принципових заперечень, адже зміст її положень загалом спрямований на врахування непередбачуваних обставин, про які сторони в момент укладення договору не могли знати у зв'язку з їх настанням після цього моменту. Логічно, що істотна зміна обставин, якими сторони керувалися при укладенні договору, не може не враховуватися сторонами при його виконанні та судом при вирішенні спору між ними. І найбільш вагомою підставою для таких сумнівів є оціночний характер поняття істотної зміни обставин, зміст якого в ЦК не розкривається, а відтак може по-різному тлумачитися в юридичній науці, судовій практиці.

Знову ж таки, цивілістична наука поки що не запропонувала критеріїв для визначення поняття істотності у зміні обставин. З цього приводу можна підтримати думку В. В. Луця про те, що при укладенні договору та визначенні його умов сторони повинні розумно оцінювати ті обставини, за яких він буде виконуватися (наприклад, враховувати тенденції зростання цін на ринку товарів; кліматичні та погодні умови у місці виконання зобов'язання тощо).[1]

Дійсно, сторони, особливо професійні підприємці, повинні враховувати існуючі тенденції в ціноутворенні, розвитку економіки, наявності товарів на ринку тощо. Але настання істотних змін у таких сферах, як нам уявляється, не повинно слугувати абсолютною підставою для судового розірвання договору на вимогу однієї зі сторін. Наприклад, продавець, який продав квартиру з розстрочкою платежу, не набуває права на розірвання договору з покупцем лише на тій підставі, що через кілька місяців після укладення договору подорожчала вартість квартир. І, навпаки, покупець не набуває права

[1] Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової, В. В. Луця. — К.: Юрінком Інтер, 2006. — Т. 2. — С. 182.

вимагати розірвання договору у зв'язку з істотним зниженням цін на придбаний товар.

Під зміною обставин російські цивілісти пропонують розуміти економічні (наявність, відсутність товару на ринку, способи його доставки, ринкові ціни на товар і робочу силу і т.п.), правові та інші фактори, які знаходяться поза контролем сторін, і які існували в країні (країнах), окремих регіонах на момент укладення договору. Однак автори не дають відповіді про істотність змін у зазначених обставинах. Натомість вони зазначають, що в умовах сучасної нестабільності економіки в країні стаття про зміну і розірвання договору у зв'язку з істотною зміною обставин може знайти широке застосування, зокрема, у випадках обвальної зміни цін на товари, різкого коливання рівня оплати праці, непередбачуваних дій держави в сфері оподаткування, в банківській сфері і т.д.[1] З такою думкою важко погодитись, адже реалізація її на практиці якраз і призведе до правової нестабільності, яка буде полягати в необов'язковості виконання договору. Власне, це буде ставити під сумнів усі укладені договори, гальмувати майновий обіг і врешті-решт буде завдавати шкоду ринковій економіці.

Не випадково, науковці оминають розкриття змісту істотної зміни обставин, обмежуючись наведенням деяких положень ст. 652 ЦК.[2] І це зрозуміло, оскільки встановити конкретні критерії істотної зміни обстановки надзвичайно важко без їх орієнтовного визначення в законодавчому порядку. Крім того, аналіз змісту ч. 1 ст. 652 ЦК дає нам підстави вважати, що сформульована вона вкрай невдало. Уявимо наступну ситуацію. 10 березня 2006 р. сторони уклали договір на поставку 100 000 тон цукру за ціною 2 грн за 1 кг. Однак через 10 днів ціна за один кг цукру зросла — до 4 грн. Звичайно для продавця така ситуація є невигідною, адже зрозуміло, що якби поставщик знав про майбутнє підвищення ринкових цін він би не уклав з покупцем договір за низькою ціною. Якщо ж продавець звернеться з позовом до покупця про розірвання договору, посилаючись на ч. 1 ст. 652 ЦК України, то за таких обставин у суду є усі формальні підстави задовольнити позов. Однак таке рішення не може вважатися справедливим по відношенню до покупця. І як вже нами зазначалося, існування такої норми зашкодить договірній дисципліні. Звичайно можуть мати місце обставини, які змінилися настільки істотно після укладення договору, що не повинні не враховувати-

---

[1] Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Части первой / Под ред. Т. Е. Абовой и А. Ю. Кабалкина. — М.: Юрайт, 2003. — С. 857.

[2] Цивільне право України / За ред. Р. Б. Шишки. — Х.: Еспада, 2005. — Т. 5. Кн. 2. — С. 85—114.

ся при вирішенні судом позову про розірвання договору на вимогу однієї сторони. Наприклад, на початку 2006 року державні органи санітарно-ветеринарної служби Російської Федерації ввели заборону на ввезення на її територію м'ясо-молочної продукції українськими товаровиробниками. Поза сумнівом, що в такій ситуації українські контрагенти мали усі підстави вимагати розірвання договорів без покладення на них негативних правових наслідків.

Стаття 652 ЦК не розглядає як істотну зміну обставин настання після укладення договору непереборної сили. Власне, і ст. 651 ЦК не передбачає непереборну силу як підставу для розірвання договору, що уявляється нелогічним. Між тим, як вбачається зі ст. 617 ЦК особа, яка порушила зобов'язання, звільняється від відповідальності за порушення зобов'язання, якщо вона доведе, що це порушення сталося внаслідок випадку або непереборної сили. У зв'язку з цим важко пояснити, чому непереборна сила, яка перешкоджає виконанню договору, не повинна визнаватися законом підставою для розірвання договору. Ця проблема має бути законодавчо врегульована. Таке врегулювання мало б бути реалізоване не в ст. 652, а в ст. 651 ЦК, в якій визначаються підстави для зміни або розірвання договору.

Повертаючись до аналізу положень ст. 652 ЦК варто звернути увагу на складну конструкцію ч. 2, яка передбачає певні спеціальні умови, за наявності яких можливі зміна або розірвання договору у судовому порядку. По-перше, наведена стаття надає сторонам можливість досягти згоди щодо приведення договору у відповідність з обставинами, які істотно змінилися, або щодо його розірвання. Але, якщо цього не сталося, то договір може бути розірваний лише за наявності одночасно таких умов, якщо:

по-перше, в момент укладення договору сторони виходили з того, що така зміна обставин не настане;

по-друге, зміна обставин зумовлена причинами, які заінтересована сторона не могла усунути після їх виникнення при всій турботливості та обачності, які від неї вимагалися;

по-третє, виконання договору порушило б співвідношення майнових інтересів сторін і позбавило б заінтересовану сторону того, на що вона розраховувала при укладенні договору;

по-четверте, із суті договору або звичаїв ділового обороту не випливає, що ризик зміни обставин несе заінтересована сторона.

Таким чином, щоб суд постановив рішення про розірвання договору у зв'язку з істотною зміною обставин недостатньо встановити сам факт та зміст цих обставин, необхідно також встановити усю сукупність вищезазначених чотирьох умов. Відсутність хоча б однієї з них може бути достатньою підставою для відмови у задоволенні позову про розірвання договору.

Отже, якщо на момент укладення договору сторони знали або припускали, що істотна зміна обставин настане, або заінтересована сторона могла усунути причини виникнення зміни обставин, або виконання договору в умовах зміни обставин не порушує співвідношення майнових інтересів сторін і не позбавило заінтересовану сторону (тобто ту сторону, яка звертається з позовом) того, на що вона розраховувала при укладенні договору, або із суті договору (наприклад, підрядник бере на себе обов'язок виконати підрядні роботи на свій ризик), або звичаїв ділового обороту випливає, що ризик зміни обставин несе заінтересована сторона, то суд не має достатніх підстав постановляти рішення про розірвання договору у зв'язку з істотною зміною обставин. Саме така інтерпретація положень ч. 2 ст. 652 ЦК дозволяє зрозуміти її фактичний зміст та мету розробників ЦК. Тому редакцію ч. 2 ст. 652 ЦК було б доцільно сформулювати у викладеній інтерпретації, що значно полегшило б її розуміння насамперед учасниками договірних відносин.

Водночас не можна погодитись з деякими умовами ч. 2 ст. 652 ЦК, які дозволяють враховувати при розірванні договору зміну обставин. Таким є пункт 3 ч. 2 ст. 652 ЦК, який дозволяє враховувати фактори суб'єктивного сприйняття стороною негативних наслідків істотних змін договору, адже врахування судом посилання заінтересованої сторони на те, що вона після укладення договору втратила значну суму прибутку від реалізації товару в роздрібній торговельній мережі у зв'язку з загальним зниженням ринкових цін, викликаних перенасиченням ринку такого роду товарами, а відтак заінтересована сторона, на її думку, втратила те, на що вона розраховувала при укладенні договору. У такій редакції наведені положення є юридично некоректними, адже враховувати те, на що сторона розраховувала, а не те, що мала отримати від укладення договору не входить до правової мети договору як правочину. Тому заінтересована сторона, яка не може одержати розрахункової вигоди від договору, може захистити свій інтерес шляхом пред'явлення позову про розірвання договору, якщо друга сторона не прийме односторонню відмову заінтересованої сторони, але на загальних підставах. Зрозуміло, що у такому разі на таку заінтересовану особу можуть бути покладені певні негативні правові наслідки у зв'язку з односторонньою відмовою від договору.

В ч. 4 ст. 652 ЦК міститься загальна пересторога щодо розірвання договору, яка дозволяє суду постановляти рішення лише про зміну договору у зв'язку з істотною зміною обставин у виняткових випадках, коли розірвання договору суперечить суспільним інтересам або потягне для сторін шкоду, яка значно перевищує затрати, необхідні

для виконання договору на умовах, змінених судом. Очевидно наведена пересторога є не зайвою, адже вона дозволяє уникати надмірних витрат, які можуть понести сторони внаслідок розірвання договору. Незважаючи на доцільність введення норми ч. 4 ст. 652 ЦК, вона має бути піддана критичному аналізу. Насамперед, вимагає певного уточнення зміст поняття «суперечність суспільним інтересам», який може мати надзвичайно широке тлумачення. Важко пояснити ситуацію, коли в ЦК застосовуються десятки оціночних понять, термінів, які мають неоднозначне розуміння, але законодавець майже не використовує такі прийоми законодавчої техніки, за допомогою яких в спеціальних статтях давалося б законодавче роз'яснення значення вживання тих чи інших термінів. Такі прийоми досить широко використовуються при прийнятті окремих законів. Наприклад, в Законі України «Про захист прав споживачів» в ст. 1 дано роз'яснення значення 27 термінів, вживаних у цьому законі. У ЦК застосування такого прийому є поодиноким явищем. Власне, ч. 4 ст. 652 ЦК є такою, що потребує законодавчого визначення змісту терміна щодо того, які факти чи обставини можуть свідчити про те, що розірвання договору суперечить суспільним інтересам. Таким, що суперечить суспільним інтересам, має вважатися розірвання договору, укладеного на виконання державного замовлення на поставку продукції до державного матеріального резерву, внаслідок чого не буде виконане державне замовлення.

В главі 50 Цивільного кодексу України визначені правові підстави та умови припинення зобов'язань. Між тим, ні в одній зі статей глави 50 ЦК не встановлюються конкретні правові наслідки припинення зобов'язання за тією чи іншою підставою. Очевидно ця обставина вплинула на формування наукових поглядів щодо правових наслідків припинення зобов'язання. Як правило, автори обмежуються констатацією того, що у разі припинення зобов'язання воно перестає існувати і його учасників більше не пов'язують ті права та обов'язки, які раніше з нього випливали[1]. Власне ця Концепція була сформульована ще в радянський період багатьма вченими, одним із найвідоміших виразників її був О. С. Іоффе. На його думку, припинення зобов'язання означає відпадіння первісно встановленого зобов'язання як конкретного виду зобов'язальних зв'язків[2]. Така позиція у більшості випадків припинення зобов'язання є прийнятною, але, як на наш погляд, далеко не завжди, адже з припиненням зобов'язання можуть продовжувати існувати певні правові зв'язки

[1] Цивільне право України. Підручник 2 кн. / За ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнєцової. — К.: Юрінком Інтер, 2003. — Кн. 1. — С. 721.

[2] *Иоффе О.С.* Обязательственное право. — М., 1975. — С. 184—185.

між колишніми контрагентами договірного зобов'язання, незважаючи на те, що в главі 50 ЦК взагалі не згадуються можливі конкретні правові наслідки припинення зобов'язання. Відтак постає проблема — як же виявити ці правові наслідки, якщо норми глави 50 не містять критеріїв її вирішення. Вважаємо, що її позитивне вирішення можливе лише за умови аналізу окремих підстав припинення окремих видів зобов'язань, щодо яких новий ЦК в деяких випадках прямо або опосередковано визначає правові наслідки припинення того чи іншого договірного зобов'язання.

Іншого підходу потребує аналіз правових наслідків зміни або припинення зобов'язання за домовленістю сторін чи у судовому порядку шляхом розірвання договору.

Відповідно до ст. 653 ЦК у разі зміни договору зобов'язання сторін змінюються відповідно до змінених умов щодо предмета, місця, строків виконання тощо, а у разі розірвання договору зобов'язання сторін припиняються. При цьому завжди необхідно враховувати, в якому порядку відбулася зміна або розірвання договірного зобов'язання: за домовленістю сторін чи за рішенням суду, адже від цього може залежати зміст правових наслідків та момент настання припинення зобов'язання. Так, у разі зміни або розірвання договору зобов'язання припиняється з моменту досягнення домовленості про зміну або розірвання договору, якщо інше не встановлено договором або не обумовлено характером його зміни, а у разі його зміни або розірвання у судовому порядку — з моменту набрання рішенням суду законної сили (ч. 3 ст. 653 ЦК).

Настання тих чи інших правових наслідків може бути обумовлено в самому правочині — договорі, за яким сторони передбачають розірвання відповідного договірного зобов'язання. В принципі можливі варіанти, коли сторони виконують усі свої обов'язки в момент укладення правочину про розірвання договору, а відтак в цей же момент повністю припиняється зобов'язальне правовідношення і ніяких правових наслідків для сторін не буде виникати в майбутньому. Проте у правочині про розірвання договору сторони не позбавлені права передбачити виконання ними своїх обов'язків після укладення правочину про припинення договірного зобов'язання. Вони можуть, зокрема, передбачити розподіл витрат, понесених у зв'язку з укладенням первісного договору та його припиненням, інші майнові розрахунки, у тому числі щодо неустойки тощо, що хоча і не передбачено прямо в положеннях ст. 653 ЦК, але випливає з загальних положень зобов'язального права.

Водночас в ст. 653 (частини 4, 5) ЦК встановлені обмеження у визначенні правових наслідків розірвання договору.

Сторони не мають права вимагати повернення того, що було виконане ними за зобов'язанням до моменту зміни або розірвання договору, якщо інше не встановлено договором або законом (ч. 4 ст. 653 ЦК). Наведена норма сформульована досить неоднозначно, але логіко-юридичне її тлумачення дає нам підстави вважати, що її дія розрахована на судове розірвання договору. Тому у разі заявлення стороною вимог про повернення виконаного нею за зобов'язанням суд має право у разі розірвання договору відмовити позивачеві у задоволенні такої вимоги. Правило ч. 4 ст. 653 ЦК не застосовується, якщо інше передбачено договором або законом. Тобто у первісному договірному зобов'язанні сторони можуть передбачити підстави та порядок можливого повернення виконаного ними у разі розірвання договору. Думається, що сторони не позбавлені такого права і у разі укладення правочину про розірвання договору, адже і тут діє принцип свободи договору.

У ЦК є застереження щодо можливості повернення майна переданого стороні на виконання, але всі вони застосовуються як спосіб захисту порушених прав. Наприклад, ст. 672 ЦК (ч. 2) передбачає право покупця відмовитися від договору і вимагати повернення сплаченої за товар грошової суми, ст. 695 ЦК надає продавцеві право відмовитися від передачі товару і вимагати повернення проданого товару, якщо покупець не здійснив у встановлений договором строк чергового платежу за проданий з розстроченням платежу і переданий йому товар.

Відповідно до ст. 27 Закону України «Про приватизацію державного майна», у разі розірвання в судовому порядку договору купівлі-продажу у зв'язку з невиконанням покупцем договірних зобов'язань, приватизований об'єкт підлягає поверненню у державну власність. Із змісту наведеної статті цілком однозначно випливає, що такі правові наслідки може застосовувати суд. Однак наведений Закон не містить заборон вчинити сторонам по-іншому.

Як вже зазначалося, норма ч. 5 ст. 653 ЦК надає стороні право розірвати договір у зв'язку з істотним порушенням договору іншою стороною та вимагати відшкодування збитків, завданих розірванням договору. Наведена норма має той самий недолік, що і норма ч. 4 ст. 653 ЦК, оскільки не містить застереження про судовий порядок розгляду вимог, які ґрунтуються на цій нормі.

Однак на цьому не завершуються юридичні прорахунки у побудові норм ст. 653 ЦК. Як вже зазначалося, відповідно до ч. 5 ст. 653 ЦК у разі зміни або розірвання договору у зв'язку з істотним порушенням договору однією зі сторін, друга сторона має право вимагати від сторони-порушника відшкодування збитків, завданих розірванням до-

говору. Наведене положення не узгоджується з положеннями глави 51, в якій визначаються правові наслідки порушення зобов'язання, у тому числі відповідальність. Відповідно до ст. 611 ЦК у разі порушення зобов'язання настають правові наслідки, встановлені договором або законом, зокрема: 1) розірвання договору; 2) зміна умов зобов'язання; 3) сплата неустойки; 4) відшкодування збитків та моральної шкоди. Таким чином, ст. 611 ЦК встановлює ширше коло правових наслідків порушення договірного зобов'язання, порівняно зі ст. 653 ЦК, у якій у разі істотного порушення договору потерпіла сторона може вимагати лише розірвання договору та відшкодування збитків. Відповідно і в юридичній літературі, коментуючи цю статтю автори не виходять за межі буквального тексту ч. 5.[1] За таких обставин, як нам вважається, все-таки немає перешкод до того, щоб у разі розірвання договору у зв'язку з істотним порушенням договору однією зі сторін друга сторона мала право вимагати, крім відшкодування збитків, застосування до порушника інших мір відповідальності, передбачених договором або законом (наприклад, неустойки). Правовою підставою для цього мають слугувати правила ст. 611 ЦК. Водночас варто відзначити на існування формальної неузгодженості між статтями 611 і 653 ЦК в даному аспекті, а врешті і зі ст. 22 ЦК, яка передбачає крім відшкодування збитків й інші способи відшкодування майнової шкоди.

У застосуванні ч. 5 ст. 653 ЦК може виникнути й інша проблема, пов'язана з тлумаченням поняття «істотне порушення договору», зміст якого хоч і визначається в окремих статтях, але може піддаватися неоднозначному тлумаченню. Так, за ст. 611 ЦК розірвання договору можливе у разі порушення зобов'язання. Тобто за цією статтею порушення зобов'язання не обов'язково повинно набути ознак істотності.

Між тим, відповідно до ч. 2 ст. 651 ЦК договір може бути змінено або розірвано за рішенням суду на вимогу однієї зі сторін у разі істотного порушення договору другою стороною та в інших випадках, встановлених договором або законом. Істотним, зазначається в ч. 2 цієї самої статті, є таке порушення стороною договору, коли внаслідок заподіяної цим шкоди друга сторона значною мірою позбавляється того, на що вона розраховувала при укладенні договору.

Аналізуючи законодавче визначення поняття істотного порушення договору важко віднайти в ньому конкретні критерії для розкриття його змісту, адже у цьому разі знову ж таки виникає питання про

---

[1] Цивільний кодекс України. Коментар. — Х.: Одіссей, 2003. — С. 460—461; Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар / За заг. ред. Я. М. Шевченко. — К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2004. — Ч. 2. — С. 114.

те, що необхідно розуміти під позбавленням значною мірою того, на що потерпіла сторона розраховувала при укладенні договору? За таких обставин виникає замкнуте коло взаємопов'язаних оціночних понять. Зрозуміло, що дати однозначну відповідь на поставлене питання практично майже неможливо, якщо мати на увазі, що це має стосуватися усіх видів договірних зобов'язань. Однак у будь-якому разі норма ч. 2 ст. 651 ЦК може бути вдосконалена в кількох напрямках.

По-перше, редакція ч. 2 ст. 651 ЦК дає підстави не вважати істотним порушенням договору повне неотримання потерпілою стороною очікуваного за договором, що є певним нонсенсом. ***По-друге***, невдалим є твердження, що істотним має вважатися таке порушення договору, внаслідок якого сторона, яка діяла правомірно, була позбавлена значної частини того, на що вона «розраховувала» при укладенні договору. Юридична некоректність наведеної норми приховується в застосуванні самого терміна «розраховувала», оскільки при визначенні розміру втраченого внаслідок порушення договору необхідно брати до уваги не те на що суб'єктивно розраховувала сторона у випадку належного виконання договору, а те, **що** і **скільки** було втрачено стороною внаслідок невиконання або неналежного виконання договору стороною-порушником.

Однак деякі автори досліджуючи питання істотності порушення договору, не знаходять в законодавчій конструкції прорахунків. Наприклад, М. М. Сібільов зазначає, що істотне порушення може мати місце, зокрема при порушенні боржником умови щодо строку виконання зобов'язання з постачання комплектуючих, адже це унеможливлює своєчасне виконання зобов'язання кредитором перед контрагентами інших зобов'язань за його участю і значною мірою позбавляє його можливості одержання сум виторгу, на яку він розраховував при укладенні договору на поставку комплектуючих.[1]

За такого підходу відбувається підміна понять щодо способів захисту порушених цивільних прав. Так, ст. 22 ЦК встановлює правові засади відшкодування збитків та інших способів відшкодування майнової шкоди. Серед форм збитків, що підлягають відшкодуванню передбачається упущена вигода — доходи, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було порушене. Саме загроза неодержання у значному розмірі упущеної вигоди мало б бути покладено в основу встановлення істотності порушення договору, що сприяло б більш об'єктивному вирішенню цієї проблеми.

---

[1] Цивільне право України / За заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — Т. 2. — С. 106—107.

Суперечливо вирішено питання істотності порушення договору статтями, що регулюють окремі види договорів, якими встановлюються спеціальні підстави розірвання договору. Так, згідно з ч. 2 ст. 678 ЦК у разі істотного порушення вимог щодо якості товару (виявлення недоліків, які не можна усунути, недоліків, усунення яких пов'язане з непропорційними витратами або затратами часу, недоліків, які виявилися неодноразово чи з'явилися знову після їх усунення) покупець, зокрема, має право відмовитися від договору і вимагати повернення сплаченої за товар грошової суми.

У разі передання продавцем некомплектного товару покупець має право, якщо продавець у розумний строк не доукомплектував його, вимагати за своїм вибором заміни некомплектного товару на комплексний або відмовитися від договору і вимагати повернення сплаченої грошової суми (ч. 2 ст. 684 ЦК). Тобто у наведеному випадку законодавець некомплектність товару не розглядає як істотне чи неістотне порушення, але однозначно визнає його як підставу для примусового розірвання договору. Такий же підхід спостерігається також в деяких інших статтях, що встановлюють підстави розірвання договору купівлі-продажу (статті 659, 666, 690 та ін.).

Одним з небагатьох договорів, примусове розірвання яких можливе за наявності істотних або інших конкретних порушень є договір підряду. Так, відповідно до ч. 3 ст. 858 ЦК, якщо відступ у роботі від умов договору підряду або інші недоліки у роботі є істотними та такими, що не можуть бути усунені, або не були усунені у встановлений замовником розумний строк, замовник має право відмовитися від договору та вимагати відшкодування збитків. Отже, у даному випадку законодавець певною мірою розкриває зміст істотних недоліків, що слугують підставою для розірвання договору у судовому порядку.

В усіх випадках має вважатися істотним те порушення, яке полягає у невиконанні зобов'язання в натурі, оскільки в договірному праві існує принцип реального виконання зобов'язання. Наприклад, згідно зі ст. 622 ЦК боржник, який сплатив неустойку і відшкодував збитки, завдані порушенням зобов'язання, не звільняється від обов'язку виконати зобов'язання в натурі, якщо інші не встановлено договором або законом та якщо виконання не втратило інтерес для кредитора. В останньому випадку кредитор має право відмовитися від договору та вимагати відшкодування завданих збитків, сплати неустойки відповідно до положень статей 623, 624 ЦК.

Розділ III
ВИДИ ДОГОВОРІВ

Глава 7 КЛАСИФІКАЦІЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИХ ДОГОВОРІВ

§ 1. Поняття і принципи класифікації цивільно-правових договорів та їх класифікаційні утворення (форми)

Поняття і принципи класифікації цивільно-правових договорів. Необхідність забезпечення стабільності та визначеності закріплюваних суспільних відносин в умовах диспозитивності цивільно-правового регулювання правовідносин втрачає сенс за відсутності адекватної системи цивільно-правових договорів, постійні видозміни якої через появу нових та ускладнення існуючих договірних конструкцій вимагає науково обґрунтованих оцінок і прогнозів правового регулювання цих відносин.

Договірне право регулює різноманітні й динамічні відносини економічного обороту, цивільні права та обов'язки, які виникають у результаті цілеспрямованих, заснованих на домовленості, правомірних дій осіб та інших суб'єктів цивільного права. Цивільно-правові договори мають надзвичайно широку сферу застосування, оскільки регулюють майнові й частину особистих немайнових відносин у будь-яких сферах їхньої діяльності приватного характеру.

У ході вивчення всієї різноманітності договорів важливого практичного значення набуває їх класифікація, тобто поділ договорів на певні види, інші класифікаційні утворення (типи, підтипи, підвиди тощо). Здійснення класифікації договорів дає можливість не лише виділити

основні риси чи істотні ознаки того чи іншого договору, а й визначити його місце в системі цивільно-правових відносин. Не можна не погодитися з тим, що «правильно побудована класифікація сприяє систематизації накопичених знань, забезпечує належне використання понять та термінів, усуває двозначність і неоднозначність мови науки».

Крім того, вдало проведена класифікація дозволяє сформулювати низку загальних положень щодо всіх договорів тієї чи іншої групи, що значно спрощує їх застосування.

Цінність класифікації договорів викликана також і тим, що «юридично оформлюючи і закріплюючи суспільні, передусім економічні, зв'язки суб'єктів, надаючи цим зв'язкам рис стабільності і визначеності, цивільно-правові договори, взяті в цілому, є єдиною системою, окремі частини якої тісно пов'язані між собою і взаємодіють». Отже, правильно побудована система договорів надає істотну допомогу у формуванні правильних суджень щодо суті самого закону, в усвідомленні того порядку, до встановлення якого прагнув законодавець.

Встановлення критеріїв класифікації договорів допомагає також при кваліфікації договірних правовідносин у практичній діяльності судів та інших суб'єктів правозастосування.

Систематизація цивільно-правових договорів необхідна, з одного боку, для всебічного вивчення на науковому рівні питань договірного права, а з іншого — для створення умов вдосконалення існуючого і розробки нового законодавства в цій галузі, можливості кодифікації. Проте для успішного створення такої системи необхідно вірно обирати принципи її побудови, які б унеможливлювали розміщення одного виду договору у різних класифікаційних групах, і, разом із тим, створювали б зв'язок між усіма різновидами.

Будь-яка класифікація цивільно-правових договорів передбачає їх поділ на однорідні класифікаційні утворення (рід, тип, види тощо) за тим чи іншим критерієм. Ключовим елементом при побудові всієї класифікації договорів виступає розробка наукового критерію такого поділу. Для класифікації договорів у доктрині цивільного права традиційно застосовуються два способи — дихотомії та направленості зобов'язання, яке породжується договором.

Дихотомічний спосіб класифікації договорів передбачає можливість їх поділу за всіма тими підставами, за якими проводиться поділ на види правочинів у цілому і ґрунтується на виділенні певного дихотомічного (тобто поділ на два протилежні за значенням елементи) критерію поділу (зокрема, оплатні-безоплатні, абстрактні-каузальні, умовні-безумовні, неоспорювані-оспорювані, розпо-

рядчі-зобов'язальні, алеаторні-комутативні, комерційні-фідуціарні, строкові-безстрокові, планові-непланові, загальноцивільні-господарські, підприємницькі-споживчі тощо).

Інший принциповий спосіб класифікації договорів використовує як свою підставу ознаку направленості зобов'язання, яке породжується договором. Подібну ознаку в літературі інколи називають «принципом результату» («направленості результату») або ознакою мети договору.

Цей спосіб класифікації договорів, який займає вирішальне значення як у теоретичному, так і в практичному плані, визначає систему договірного права, зокрема систему (послідовність) розташування договірних інститутів у ЦК.

ЦК України класифікує договори за їх юридичною направленістю (юридичним змістом) і розміщує їх у такій послідовності: 1) договори, направлені на передачу майна у власність або інше речове право (глави 54—57); 2) договори, направлені на передачу майна в користування (глави 58—60); 3) договори, направлені на встановлення зобов'язань із виконання робіт (глави 61—62); 4) договори, направлені на встановлення зобов'язань із надання фактичних послуг (глави 67, 71—74); 5) договори, направлені на встановлення зобов'язань з вчинення юридичних і фактичних послуг (глави 68—70); 6) договори, направлені на реалізацію виключних прав (глави 75—76); 7) договори, направлені на встановлення зобов'язань з надання фінансових послуг (глави 67, 71—74); 8) договори, направлені на досягнення спільної мети — простого товариства (гл. 77); 9) договір стосовно розпорядження майном на випадок смерті — спадковий договір (гл. 90).

Характерно те, що в рамках кожного із зазначених вище типів договорів формується певна група (підтип) договорів (купівлі-продажу, майнового найму, підряду, надання послуг, спільної діяльності тощо), у межах яких виділяються окремі види договорів.

Основна задача цієї нормативно закріпленої класифікації суто практична — дати таку систему, яка б дозволила розташувати законодавчий матеріал про найпоширеніші основні типи договорів способом, найбільш вдалим для повсякденного практичного застосування. Можна погодитися з тим, що з інших точок зору вона не позбавлена недоліків.

У зв'язку з цим слушно зазначається, що в даній класифікації порушено єдність підстави, а тому така система не може вважатися у повному розумінні науковою. Крім того, низка договорів (поступки вимоги, переводу боргу, застави, неустойки, поруки, про надання банківської гарантії, попередні, організаційні тощо) в неї просто не вписується.

Класифікаційні утворення (форми) цивільно-правових договорів. Застосування кількох критеріїв при формуванні переважної більшості класифікацій цивільно-правових договорів передбачає їх поділ на однорідні класифікаційні утворення (рід, тип, види тощо), що вимагає виявлення їх поняття та встановлення співвідношення між собою.

У доктрині до класифікаційних форм (утворень) групування окремих договорів до певної системи зазвичай відносять рід, тип, підтип, вид та підвид договору.

У навчальній літературі досить часто не розділяють поняття «тип» і «вид» договору, а використовують їх як синоніми. Інколи намагаються взагалі обмежити застосування класифікаційних груп (утворень) вказівкою лише на вид договору, що видається не зовсім виправданим і призводить до плутанини і неможливості пояснити сутність багатоступеневих критеріїв класифікації договорів. У науковій літературі звертається увага на необхідність розмежування цих категорій.

У зв'язку з цим Ю. Романець цілком слушно звертає увагу на те, що дані поняття (йдеться про типи, види, підвиди) втілюють багатоступінчастий принцип побудови системи: тип — родове поняття; вид — елемент, який виник у результаті поділу типів; підвид — елемент, який виник у результаті поділу виду. Правильна формалізація систематизуємого явища за допомогою зазначених понять дозволяє точно визначити його місце в системі.

Функціональне призначення різних класифікаційних груп (утворень) полягає в забезпеченні системної взаємодії та встановленні чітких критеріїв співвідношення між різними такими утвореннями.

Мета подібної структури систематизації полягає в «...уніфікації та диференціації правового регламентування шляхом розподілу договорів на групи, кожна з яких характеризується регулюванням, єдиним для цієї групи і відмінним від регулювання інших груп».

Водночас у літературі небезпідставно звертається увага на те, що «...для здійснення вичерпної і логічно завершеної систематизації договорів запропонованих вище трьох ступенів явно недостатньо».

Цей висновок можна пояснити на прикладі систематизації договорів, направлених на передачу майна у власність. Зазначені договори становлять собою самостійний тип договорів, видами якого виступають купівля-продаж, рента, дарування, міна. В свою чергу, окремі із зазначених видів договорів мають свої підвиди (зокрема, в купівлі-продажу такими виступають роздрібна торгівля, поставка тощо).

У зв'язку з цим нелогічним видається висновок Ю. Романця про визнання самостійними типами договорів купівлі-продажу, міни, да-

рування, ренти. В цьому випадку договірним типом здатні виступати зазначені договори лише в сукупності, як група договорів, направлених на передачу майна у власність, що свідчить про їх однакову цільову направленість і притаманну їм спільну типологічну рису.

Будь-яка однорідна група договорів повинна мати спільну родову ознаку, що не виключає можливості їх подальшого внутрішньовидового поділу за іншими критеріями, однак у рамках загальнородової ознаки їх поділу, який має охоплювати всі більш дрібні класифікації.

У цьому контексті в літературі цілком справедливо зазначається на важливість послідовної реалізації завдання систематизації договорів, яка полягає в тому, що «кожній групі, яка об'єднує різні їх типи, повинен відповідати свій термін, більш широкий за своїм змістом, ніж терміни, які використані у внутрішньогруповій систематизації». Тому необхідно виходити із розуміння терміна «тип» як найширшого за своїм змістом поняття з максимальною сферою дії, яким позначається однорідна група договорів, наприклад спрямованих на відчуження майна у власність набувачу.

Інколи в літературі термін «тип» розглядається в розумінні виду договорів. Зокрема, Ю. В. Романець обґрунтовує тезу про те, що договір найму жилого приміщення — це не вид оренди, а самостійний тип договору. Потім два самостійних типи договорів (оренди і найму житла) він об'єднує в одну групу — договори, направлені на передачу в тимчасове користування об'єктів цивільних прав. При цьому не пояснюється, чим є ця група щодо договорів (найму житла тощо), які входять в неї як складові елементи.

Наведене свідчить про доцільність встановлення більш точного та однозначного застосування термінології і визнання «типу» найбільш широкою за обсягом формою систематизації цивільно-правових договорів; будь-які інші класифікаційні форми (підтипи, види, групи тощо) виступають лише його складовими частинами.

Отже, категорія «тип» має застосовуватися для позначення найбільш повної за обсягом групи договорів, які мають ідентичну направленість.

Складовими елементами категорії «тип» виступають менші за обсягом класифікаційні утворення — підтип, вид та підвид.

Водночас договір є одним із видів правочинів, що робить доцільним застосування категорії роду для позначення всієї сукупності цивільно-правових договорів.

Рід — це найбільш загальна категорія, якій відповідає сам договір як унікальний регулятор відносин, що ґрунтуються на волевиявленні їх учасників.

Отже, вся піраміда системи договорів може бути представлена таким чином: рід, тип, підтип, вид, підвид.

Категорія «тип» договору охоплює групу цивільно-правових договорів, направлених на досягнення певного юридично значимого результату. При цьому йдеться про юридичний результат, який значною мірою вже обумовлений нормативно (зазвичай йдеться про договори, спрямовані на передання речі, виконання роботи, надання послуги).

Змістовна характеристика типу, як й інших форм класифікації, зумовлена притаманними договору ознаками, сутність яких полягає у визнанні договору різновидом юридично обов'язкового правовідношення, спрямованого на настання правових наслідків.

Тому не охоплюється цією категорією так звані фактичні угоди як протилежний договору тип домовленості, який не визначається договором як видом юридичних фактів у зв'язку з удаваним характером домовленості або відсутності юридичних відносин у силу певного дефекту.

При цьому в літературі загалом правильно звертається увага на проходження фактичної стадії свого існування окремими видами цивільно-правових договорів. Наприклад, договір позики виникає в момент передачі майна або грошей.

А. Д. Корецький вважає, що передача грошей в борг (в позику) є реалізацією попередньої домовленості (усної чи письмової), яку необхідно визнавати фактичним договором, який легалізується в момент і за допомогою передачі предмета позики. Фактичний договір розглядається автором як намір сторін, який має співпадати із сутністю укладеної сторонами юридичної домовленості (об'єктивованого волевиявлення). Останнє в цьому випадку обєктивує (легалізує) умови першої.

А. Д. Корецький до фактичних договорів також відносить і нікчемні договори, зокрема удавані договори, в яких фактична угода направлена на створення видимості юридичних відносин, а її юридична оболонка — на встановлення юридичних зобов'язань.

З наведеним вище підходом щодо доцільності застосування терміна «фактичний договір» важко погодитися. Поширення юридичного терміна «договір» на неправові (фактичні) відносини не має сенсу, призведе до своєрідного «розмивання», корозії юридичної категорії, а зрештою — до колізій із юридичними категоріями в сфері переддоговірних відносин. У цьому випадку доцільно обмежитися застосовуванням традиційних конструкцій попереднього договору, попереднього правочину і переддоговірної відповідальності.

Специфіка кількісної характеристики типології договорів обумовлена нормативним підґрунтям поняття договору. У зв'язку з цим у

літературі цілком слушно зазначається, що видова різноманітність цивільно-правових договорів завжди скінченна, оскільки зумовлюється волею законодавця. Останній закріплює в текстах нормативних актів типові конструкції відносин, які існують в суспільстві, що є вираженням їх схвалення та обіцянки захисту. Інші договірні відносини, які не знайшли закріплення в законодавстві, також можуть ним захищатися, однак за умови, що вони не суперечать закону. Остаточне встановлення відповідності чи невідповідності прав та обов'язків сторін за подібними договорами вимогам законодавства встановлюватиметься в майбутньому на момент реалізації подібних правовідносин.

Найближчою за обсягом формою класифікації договорів є вид договору. В ЦК України видам договорів присвячені, як правило, окремі глави. Наприклад, самостійними видами договорів виступають: купівля-продаж, оренда, підряд, доручення тощо.

Нарешті, третю форму класифікації становлять групи договорів, які формують підвид. Підвидом договорів є договори, які відрізняються особливостями, що не мають істотного значення для визначення правової природи договору в цілому. В ЦК України підвидам договорів присвячені переважно окремі параграфи в главах. Наприклад, роздрібна купівля-продаж — підвид купівлі-продажу, лізинг — підвид оренди тощо.

Наведена вище тричленна структура класифікації договорів дає можливість із достатньою мірою вичерпності провести юридичну характеристику відповідного договору. Наприклад, характеристика договору роздрібної торгівлі може проводитися таким чином: рід — договір; тип — договір, направлений на передачу речей у власність; вид — купівля-продаж; підвид — роздрібна торгівля.

§ 2. Класифікації договорів за їх окремими властивостями

В доктрині обґрунтування класифікації договорів за їх окремими властивостями проводиться за різними ознаками (критеріями) залежно від цілей, які при цьому ставляться.

Пріоритетною вважається практична значимість поділу договорів на види, яка полягає, перш за все, в можливості нормативного закріплення їх відмітних видових ознак і забезпеченні таким чином одноманітного застосування договорів, у яких наявні відповідні риси.

Зазвичай критеріями класифікації договорів виступають дихотомічного характеру властивості, притаманні будь-яким чи переважній більшості договорів.

У цьому контексті за ознаками наявності чи відсутності зустрічного задоволення договори поділяються на оплатні й безоплатні, за розподілом прав та обов'язків між сторонами — на односторонні та двосторонні (пункти 2 і 3 ст. 626 ЦК), за моментом у часі, коли договір вважається укладеним, — на реальні та консенсуальні тощо.

Значне поширення отримала класифікація цивільно-правових договорів за приналежністю їх до певного типу, виду (різновиду) або змішаного договору. На думку О. С. Іоффе, договірний тип виділяється за специфікою матеріальних відносин, що опосередковується договором або колом юридичних умов, об'єктивно необхідних для утворення даного договірного зобов'язання. Коли ж договори подібні як за покладеними в їх основу матеріальними відносинами, так і за істотними умовами, вони співвідносяться між собою як різновиди одного і того самого договірного типу. В свою чергу, якщо укладений договір опосередковує два або кілька різнорідних відносин та об'єднує умови, об'єктивно необхідні для формування зобов'язань різних типів, він стає змішаним договором. Поняття змішаного договору знайшло нормативне закріплення і доктринальне обґрунтування. ЦК України (п. 2 ст. 628) визнає змішаним такий договір, в якому містяться елементи різних договорів. До відносин сторін у змішаному договорі застосовуються у відповідних частинах положення актів цивільного законодавства про договори, елементи яких містяться у змішаному договорі, якщо інше не встановлено договором або не випливає із суті змішаного договору. У вітчизняній доктрині змішаним вважається «...договір, у якому поєднуються елементи договорів різних типів, що передбачені законодавством». Разом із тим, вважається «неприпустимим визнавати змішаним договір, який поєднує різні види одного типу договору».

Найвагомішою, на думку окремих дослідників, є класифікація договорів за змістом діяльності, яку вони регулюють. Відповідно до даного критерію розрізняють два основні типи договорів — майнові та організаційні.

До майнових належать договори, спрямовані на регулювання діяльності осіб із приводу певного майнового блага. Їх відмітна риса полягає в спрямованості на одержання майна або блага, яке досягається виконанням зобов'язання.

Специфіка організаційних договорів полягає в тому, що вони призначені створювати передумови для наступної підприємницької чи іншої діяльності. До організаційних договорів належать, наприклад засновницькі (установчі) договори зі створення господарських товариств.

Залежно від юридичної спрямованості та послідовності досягнення цілей договори поділяються на основні та попередні.

Основний договір безпосередньо породжує права та обов'язки сторін, пов'язані з передачею майна, виконанням роботи, наданням послуги тощо (основного договору). Попередній договір — це договір, сторони якого зобов'язуються протягом певного строку (в певний термін) укласти основний договір у майбутньому на умовах, встановлених попереднім договором (ст. 635 ЦК України).

Необхідність укладення між сторонами попереднього договору може бути зумовлена різними чинниками. Йдеться, зокрема, про відсутність в особи (на момент укладення попереднього договору) права власності на річ, яка, після його виникнення у майбутньому, буде предметом продажу, або про наявність на цей момент щодо речі, власником якої є особа, обтяжень його права власності правами третіх осіб тощо.

Безпосередньо з наведеного визначення випливає, що істотною умовою попереднього договору є умова щодо строку (терміну) укладення основного договору, а з урахуванням вимог ч. 1 ст. 638 ЦК України необхідно визнати істотною умовою зазначеного договору також умову про предмет основного договору. Названі умови мають бути завжди визначені, оскільки саме вони надають йому сили попереднього договору. Невизначеність сторін щодо таких умов свідчить про відсутність їх волевиявлення на надання певним домовленостям між ними сили попереднього договору (ч. 4 ст. 635 ЦК України). При визначенні умови щодо строку (терміну) укладення основного договору сторони вільні діяти на власний розсуд, якщо законом не встановлені обмеження, що є обов'язковими для них.

Відсутність у попередньому договорі інших істотних умов основного договору (умов, визначених законом як таких або умов, що є необхідними для договорів даного виду, а також тих умов, щодо яких за заявою сторін має бути досягнута згода (ч. 1 ст. 638 ЦК України), не є підставою вважати, що він не має сили попереднього договору, за умови, що в ньому встановлено порядок їх погодження при укладенні основного договору або, якщо цей порядок передбачений актами цивільного законодавства, які є обов'язковими для сторін договору.

Попередній договір має укладатися в письмовій формі, а якщо основний договір потребує нотаріального посвідчення, то й попередній повинен бути укладений у такій формі. Порушення зазначених вимог тягне загальні наслідки, передбачені статтями 218 і 220 ЦК України.

Залежно від підстав укладення договори поділяються на вільні та обов'язкові.

Дія принципу свободи договору зумовлює те, що більшість договорів, які укладаються в умовах ринкової економіки, є вільни-

ми, тобто такими, укладення яких залежить виключно від розсуду сторін.

У разі, якщо укладення договору є обов'язковим для сторін (сторони), йдеться про обов'язковий договір, укладений на підставі правового акта органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим, органів місцевого самоврядування, обов'язкового для сторін (сторони) договору. Особливостями такого договору є те, що: ***по-перше***, його зміст має відповідати змісту зазначеного акта; ***по-друге***, особливості його укладення встановлюються актами цивільного законодавства (ст. 648 ЦК України); ***по-третє***, розбіжності, які виникають між сторонами при укладенні цього договору, в силу прямого законодавчого припису вирішуються судом (ч. 1 ст. 649 ЦК України).

Серед обов'язкових договорів особливе місце належить публічним договорам. Згідно зі ст. 633 ЦК України публічним є договір, в якому одна сторона (підприємець) взяла на себе обов'язок здійснювати продаж товарів, виконання робіт або надання послуг кожному, хто до неї звернеться (роздрібна торгівля, перевезення транспортом загального користування, послуги зв'язку, медичне, готельне, банківське обслуговування тощо). Безумовно, наведений перелік не є вичерпним, а містить лише орієнтовну кількість видів діяльності, оскільки неможливо в законі передбачити їх надмірно широке коло, яке існує в правозастосовній практиці.

Публічний договір за сучасних умов регульованої державою ринкової економіки відіграє значну роль і пов'язаний з подальшим утвердженням принципів рівності всіх форм власності, свободи підприємницької діяльності та договору. Зростання ролі публічних договорів зумовлене розвитком малого та середнього підприємництва, і, зокрема, сфери роздрібної торгівлі, надання послуг та виконання робіт.

Публічні договори вирізняються особливостями укладання подібних договорів. З цього приводу серед вчених-цивілістів не існує єдиного підходу стосовно можливості оферти в тих договорах, в яких інша сторона заздалегідь невідома, адже адресність є однією із головних ознак оферти. Деякі вчені звертають увагу на те, що вона можлива лише щодо конкретно визначеної особи і заперечує її існування в публічних договорах. У літературі обґрунтовано позицію, згідно з якою оферта можлива і щодо невизначеного кола осіб, і тому необхідно розрізняти пропозиції щодо «невизначеного кола осіб» і щодо «всіх та кожного». Так, М. Єгоров зазначає, що пропозиція укладати договір звернена не до невизначеного кола осіб, а до будь-якого та кожного. Тому перший, хто відгукнеться на публічну оферту, акцептує її й тим самим знімає.

Певні ознаки обов'язкових правочинів притаманні договорам приєднання. Згідно з ч. 1 ст. 634 ЦК України договором приєднання вважається договір, умови якого встановлені однією із сторін у формулярах або інших стандартних формах. Він може бути укладений лише шляхом приєднання другої сторони до запропонованого договору в цілому. Друга сторона не може запропонувати свої умови договору. Таким чином, головна особливість договору приєднання полягає у встановленні умов договору однією стороною шляхом розроблення нею формуляра або іншої стандартної форми і в неможливості другої сторони запропонувати свої умови договору. У цьому зв'язку доречно зазначити, що сторона, яка приєдналася до договору, зобов'язана довести, що вона, виходячи зі своїх інтересів, не прийняла б даних умов за наявності в неї можливості брати участь у визначенні умов договору (ч. 2 ст. 634 ЦК України). З урахуванням особливостей підприємницької діяльності, зокрема її ризикового характеру, закон встановлює особливості здійснення вказаного права на зміну або розірвання договору приєднання, укладеного особою при здійсненні нею підприємницької діяльності (ч. 3 ст. 634 ЦК України).

Залежно від того, хто може вимагати виконання договору, останні поділяються на договори, що укладаються на користь їх учасників, та договори на користь третьої особи.

Переважна більшість договорів є такими, що укладаються на користь сторін і право вимагати їх виконання належить лише сторонам договору.

Договором на користь третьої особи є той правочин, в якому боржник зобов'язаний виконати свій обов'язок на користь третьої особи, яка встановлена або не встановлена у договорі (ч. 1 ст. 636 ЦК України). Прикладом такого договору є договір страхування, укладений страхувальником зі страховиком на користь третьої особи (вигодонабувача), за яким страховик зобов'язаний здійснити страхову виплату вигодонабувачеві у разі досягнення ним певного віку або настання іншого страхового випадку (ст. 985 ЦК України).

Наданим третій особі правом вимоги щодо виконання договору, укладеного на її користь, вона може як скористатися, так і відмовитися від нього. Щодо здійснення права третьої особи в такому договорі ЦК України (частини 3 і 4 ст. 636) закріплює два принципових правила, суть яких полягає в наступному. ***По-перше***, якщо третя особа висловила намір скористатися своїм правом, то з цього моменту сторони договору не можуть розірвати або змінити його без згоди третьої особи, якщо інше не встановлено договором або законом. ***По-друге***, у разі відмови третьої особи від права, наданого їй

за договором, сторона, яка уклала договір, може сама скористатися цим правом, якщо інше не випливає із суті договору. Так, при укладенні договору банківського вкладу на користь третьої особи, остання набуває права вкладника з моменту пред'явлення нею до банку першої вимоги, що випливає з прав вкладника, або вираження нею іншим способом наміру скористатися такими вимогами. До цього моменту особа, яка уклала договір, має право сама скористатися всіма правилами вкладника, у тому числі й правом на розірвання або зміну договору. Якщо ж особа, на користь якої зроблено вклад, відмовиться від нього, особа, яка уклала договір банківського вкладу на користь третьої особи, має право вимагати повернення вкладу або переведення його на своє ім'я (ст. 1063 ЦК України).

Залежно від визначеності предмета виконання відрізняються договірні зобов'язання однооб'єктні та альтернативні. Як правило, в однооб'єктних договорах предмет становить цілком визначена дія. Нерідкісні випадки, коли боржнику надається право вибору однієї з кількох дій або передачі одного з кількох предметів, передбачених договором або законом (наприклад, договір може встановлювати альтернативний предмет виконання, згідно з яким передбачається передача кількох видів майна, а у випадку неможливості надати кредитору один його вид боржник зобов'язується передати інший вид майна, передбачений договором).

Доктрині відомі й інші неодноразові спроби провести класифікацію договорів, яка б дозволила побудувати їх типологічну систему.

У результаті проведеної А. М. Гранбергом систематизації господарських договорів у тридцяті роки минулого століття на базі застосування критерію особливої економічної сфери були об'єднані різнорідні та роз'єднані однорідні за характером правовідносини. Були спроби розробити систематизацію господарських договорів з виділом договорів, які опосередковують планові, господарські, економічні відносини, відносини з передачі майна (товарів), виконання робіт, надання послуг.

Інші автори обґрунтовують інші класифікації господарських договорів за критерієм характеру відносин, які регулюються подібними договорами. За цією ознакою пропонується виділяти три групи договорів: які опосередковують майнові відносини (еквівалентно-оплатні, товарно-грошові); які опосередковують організаційні (планово-організаційні) відносини; які опосередковують комплекс майнових та організаційних відносин.

Проте зазначені класифікації не здатні охопити всю різноманітну масу цивільних договорів.

Заслуговує більш детального аналізу поняття господарського договору.

У літературі прихильники господарського права спеціально виділяють як окреме поняття «господарський договір» і співвідносять його з поняттям «договір» як категорії особливого і загального. Виділення господарського договору як виду договору представники господарського права ґрунтують на тезі про поєднання публічно-управлінських основ і приватно-правових у будь-яких їх варіаціях в економіці країни, що допускає беззастережне втручання держави як публічно-правової структури з її владними функціями в економіку.

У зв'язку з цим в літературі слушно піддається критиці доцільність виділення господарського договору як виду договору, оскільки в такому випадку поєднання цих засад «означає, що саме існування економіки не мислиться поза безпосереднім державним впливом на неї і його оформленням у вигляді господарських договорів, тобто поведінка осіб, які укладають договір, має залежати від таких дій держави, як планування, владно-командні накази тощо».

Безпосередній державний вплив існує у передбачених законом типах і тому застосовується не до будь-яких господарських договорів.

Представники господарського права визнають існування двох типів безпосереднього державного впливу залежно від того, спрямоване державне регулювання економіки на заміну конкуренції чи є доповненням до ринкових механізмів і призначене для досягнення інших специфічних цілей. Класичними прикладами першого і другого типів регулювання відповідно виступають природна монополія і захист прав споживача.

В інших випадках так звані господарські договори не є об'єктом безпосереднього державного впливу і не містять у собі поєднання публічно-правових і приватноправових елементів.

Крім того, переважно суб'єктивним і перебільшеним є твердження про те, що нібито таке становище (тобто поєднання публічних і приватних засад) є закономірним і приватні відносини мало-помалу втрачають свою чистоту, включаючи суспільні публічні відносини.

У зв'язку з цим Я. М. Шевченко цілком справедливо оцінює подібну закономірність як «уявну, засновану не на об'єктивних чинниках формування суспільних відносин, а на суто суб'єктивних прагненнях підвищити владні повноваження держави в економіці».

Наведене свідчить про недоцільність і необґрунтованість подібного підходу щодо виділення господарського як окремого виду договору.

З урахуванням наведеного більш виправданою видається позиція деяких вчених, які вважають за необхідне враховувати суб'єктний склад у договірних правовідносинах при запровадженні структуризації договорів.

Вносилася пропозиція про виділ у цивільному кодексі спеціальних підрозділів, що містять норми про основні види цивільних договорів: господарські, договори з обслуговування громадян і договори між громадянами. Проте і ці класифікації не мали загального характеру, залишаючи велику групу договорів за межами типологічної системи, а також створювали можливість один і той самий вид договору відносити до різних груп (купівля-продаж). Поділ зобов'язань на групи, залежно від характеру переміщення матеріальних благ, що опосередковується договірними зобов'язаннями запропонував М. Д. Єгоров.

Вважаємо, що зазначена вище основа для виділу типів договорів не є достатньо обґрунтованою, оскільки цей критерій не є загальним. У результаті зобов'язання з перевезень, страхування, розрахункові, пов'язані з наданням послуг, що не мають свого матеріалізованого втілення, виділені ним у самостійні договірні типи. Тому застосування лише економічних критеріїв, зокрема характеру переміщення матеріальних благ, що опосередковується договірними зобов'язаннями в літературі, піддано обґрунтованій критиці і визнається недоцільним при побудові типологічної системи.

Водночас із точки зору наукової моделі принципово можливе проведення класифікації цивільно-правових договорів залежно від сфери економічних та соціальних відносин, які регулюються договорами. Зокрема, за цим критерієм договори можуть бути поділені на договори в сфері культури, освіти, агропромисловому комплексі, ядерній промисловості, сімейних відносин тощо.

§ 3. Класифікації договорів за універсальним критерієм поділу

Одноступенева класифікація цивільно-правових договорів. Питання класифікації цивільно-правових договорів неоднозначно розцінюються вченими і становлять предмет наукових дискусій з приводу обрання найоптимальнішого критерію для такого поділу.

Існуючі концепції класифікації цивільно-правових договорів за універсальними критеріями можна поділити на дві великі групи: одноступеневі і багатоступеневі класифікації цивільно-правових договорів, які відповідно передбачають їх одноразовий і багаторазовий поділ.

Класифікації договорів, що передбачають багаторазовий поділ, будуються за економічним чи юридичним критерієм або у поєднанні того й іншого (комбінований економічно-юридичний критерій класифікації тощо).

Еволюція доктринальних положень і правозастосовна практика свідчать, що спроби виділення єдиного класифікаційного критерію раніше чи пізніше закінчуються невдачею.

Наукова класифікація договорів за юридичним критерієм обумовлена поняттям і значенням цивільно-правового договору як самостійної соціальної категорії, що відрізняється від регульованих відповідним договором суспільних відносин (зокрема й економічних). У зв'язку з цим прихильники подібної класифікації договорів (М. Гордон тощо) однозначно негативно ставляться до поділу договорів на види за економічним критерієм. При цьому критика авторів, які підходили до класифікації договорів за економічною ознакою, ґрунтувалася на тезі, згідно з якою економічні відносини є першопричиною будь-якого договору, але вони не визначають його правового результату.

Залежно від правових результатів договірних відносин у доктрині виділяють такі групи договорів: а) договори про передачу за грошовий еквівалент майнових цінностей (купівля-продаж, поставка, міна); б) договори про безоплатне надання майна (договір про надання безоплатного права користування, дарування); в) договори про оплатне користування речами (договір майнового найму, житловий найм); г) договори з приводу кредитних відносин (позика, інші кредитні відносини); ґ) договори з приводу спільної господарської діяльності; д) договори із убезпечення від випадковостей (договір страхування); е) договори перевезення.

Намагання сформувати класифікацію договорів за критерієм правового результату обумовили доцільність об'єднання в одну групу таких різних договорів, як купівля-продаж і позика, і, навпаки, роз'єднання таких однорідних договорів, як купівля-продаж і дарування. Зрозуміло, що така класифікація не могла задовольнити юридичну науку, але вона стала поштовхом для подальших розробок.

Підтверджують нежиттєздатність подібної класифікації невдалі спроби її використання в правотворчій діяльності. Класифікацію договорів за їх юридичними наслідками (правовою метою) було використано в одному з варіантів при підготовці проекту нового ЦК України, в якому зазначалися найважливіші види договорів, що належали до тієї чи іншої групи залежно від їх юридичної мети (causae). Зокрема, договірні зобов'язання були розподілені на такі групи: 1) зобов'язання з оплатної реалізації майна (купівля-продаж, поставка, контрактація, міна-бартер); 2) зобов'язання з оплатної передачі майна в користування (майновий найм, оренда, лізинг, побутовий прокат, житлові зобов'язання); 3) зобов'язання щодо виконання робіт (підряд, будівельний підряд, підряд на виробництво проектних

і розвідувальних робіт, побутовий підряд); 4) зобов'язання з надання послуг (перевезення, експедиція, доручення, зберігання, комісія, довічне утримання); 5) зобов'язання з безоплатної передачі майна у власність або користування (дарування, безоплатне користування майном). Окремо виділялися зобов'язання зі страхування, розрахункові та кредитні відносини, зобов'язання про сумісну діяльність.

Позитивна сторона зазначеного підходу при класифікації договорів полягає в тому, що вона дає можливість розташувати договірні конструкції в порядку, визначеному ЦК України.

Водночас недоліком цієї класифікації є її незавершений характер, оскільки за окремою рубрикацією залишилися договори у сферах страхування, розрахунково-кредитних відносин, спільної діяльності та деякі інші.

Необхідно звернути увагу й на інші вади такого підходу щодо поділу договорів. Зокрема, договори зі спільною правовою метою — перехід права власності на майно, а саме договори купівлі-продажу і дарування — виявилися за ознакою оплатності в різних класифікаційних групах.

У літературі справедливо зазначається, що труднощі у класифікації договорів та віднесенні їх до тієї чи іншої групи обумовлені ще й наявністю в них елементів різних договорів (змішані договори). До таких, наприклад, належать договори транспортної експедиції, оренди майна з його викупом, на виконання аудиторських робіт тощо. В остаточному варіанті ЦК України таке групування договорів не проводиться, хоч і зберігається науково обґрунтована і перевірена практикою застосування система розташування окремих договорів залежно від основного правового результату.

У цьому відношенні вигідно виділяється запропонована В. В. Луцем класифікація договорів, яка ґрунтується в цілому на єдиному класифікаційному критерії і складається з наступних шести груп цивільно-правових договірних зобов'язань залежно від їх правових наслідків (правової мети): 1) договори про передачу майна у власність, повне господарське відання або оперативне управління (купівля-продаж, поставка, контрактація, позика, міна, дарування, постачання енергетичних ресурсів тощо); 2) договори про передачу майна у тимчасове користування (майновий найм, оренда, житловий найм, побутовий найм, безоплатне користування майна, лізинг тощо); 3) договори про виконання робіт (побутовий підряд, підряд на капітальне будівництво, на виконання проектних і розвідувальних робіт, на виконання аудиторських робіт тощо); 4) договори про передачу результатів творчої діяльності (авторські, ліцензійні договори, договори про передачу науково-технічної продукції тощо);

5) договори про надання послуг (перевезення, страхування, доручення, комісія, схов, про посередницькі послуги, довірче управління, кредитний договір тощо); 6) договори про спільну діяльність (установчий договір, угоди про науково-технічне співробітництво тощо).

З метою формування системної класифікації договорів за єдиним універсальним юридичним критерієм О. О. Красавчиков запропонував як такий критерій спрямованість цивільно-правового зобов'язання. Згідно з цим він виділяв чотири групи зобов'язань: 1) спрямовані на передачу майна; 2) спрямовані на виконання робіт; 3) спрямовані на надання послуг; 4) спрямовані на передачу грошей.

З цього приводу в юридичній літературі слушно зазначається, що О. О. Красавчиков так і не виконав свого головного завдання — не надав єдиного класифікаційного критерію, за яким можна було б поділити зобов'язання на окремі групи. Так, перша група зобов'язань відрізняється від другої та третьої за ознакою спрямованості, а четверта — від усіх інших груп за матеріальним об'єктом правовідношення.

Певною мірою зазначений підхід знайшов своє підтвердження в обґрунтованій доктриною класифікації, в якій виділяються три види господарських договорів: 1) договори оплатної передачі майна у власність — поставка, контрактація, банківська позика, постачання теплової та електричної енергії; 2) договори оплатної передачі майна у тимчасове користування — найом жилого приміщення; 3) договори про надання послуг — договори про виконання робіт (підряд на капітальне будівництво, договір на виконання проектних, науково-дослідних, конструкторських робіт); господарські договори про надання послуг (схов, експедиція, перевезення).

Аналіз наведеної класифікації свідчить, що в її основу покладено критерій мети договору. Однак результати такої класифікації не можна визнати вдалими, оскільки в рамках окремих груп зібрано різні за своєю сутністю договори. Зокрема, важко знайти спільну видову ознаку між договорами поставки і банківської позики, які віднесено до договорів про оплатну передачу майна у власність. У даному разі зазначений автор обґрунтовує свою позицію тим, що для цієї групи договорів характерна наявність грошового зобов'язання. З одного боку, це так, однак зобов'язання поставки має зустрічний характер, на відміну від виключно грошового характеру зобов'язання банківської позики. Наведене свідчить, що цьому автору також не вдалося повною мірою створити однорідні групи договірних типів залежно від єдиного критерію класифікації.

Невдалі спроби класифікації договорів за юридичним критерієм стали поштовхом для пошуку «комбінованого критерію», який би містив у собі як юридичні, так й економічні ознаки (О. С. Іоффе).

Комбінований економіко-юридичний критерій системи договорів ґрунтується на ідеї поєднання при поділі договорів як юридичної мети (перехід права власності, користування, надання послуг, виконання робіт), так і економічних чинників, зокрема у вигляді сфери поширення певних договорів (перевезення, кредити і розрахунки, страхування тощо).

Одним із перших у цивілістичній доктрині колишнього Радянського Союзу класифікацію договорів за економіко-юридичним критерієм запропонував О. С. Іоффе, який виділяв одинадцять видів зобов'язань, зокрема дев'ять груп договірних зобов'язань: 1) зобов'язання з оплатної реалізації майна (купівля-продаж, поставка, міна); 2) зобов'язання з оплатної передачі майна у користування (майновий найом); 3) зобов'язання з безоплатної передачі майна у власність або користування (дарування, позичка); 4) зобов'язання з виконання робіт (підряд); 5) зобов'язання з надання послуг (доручення, комісія, схов); 6) зобов'язання з перевезення; 7) зобов'язання щодо кредитів і розрахунків (позика тощо); 8) зобов'язання зі страхування; 9) зобов'язання із сумісної діяльності. Наведені вище групи договорів автор доповнює двома видами зобов'язань, пов'язаних з договорами: 10) зобов'язання, що виникають з односторонніх правомірних дій (публічна обіцянка винагороди, ведення чужих справ без доручення); 11) охоронні зобов'язання (зобов'язання, які виникають внаслідок заподіяння шкоди).

На думку О. С. Іоффе, класифікацію цивільно-правових договорів можна здійснювати за їх належністю до певного типу, виду (різновиду) або змішаного договору. Вчений вважав, що договірний тип виділяється за специфікою матеріальних відносин, які опосередковуються договором або колом юридичних умов, об'єктивно необхідних для утворення даного договірного зобов'язання. Коли договори подібні як за покладеними в їх основу матеріальними відносинами, так і за істотними умовами, вони співвідносяться між собою як різновиди одного й того самого договірного типу. Якщо ж укладений договір опосередковує двоє або кілька різнорідних відносин та об'єднує умови, об'єктивно необхідні для формування зобов'язань різних типів, він стає змішаним договором.

Однак уразливість наведеної класифікації полягає в тому, що згаданий у ній поділ договірних зобов'язань у методологічному відношенні фактично вихолощує і спростовує теорію «комбінованого критерію». У зв'язку з цим у літературі цілком справедливо звертається увага на те, що «в даному випадку відбувається заміна єдиного класифікаційного критерію на кілька, внаслідок чого не виконується головна умова класифікації».

Схожої позиції дотримується М. Д. Єгоров, який також поділяє договори залежно від характеру переміщення матеріальних благ, що опосередковуються договірними зобов'язаннями. При цьому наведений вище перелік, зазначений автор доповнює групою змішаних договорів.

Водночас у літературі слушно звертається увага на певну непослідовність вказаних вище систематизацій договірних зобов'язань, оскільки «зобов'язання, які виникають з перевезень, страхування, розрахунків і кредитування тощо, також переважно пов'язані з наданням послуг».

Багатоступенева класифікація цивільно-правових договорів. Безуспішність спроб класифікувати договори за єдиною підставою пояснюється різноманітністю особливостей договірних видів, що викликає значні труднощі їх об'єднання в окремі групи за єдиною підставою. У зв'язку з цим у літературі обґрунтовується доцільність проведення багатоступеневої класифікації договорів шляхом багаторазового поділу. При цьому на кожному новому рівні повинен бути обраний інший критерій, і договори мають відображати особливості попередніх. Така класифікація отримала назву «дихотомія».

Дихотомія являє собою «поділ навпіл» всієї сукупності договорів шляхом послідовного використання певної підстави (критерію). При цьому відбувається «...поділ поняття на дві групи, з яких одну характеризує наявність цієї підстави, а іншу — його відсутність. Подібний поділ може бути багаторазово застосовано щодо одного й того самого поняття за умови, що кожного разу застосовується інша підстава».

Дихотомія при класифікації договорів використовується досить тривалий час, що дало можливість вітчизняній доктрині сформулювати за її допомогою ще на початку XX ст. використовувану до цього часу класифікацію з дев'яти основних пар договорів.

По-перше, традиційною парою договорів вважається їх поділ на договори речові та консенсуальні (тобто договори, які вчиняються простою угодою). Д. І. Мейєр визнавав речовими такі договори, які «...вчиняються за допомогою віддачі речі одним контрагентом іншому... . Всі ці договори вважаються існуючими, якщо одна особа дійсно передала іншій річ, доставка якої становить предмет договору. Консенсуальні — це такі договори, які існують на підставі однієї угоди».

Варто зазначити, що наведене розуміння речових договорів у сучасній літературі збігається із поняттям реальних договорів.

По-друге, залежно від форми укладення традиційно виділяли договори словесні, які вчиняються на словах (за сучасною терміноло-

гією йдеться про усні договори), і письмові, які вчиняються шляхом написання акта.

По-третє, залежно від ступеня нормативного регулювання договори могли бути самостійними і несамостійними. Самостійні — це зазначені в законодавстві і визначені ним; несамостійні — решта. Сам Д. І. Мейєр пропонував називати їх інакше: «Краще було б, однак називати перші договори іменними, а другі безіменними, тому що несамостійними договорами можна назвати лише такі, які не існують самі по собі, а становлять лише доповнення до інших договорів або які не становлять самостійних видів договору, а підходять під поняття інших самостійних договорів. Але ні тієї, ні іншої ознаки не містять так звані несамостійні договори, а вони лише згадані в законодавстві й не визначені. Тому і краще, видається, називати їх безіменними, а інші — іменними, подібно тому як у римському праві існує поділ договорів на contractus nominati і contractus innominati».

По-четверте, залежно від змісту предмета традиційно ділили договори майнові та особисті, залежно від того, чи становить предмет доставка майна чи інша дія, виконання того, що називається особистою послугою.

Наведені вище чотири пари договорів, обґрунтовані одним із перших Д. І. Мейєром, було доповнено іншими дихотомічними парами, виявленими в роботах вчених-цивілістів наступних поколінь (йдеться, перше за все, про Г. Ф. Шершеневича і К. П. Побєдоносцева).

Зокрема, Г. Ф. Шершеневич виділяв договори: односторонні та двосторонні; обґрунтовані та абстрактні; головні й додаткові. Односторонніми він вважав такі договори, які «створюють одне лише відношення, з якого виявляється для одного контрагента лише право, для іншого — лише обов'язок... . В двосторонніх договорах, суворо кажучи, два відношення, з яких кожне має свого активного і пасивного суб'єкта, але ці відносини тісно зростаються в одне і не можуть бути довільно роз'єднуваними».

Поділ договорів на обґрунтовані та абстрактні ґрунтувався на тезі щодо характеру залежності обов'язків контрагентів від підстави договору. «Із смислу всіх подібних (обґрунтованих) договорів виявляється, що обов'язки контрагентів стоять в залежності від підстави договору. На противагу таким обґрунтованим договорам можливі договори, які безпосередньо не пов'язані зі своєю підставою, коли контрагенти зобов'язуються, не вказуючи взагалі на підставу».

Поділ договорів на головні та додаткові Г. Ф. Шершеневич проводив за критерієм ступеня їх впливу на правовідносини, тобто залежно від того, «... чи становлять вони сутність відношення, чи тіль-

ки ускладнення його, яке може бути усунено без порушення самого відношення».

Зазначений автор виділяв ще два самостійних види договорів, які, однак виходили за межі принципу дихотомії, — попередній договір і договір на користь третіх осіб.

У цьому зв'язку привертає увагу класифікація, запропонована К. П. Побєдоносцевим, який виділяв договори: 1) які встановлюють взаємне зобов'язання, і такі, що встановлюють одностороннє зобов'язання (за термінологією Г. Ф. Шершеневича, це відповідно двосторонні та односторонні договори); 2) взаємно інтересні й безоплатні або дарчі; 3) засновані виключно на ризику і договори, в яких ризик не входить до юридичного змісту договору.

Взаємними договорами автор вважав такі, з яких виникало зобов'язання взаємне, тобто позитивне для кожної із сторін, зобов'язання і вимогу мали і кредитор, і боржник (прикладом взаємного договору вважався договір про продаж). Одностороннім вважався договір, в якому лише одна сторона приймає на себе позитивне зобов'язання. Як приклад такого договора наводиться договір про просту позику. В цьому випадку лише одна сторона позитивно зобов'язується — боржник повинен заплатити гроші; а інша сторона — кредитор має лише позитивну вимогу. При цьому акцентується увага саме на позитивному обов'язку. Негативний обов'язок і в односторонньому зобов'язанні може бути на стороні, яка має право і вимоги, тому що всяке право має свої юридичні межі, за які не повинно заходити. Як приклад наводиться покладений на кредитора негативний обов'язок не виходити за межі свого права. Зокрема, кредитор не має права вимагати сплати раніше необхідного строку. Це, однак не означає, що на ньому лежить обов'язок не вимагати.

Не можна оминути блискуче сформульовані К. П. Побєдоносцевим основні положення практичної значимості зазначеного поділу договорів.

У взаємних зобов'язаннях завжди є взаємність дії, взаємність виконання. Якщо ці взаємні дії тісно пов'язані одна з одною, то одна знаходиться в залежності від іншої, і якщо одна сторона порушить зобов'язання, то й інша може адекватно вчинити — відмовити у виконанні свого обов'язку. Наприклад, якщо при запродажі будинку (за сучасною термінологією, йдеться про попередній договір купівлі-продажу) продавець ще не отримав гроші, він може відмовитися від вчинення договору продажу.

В односторонньому зобов'язанні немає такого тісного зв'язку між позитивними діями обох сторін. Наприклад, за договором поклажі зберігач, який прийняв річ на зберігання, зобов'язаний повер-

нути її, навіть якщо поніс вирати на її утримання та очікував на винагороду від іншої сторони. Зберігач не може утримувати річ, тому що не може вказати на невиконання з іншої сторони зобов'язання, прийнятого за договором. Проте він може утримати річ у своїх руках, однак не в силу договору, а у вигляді забезпечення за позов про винагороду, яку зобов'язаний пред'явити окремо.

Поділ договорів на інтересні й безоплатні ґрунтується на видимій меті договора, яка передбачається сторонами. Якщо в договорі видно, що при укладенні кожна сторона мала свою вигоду, матеріальну чи грошову, договір буде взаємно інтересним; якщо видима вигода на одній стороні, а з іншої сторони не видно вигоди чи винагороди або видно лише намір доставити вигоду лише протилежній стороні, такий договір буде безоплатним, або дарчим. Безоплатними є дарування, безоплатна довіреність, поклажа, позика без відсотків, у яких видима вигода вся знаходиться на одній стороні.

Практичне значення цього поділу виявляється при невиконанні й виконанні договору. При встановленні підстав нарахування неустойки зобов'язаної особи або неналежності його у виконанні зобов'язання очевидним є те, що особа, яка безоплатно (даром) зобов'язалася, має право на більше вибачення, ніж особа, дія якої винагорджується за договором. Це важливо для вирішення питання про винагороду. Це виявляється на прикладі становища дарувальника, коли він після вчинення дарчого запису маєтку, який залишився ще непереданим, поніс з власної вини певні збитки або зменшення доходу, а з іншого боку, коли йдеться про становище управителя маєтком, коли з його вини маєток неналежно управляється.

З неменшою переконливістю зазначений автор обґрунтовує поділ договорів на ризикові (вони ґрунтуються виключно на ризику) і неризикові (комутативні), в останніх ризик не входить до юридичного змісту договору. Варто зазначити, що подібна класифікація збереглася і використовується в сучасній доктрині, однак інколи їх порізному називають: алеаторні та комутативні або ризикові та мінові. У даному разі загалом йдеться про односторонні або двосторонні оплатні договори, мета яких полягає в отриманні вигоди, збагачення обома сторонами чи однією стороною виключно.

Неризикові (комутативні) договори певною мірою також пов'язані з ризиком їх невиконання, який полягає в неотриманні стороною очікуваних результатів від успішного виконання договору. При цьому «...зазвичай сторони надають один одному вигоду. Ця вигода однієї сторони може бути більшою за вигоду, яку отримує інша, або дорівновати їй, або бути меншою, але, в усякому разі, кожна сторона може при самому укладенні договору з більшою чи

меншою імовірністю розрахувати, що вона отримає. Наприклад, при продажу будинку кожна сторона може зрівняти цінність відчужуваного з цінністю придбаного і судити про те, вигідна для неї угода чи ні. Будь-який договір, без сумніву, пов'язаний з ризиком, але тут ризик залежить від випадкових або особистих сторонніх обставин, непередбачених у договорі й не стосуються його сутності. Цей ризик не входить до складу договору. В розрахунок сторін входять, по суті договору, лише відомі, визначені дії та події. Тут договір із ризиком, але ризик не входить до юридичного змісту договору».

Отже, неризикові, або комутативні, договори характерні відсутністю серед їх юридичних умов випадкових обставин, залежно від яких поставлено виконання договору.

Протилежністю комутативним договорам є ризикові, або алеаторні, договори. Зазначені договори являють собою «угоду, яка ґрунтується виключно на ризику того, що за метою і наміром сторін кінцевий результат договору, матеріальна цінність його поставлені в залежність від події повністю невідомої, або випадкової, або лише ймовірної, так що при укладенні його повністю невідомо, яка сторона в кінцевому результаті виграє, отримає більшу вигоду».

Зокрема, до ризикових (алеаторних) правочинів належить договір довічного утримання, визначальною умовою якого є надання довічної допомоги, тобто до смерті утриманця. При цьому в літературі звертається увага на те, що «основним змістом цих правовідносин є надання не обов'язково грошового утримання, а може бути й інша допомога. У цьому разі процес посвідчення договору довічного утримання потребує обов'язкового погодження умов цієї угоди між сторонами особисто».

Прикладом такої угоди може виступати передача маєтку за життя відчужувача під зустрічне зобов'язання набувача проводити довічну виплату доходу з такого маєтку на користь відчужувача чи третьої особи; продаж майбутнього врожаю; страхування; парі.

Практичне значення поділу договорів на ризикові й неризикові особливо важливе в тих законодавствах, які допускають анулювання договору внаслідок помилки в спонукальній причині до нього, помилки в предметі дії, яка тягне за собою значну невигоду для однієї із сторін. Юридична дія цієї обставини допускається лише в договорах першого роду (тобто в неризикових).

Наведені вище способи класифікації договорів, хоч і в доповненому вигляді, але в цілому зберегли свій первинний вигляд і сприйняті сучасною доктриною цивільного права.

Застосування логічного прийому дихотомії при поділі цивільно-правових договорів у сучасній цивілістистиці вважається одним

з найбільш перспективних способів класифікації договорів, який не лише дозволяє віднести однорідні договори до однієї групи, а й розмежувати їх відповідно до інших ознак.

Поширена в сучасній цивілістиці багатоступенева класифікація передбачає об'єднання договорів у певні групи і відображення на кожному наступному рівні особливостей попередніх.

На першому рівні, залежно від спрямованості правового результату, всі договори поділені на чотири групи, які спрямовані на: 1) передачу майна; 2) виконання робіт; 3) надання послуг; 4) заснування різноманітних утворень.

Зокрема, під договорами, пов'язаними із заснуванням різноманітних утворень переважно розуміють установчі договори. З приводу цієї групи договорів у літературі звертається увага на їх особливу значимість при створенні підприємницьких товариств. У цьому контексті І. М. Кучеренко слушно зазначає, що «необхідність укладення установчого (засновницького) договору при створенні підприємницьких видів юридичних осіб є очевидною, оскільки засновники приймають на себе зобов'язання здійснити певні дії, пов'язані з майновою участю та набуттям права власності на такі об'єкти». У зв'язку з цим логічним видається висновок про те, що «неправильним є створення підприємницьких кооперативів без укладення відповідного договору...».

На другому рівні першу групу договорів залежно від підстави передачі майна поділено на договори про оплатну та безоплатну передачу майна. Другу групу договорів залежно від того, на кому лежить ризик випадкового неотримання результату, поділяють на договори, де такий ризик несе підрядник, і договори, де ризик несе замовник. Третю групу договорів другого рівня поділяють на договори оплатні та безоплатні, а до четвертої групи входять договори залежно від цілей об'єднання — договори про створення юридичної особи і договори про сумісну діяльність.

Третій рівень поділу має лише перша група договорів: залежно від обсягу переданих прав виділяють договори з оплатної передачі майна у власність, господарське відання або оперативне управління; оплатної передачі майна у користування; безоплатної передачі майна у власність, господарське відання або оперативне управління; передачі майна в безоплатне користування.

Останню за часом і досить вдалу спробу усунути існуючі недоліки класифікації зроблено Ю. В. Романцем, який запропонував розрізняти договори, направлені на: 1) передачу майна у власність; 2) в користування; 3) на виконання робіт (надання послуг); 4) на надання відстрочки; 5) на заміну осіб у зобов'язанні; 6) на досягнення спільної мети і 7) договори страхової направленості.

Водночас навіть ця класифікація не охоплює всіх видів договорів. При цьому зазначимо, що цього непросто досягнути в силу відкритого переліку реально існуючих видів договорів і постійної видозміни так званих непоіменованих (тобто, прямо не передбачених законом) договорів.

Законодавство і наука цивільного права проводять кілька специфічних класифікацій договорів за різними критеріями, згідно з якими вони поділяються на: 1) договори майнового і немайнового змісту; 2) договори вільні та обов'язкові для укладення; 3) договори, доступні всім учасникам цивільного обороту і доступні лише певній категорії учасників; 4) договори вільні у виробленні змісту і договори приєднання; 5) основні і попередні договори; 6) «чисті», змішані й комплексні договори; 7) договори типові й нетипові; 8) договори поіменовані (у законі) і безіменні (договори особливого роду, sui generis).

При цьому в літературі звертається увага на те, що в «результаті укладення договору та його виконання може виникнути декілька різних результатів, які, до того ж, можуть поділятися на кілька видів». У зв'язку з цим В. А. Бєлов зазначає, що договір може призводити до досягнення результатів, що існують одночасно (паралельні результати) або змінюють один одний послідовно (один або кілька проміжних результатів і один або кілька остаточних). До найближчих результатів укладення договору купівлі-продажу пропонується відносити виникнення зобов'язань із передання речі та сплати грошей, остаточними розглядають припинення права власності на річ у продавця і на гроші у покупця з наступним його виникненням, відповідно у покупця і продавця. Остаточним результатом вважається «зміна фактичного наповнення цивільної правоздатності», оскільки суб'єктивні права і юридичні обов'язки як правові результати, заради досягнення яких особи вступають у договори, не можуть бути прикріплені до осіб інакше, як за допомогою цивільної правоздатності».

У зв'язку з цим В. А. Бєлов пропонує проводити відмежування безпосереднього і остаточного результатів договору за критерієм «...впливу договора на наповнення або обсяг цивільної правоздатності його учасників».

За цим критерієм автор розрізняє два види цивільно-правових договорів: 1) договори, що впливають на наповнення (обсяг) цивільної правоздатності через зміну правового статусу його учасників або третіх осіб, тобто шляхом впливу на цивільні права та юридичні обов'язки; 2) договори, які безпосередньо впливають лише на наповнення (обсяг) цивільної правоздатності, але не на зміст цивільних

правовідносин, тобто договори, направлені на постановку діяльності їх учасників або третіх осіб у визначені юридичні рамки (організаційні/генеральні та попередні); установчий, про злиття юридичних осіб, про приєднання однієї юридичної особи до іншої; про спільну діяльність, у тому числі — про правовий режим спільного майна і спільних суб'єктивних прав, простого товариства, шлюбний; про порядок задоволення вимог — про право екзекуції).

Договори першого типу характеризуються направленістю на зміну цивільно-правового статусу їх учасників, класифікацію яких пропонується проводити за змістом вчинюваного ними юридичного ефекту. Кінцевий результат договору В. А. Бєлов вбачає у зміні сфери абсолютних суб'єктивних цивільних прав його учасників або лише у встановленні (зміні або припиненні) відносних суб'єктивних цивільних прав.

Зазначені договори В. А. Бєлов поділяє на дві групи: 1) договори, направлені на зміну сфери абсолютних прав; 2) договори, направлені на зміну відносних прав. У свою чергу, кожна з наведених двох груп договорів поділяється на п'ять підвидів залежно від виду абсолютних прав — речі, інше майно, виключні права, права на майнові комплекси, особисті немайнові права.

Договори, направлені на зміну сфери відносних прав поділяються на два підвиди: 1) договори, направлені на встановлення нових відносних правовідносин самостійної цінності, які раніше не існували (у тому числі договори про встановлення зобов'язальних прав на трудові ресурси); 2) договори, направлені на переміну учасників існуючих відносних правовідносин.

У зв'язку з цим запропонована зазначеним автором класифікація договорів містить дев'ять таких груп договорів: 1) договори, направлені на зміну приналежності речових прав і абсолютних прав на інше майно; 2) договори, направлені на встановлення нових абсолютних прав на речі та інше майно; 3) договори, направлені на зміну приналежності на встановлення нових виключних прав, які раніше не існували; 4) договори, направлені на динаміку правовідносин із приводу майнових комплексів; 5) договори, направлені на динаміку особистих немайнових правовідносин; 6) договори, направлені на встановлення відносних прав на трудові ресурси; 7) договори, направлені на встановлення інших відносних прав самостійної майнової цінності; 8) договори, направлені на переміну учасників існуючих відносних цивільних правовідносин.

В останньому випадку йдеться про договори заміни учасників договірних зобов'язань на підставі договору (цесія, перевід боргу) та закону (у результаті правонаступництва, суброгації, за рішенням суду).

Методологічний недолік подібного підходу ґрунтується на певною мірою надуманій ідеї поєднання підстави зобов'язання і обсягу (фактичного наповнення) правоздатності при розмежуванні так званих безпосередньої і остаточної мети, що не дає можливості надати чітку відповідь на питання стосовно того, який із юридичних результатів — найближчий чи остаточний, а може і той чи інший — необхідно брати до уваги при побудові класифікації договорів.

Крім того, нежиттєздатність запропонованої класифікації договорів обумовлена її істотною відмінністю від обґрунтованих у доктрині й цивільному законодавстві підходів, що в сукупності дає підстави стверджувати про переважно теоретичну цінність таких ідей, практичне застосування яких видається сумнівним.

Заслуговує на увагу найбільш новітня, за часом її оґрунтування, класифікація договорів, обґрунтована у вітчизняній цивілістичній літературі Л. К. Веретельник. Зазначений автор виходить із формального критерію — розміщення договорів у ЦК України і на тій підставі підтримує тезу про типи договорів та виділяє такі чотирнадцять їх видів: 1) договори на забезпечення виконання зобов'язань (порука, гарантія, застава); 2) договори про мінімізацію ризиків (договір страхування, договір охорони); 3) договори про передачу майна (речі, товари) у власність; 4) договори про безоплатну передачу майна у власність (договір дарування, договір про прощення боргу); 5) договори про передачу майна в тимчасове володіння і користування або користування; 6) договори про виконання робіт (підрядні договори, договір на проведення маркетингових досліджень, договір на проведення аудиту, договір на проведення патентних досліджень, договір на створення та розповсюдженя реклами); 7) договори про доставку вантажів, пасажирів і багажу (перевезення), транспортне обслуговування; 8) договори про надання юридичних і/або фактичних послуг (зберігання, комісія, управління майном, доручення, агентування, договори з брокерського обслуговування), договори з проведення спортивного дозвілля, договори на ведення свят та урочистостей, договори з надання медичних послуг, освітніх послуг, репетиторства); 9) договори, пов'язані з проведенням розрахунків і кредитуваням; 10) корпоративні договори задля досягнення загальної господарської або іншої мети; 11) договори про створення результату творчої, інтелектуальної та іншої діяльності; 12) договори про створення та розповсюдження інформації; 13) договори про надання майнових прав на використання результату творчої діяльності (ліцензійний договір, договір ноу-хау, комерційної концесії, інжинірингу); 14) інші договори, що чітко не визначились у своїй типологічній приналежності (чирлідинг). Ця група розглядається як

перехідною до послідуючої типізації та закріплення у позитивному праві непоіменованих договорів[1].

Недолік наведеної вище класифікації полягає у відсутності одного чи кількох чітких критеріїв такого поділу договорів. Закріплення в ЦК України, іншому законодавстві і правозастосовній практичі фактично існуючої системи договорів варто класифікувати за чітко визначеними критеріями, які не варто приховувати за тезою «формальний критерій» як незрозумілий і надмірно оціночного характеру термін.

Паралельною до ЦК виявилася кодифікація договірного права в рамках Господарського кодексу (ГК) України. Зокрема, в розділі IV ГК поміщено загальні положення про господарські зобов'язання (глава 19) і господарські договори (глава 20). Поняття «господарський договір» вживається й у статтях 10 та 11 Господарського процесуального кодексу (ГПК) України, де йдеться про врегулювання розбіжностей (спорів), що виникають при укладанні, зміні або розірванні господарських договорів. У зв'язку з цим у літературі цілком слушно звертається увага на те, що «ні в ГК, ні в ГПК не дається визначення господарського договору, як і немає одностайності у визначенні цього поняття в літературі з господарського права», виданій в Україні за останні роки.

Автори першого науково-практичного коментаря Господарського кодексу України господарський договір визначають як «засноване на угоді сторін і зафіксоване у встановленій законом формі зобов'язальне правовідношення між суб'єктами господарювання та негосподарюючими суб'єктами — юридичними особами, змістом якого є взаємні права і обов'язки сторін у сфері господарювання».

При цьому звертається увага на можливість регулювання подібним договором як відносин юридично рівних сторін, так і відносин субординації між сторонами, які знаходяться в юридично нерівному становищі. В останньому випадку йдеться, зокрема про господарські зв'язки, які формуються між юридичними особами та органами управління щодо руху товару.

Аналіз наведених положень свідчить, що в останньому випадку поняття «господарський договір» позначає адміністративний акт, названий терміном «договір». Зазначений висновок обумовлений тим, що подібна «домовленість» виникла за відсутності вільного розсуду сторін, які перебувають в юридично нерівному становищі, предмет яких не охоплюється поняттям договірного зобов'язання.

Варто зазначити, що в літературі та деяких актах уніфікації правил про міжнародні договори використовується поняття «комерцій-

[1] *Веретельник Л. К.* Систематизація договорів у цивільному праві: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Х., 2007. — С. 11—12.

ний договір», що не завжди співпадає з поняттям «господарський договір». Зокрема, у коментарях до Принципів міжнародних комерційних договорів, розроблених у рамках Міжнародного інституту уніфікації приватного права (УНІДРУА), зазначається, що концепція «комерційні договори» (на відміну від «споживчого договору») повинна розумітися якомога ширше з тим, щоб включати в себе не лише підприємницькі угоди на поставку або обмін товарами чи послугами, а й інші типи економічних угод, таких як інвестиційні або концесійні угоди, договори про надання професійних послуг тощо.

Крім понять «господарський» і «комерційний» договори, в навчальній літературі з цивільного та підприємницького права вживається поняття «підприємницький» договір.

У зв'язку з цим В. В. Луць справедливо вважає, що цією категорією об'єднується вужче, порівняно з господарським або комерційним, коло договорів, бо суб'єктами підприємницьких договорів є фізичні або юридичні особи—підприємці, а підприємницькою вважається лише така господарська діяльність, яка має за мету одержання прибутку.

Норми про окремі види господарських договорів кодифіковані у главах 30—38 розділу VI ГК «Особливості правового регулювання в окремих галузях господарювання». В них йдеться про договори у сфері торгово-комерційної діяльності, поставку, контрактацію, енергопостачання, оренду і продаж цілісних майнових комплексів (підприємств), агентські відносини у господарському обороті, будівельний підряд, перевезення вантажів, страхування, аудит, факторинг, комерційну концесію та деякі інші договори, що застосовуються в господарській діяльності.

У літературі неодноразово звертається увага на існуючі суперечності норм ЦК і ГК у регулюванні системи та умов договорів.

Існуючі в ЦК і ГК відмінності норм щодо укладення та виконання окремих видів договорів не втратили актуальності в правозастосовній практиці і не завжди можуть бути вирішені шляхом визнання норм ГК спеціальними щодо відповідних норм як загальних.

За предметом регулювання однорідну групу становлять договори у сфері сімейних правовідносин, які умовно можна назвати «сімейні» договори. За цим критерієм «сімейні» договори можуть бути поділені на особисті немайнові та майнові договори.

Відповідно до ч. 1 ст. 64 СК України подружжя можуть укладати між собою будь-які договори, які не заборонені законом щодо спільного і роздільного майна.

У літературі поділ цих договорів зазвичай проводять на дві групи. По-перше, це можуть бути звичайні цивільно-правові договори

(купівля-продаж, міна, дарування тощо), для укладення яких подружній статус їх учасників значення не має. У даному разі на подружжя поширюються загальні правила, які рівною мірою діють і щодо будь-яких інших осіб, які вчиняють угоду. Другу групу становлять договори, для яких наявність подружнього статусу учасників є необхідним. Зазвичай ці договори передбачені сімейним законодавством, але до цієї групи можуть бути включені й угоди, передбачені нормами ЦК (наприклад, договір довічного утримання за участі подружжя).

І. В. Жилінкова поділяє майнові договори подружжя на три групи: 1) договори подружжя щодо їх майна; 2) договори подружжя про надання взаємного утримання; 3) договори про утримання дітей.

Усі ці договори мають приватноправовий характер і можуть визнаватися цивільними договорами sui generis, незважаючи на те, що значна частина їх знаходиться за межами безпосереднього регулювання нормами ЦК України.

Перспективи розвитку класифікації цивільно-правових договорів. Незважаючи на значну кількість наукових класифікацій цивільно-правових договорів, проблема їх систематизації залишається невирішеною з двох підстав.

Прийнятною насамперед може вважатися класифікація договорів, елементи якої були б максимально дрібними, які співпадають із конкретними договірними видами або хоча б наближені до них. Крім того, класифікація не повинна перетворюватися на простий перелік договірних типів, згрупованих між собою за тими чи іншими різними ознаками.

Найближчими до виконання поставлених вище завдань можна вважати класифікації, виконані за критерієм мети або направленості договору. Саме така класифікація договорів знайшла відображення в ЦК України, в актах цивільної кодифікації багатьох інших правопорядків сучасності (Росія, Нідерланди тощо).

Водночас і згадані вище кодифікації не повною мірою відповідають існуючій у правозастосовній практиці системі цивільно-правових договорів.

Зазвичай існуючі в доктрині та законі класифікації без належних підстав залишають поза увагою питання щодо тенденцій формування дрібніших класифікацій у рамках окремих типів договорів.

Договори про надання фінансових послуг. Серед дрібних (неуніверсальних) класифікацій слід виділити групу договорів про надання фінансових послуг як найбільш динамічного підтипу договорів про надання послуг.

Договір про надання фінансових послуг знайшов своє відображення в нормах цілої низки законодавчих актів, у яких закріплено

також особливості окремих видів із зазначеної групи (підтипу) договорів про надання послуг. Чільне місце серед зазначеного нормативного масиву посідає Закон України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг», прийнятий 12 липня 2001 року. Цей законодавчий акт на сьогоднішній день єдиний, що безпосередньо містить основні (базові) положення про фінансові послуги. Безумовно, при вивченні договору з надання фінансових послуг, окрім вищезазначеного закону, певною мірою можна застосовувати й деякі інші законодавчі акти, зокрема закони України «Про страхування», «Про банки і банківську діяльність», «Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю», «Про платіжні системи та переказ грошей в Україні» тощо, однак за умови повної відповідності цих законів нормам Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» і ЦК України.

У вітчизняній доктрині договір про надання фінансових послуг розглядається як «довірчий (фідуціарний) правочин, згідно з яким послугонадавач (фінансова установа або у випадках, встановлених законом, інший суб'єкт господарювання) надає за попереднім замовленням замовника (клієнта) фінансову послугу на оплатних і професійних засадах. Послуга, що надається систематично або з наміром її постійного вчинення з метою отримання прибутку або збереження реальної вартості фінансових активів, вважається вчиненою на професійних засадах».

Специфіка договору про надання послуг визначається переважно предметом та об'єктом зазначеного договору.

Предмет договору про надання фінансових послуг становить здійснення відповідних фінансових операцій, а об'єкт — фінансові активи, з якими особи здійснюють фінансові операції (грошові кошти, цінні папери тощо).

Суб'єктами договору про надання фінансових послуг можуть бути особи (юридичні й фізичні), які вступають у договірні взаємовідносини з приводу надання зазначеної послуги.

Відповідно до Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» послугонадавачем може бути лише суб'єкт господарювання (юридична особа та фізична особа—суб'єкт підприємницької діяльності), який має право здійснювати діяльність із надання фінансових послуг. На підставі п. 1 ст. 5 зазначеного Закону фінансові послуги повинні надаватися фінансовими установами, якими є суб'єкти господарювання, зареєстровані у відповідному державному реєстрі фінансових установ, до яких належать страхові організації, банківські установи, фондові

біржі, довірчі товариства та інші юридичні особи, виключним видом діяльності яких є надання фінансових послуг (див. підпункт 1 п. 1 ст. 1). Варто також зазначити, що фінансові послуги можуть надаватись і нефінансовими установами, порядок надання яких визначається окремими нормативно-правовими актами (п. 4 ст. 5 вищезазначеного Закону та Положення про надання окремих фінансових послуг юридичними особами—суб'єктами господарювання, які за своїм статусом не є фінансовими установами, затверджене Розпорядженням Державної комісії з регулювання ринку фінансових послуг України від 22 січня 2004 р., № 21).

Класифікація договорів про надання фінансових послуг у літературі проводиться за різними критеріями, серед яких виділяють поділ зазначених зобов'язань за їх характером, суб'єктами і предметом, а також за моментом придбання фінансових активів.

Залежно від характеру послуг окремі види договорів про надання фінансових послуг поділяють на три групи: 1) договори про надання фінансових послуг юридичного характеру (факторинг, банківська гарантія, комісія щодо фінансових активів тощо); 2) договори про надання фактичних фінансових послуг (зберігання фінансових активів); 3) договори про надання юридичних і фактичних фінансових послуг (довірче управління фінансовими активами, агентські послуги щодо фінансових активів тощо).

За суб'єктами надання фінансові послуги поділяють на банківські та небанківські (парабанківські) фінансові послуги. В свою чергу, видами небанківських фінансових послуг виступають страхові послуги, фінансові послуги кредитних спілок, лізингових компаній, установ недержавного пенсійного забезпечення, довірчих товариств, інших суб'єктів господарювання.

У літературі обґрунтовано поділ фінансових послуг і договорів про їх надання залежно від моменту придбання фінансових активів. За цим критерієм фінансові послуги і договори про їх надання ділять на дві групи: 1) договори про надання фінансових послуг на первинному фінансовому ринку; 2) договори про надання фінансових послуг на вторинному фінансовому ринку.

До основних фінансових послуг, які надаються на первинному ринку, належать залучення коштів у вигляді депозитів та надання позик і кредитів, що здійснюють комерційні банки, небанківські установи (кредитні спілки тощо). Такими послугами вважають також андеррайтинг або допомогу емітентам в організації та проведенні емісій фінансових активів, що завершується розміщенням емітованих активів на ринку. На вторинному ринку надаються фінансові послуги, спрямовані на задоволення інтересів замовників

щодо інвестування коштів у фінансові активи та вилучення їх із процесу інвестування шляхом укладення угод щодо купівлі-продажу фінансових активів, надання інформаційних, консультаційних, управлінських послуг.

В основу однієї з найпоширеніших класифікацій фінансових послуг покладено саме предмет договору про надання таких послуг.

Наприклад, фінансові операції із страхування (перестрахування), торгівлі цінними паперами, кредитування, торгівлі іноземною валютою можна згрупувати у такі види фінансових послуг: 1) банківські і прирівнені до них послуги; 2) послуги страхування; 3) послуги на фондовому ринку та інші інвестиційні послуги. В свою чергу, кожен із наведених видів підлягає поділу на підвиди. Зокрема, підвидами банківських послуг виступають депозитні, кредитні, розрахункові, довірчі (фідуціарні) тощо.

Згідно зі статтею 980 ЦК України страхові послуги поділяють на послуги майнового, особистого страхування та страхування відповідальності. Правовий режим надання вказаних послуг регулюється главою 67 ЦК України та Законом України «Про страхування».

Послуги на фондовому ринку класифікують: а) за місцем їх надання — на біржові та позабіржові послуги; б) за предметом — на послуги з цінними паперами, валютними цінностями тощо. В літературі зазначену групу послуг також називають інвестиційними послугами, або фінансовими послугами в сфері інвестиційної діяльності.

Підсумовуючи аналіз наведених вище класифікацій, слід зазначити, що поділ послуг за суб'єктним складом, предметом фінансових послуг тощо не повною мірою відображає визначальні особливості й родові спільні риси фінансових та інших послуг. На нашу думку, існуючу в дійсності систему фінансових послуг і всіх послуг у цілому, найбільш адекватно здатна відобразити класифікація за характером послуг та юридичними наслідками діяльності, яку і покладено в основу при проведенні характеристики окремих видів фінансових послуг за цим дисертаційним дослідженням.

Наведене є підґрунтям для висновку про те, що залежно від характеру послуг система договорів про надання фінансових послуг складається з чотирьох таких груп: 1) зобов'язання з надання юридичних послуг (факторинг, банківська гарантія, комісія щодо фінансових активів тощо); 2) зобов'язання з надання фактичних послуг (зберігання фінансових активів); 3) зобов'язання з надання юридичних і фактичних послуг (довірче управління фінансовими активами, агентські послуги щодо фінансових активів тощо); 4) зобов'язання з надання фінансових та інших грошово-кредитних послуг.

За юридичними наслідками діяльності різновидами договорів про надання фінансових послуг виступають такі три групи: 1) договори про надання основних (базових) банківських послуг; 2) договори про надання фондових та інших інвестиційних послуг; 3) договори про надання страхових послуг.

Проведеним аналізом не вичерпуються проблеми класифікації договорів у цілому. Значне коло пов'язаних із цим питань знаходиться за межами традиційних типів договорів. У зв'язку з цим особливої актуальності набувають проблеми припустимості й місця цілої низки нетипових або нетрадиційних груп договорів, серед яких необхідно виділити ризикові (алеаторні) договори, фідуціарні договори, непоіменовані (sui generis) договори, підготовчі договори (попередні, протоколи про наміри), немайнові (зокрема організаційного змісту) договори, змішані та комплексні договори тощо.

Ризикові (алеаторні) договори. З прийняттям ЦК України істотно розширено коло як врегульованих ним договорів, так і непоіменованих правочинів, які залишилися поза межами прямого регулювання ЦК та належать до певної, поіменованої ЦК групи договорів. У зв'язку з цим виникла необхідність проведення дихотомічного поділу в рамках одної певної групи. Йдеться про поділ оплатних договорів на «мінові» (комутативні) та «ризикові» (алеаторні).

Комутативними, або міновими, договорами називаються зазвичай оплатні договори, в момент укладення яких відомі обсяг, рівень і характер взаємних зобов'язань, конкретно визначено, що саме і яка із сторін «віддає» та «отримує» взамін, тобто відомі взаємні надання. Оплатний договір є міновим, якщо вже в момент його укладення кожна із сторін має можливість оцінити свій інтерес (вигоду), заради якого вона вступає в угоду... .

Ризиковими (алеаторними) договорами зазвичай називають правочини, на момент укладення яких неможливо визначити загальний обсяг або можливість існування зустрічного надання.

Специфіка ризикового договору полягає в тому, що «за метою і наміром сторони кінцевий результат договору, матеріальна цінність його поставлені в залежність від події зовсім невідомої, або випадкової, або лише ймовірної, так що при укладенні його повністю невідомо, яка сторона в кінцевому результаті виграє, отримає вигоду».

Іншими словами, в алеаторному договорі невідомі точний рівень, обсяг та характер взаємних зобов'язань або невідомо, яка зі сторін матиме право, а яка — обов'язок, оскільки це поставлено в залежність від події або іншої обставини, про настання яких сторонам при укладенні угоди нічого невідомо.

Отже, на відміну від суто еквівалентного характеру оплатних, «мінових» договорів, мета «ризикових» договорів поставлена в залежність від випадку, що робить їх кінцевий результат чи загальний розмір імовірним для обох чи однієї зі сторін подібних правочинів.

Аномальний характер ризикових (алеаторних) договорів обумовлює доцільність визначення їх поняття та місця в системі цивільно-правових договорів.

До цієї групи договорів зазвичай відносять договори страхування, рентного типу (рента і довічне утримання), гри та парі, про створення науково-технічного результату, окремі види біржових правочинів.

Специфіка алеаторних ігрових правочинів полягає в тому, що і при іграх, і при парі залежно від настання або ненастання встановленої обставини виграє одна сторона, а програє інша. При цьому невідомо, яка із сторін виявиться в тій чи іншій позиції.

Подібні договори мали місце й раніше, частину з них становили договори страхування і лотерея, яка проводилася за участю держави. В новому ЦК України лише окремі із зазначених правочинів знайшли своє закріплення у відповідних главах ЦК. Ціла низка традиційних договорів ігрового ризику (гра та парі, розіграш) не знайшла свого відображення в ЦК, що, ймовірно, можна розглядати як наслідок традиційно негативного ставлення держави до подібних правочинів, проведення яких вважається припустимим за умови спеціального дозволу з боку держави (за участю ліцензованого організатора гри).

Зазначений підхід законодавця видається невиправданим і таким, що ускладнює розуміння правового режиму зазначених правочинів. Адже загальне правило полягає в тому, що правочини з гри та парі визнаються обставинами, з якими не може бути пов'язане виникнення прав та обов'язків у сторін. Виняток становлять лотереї, тоталізатори та інші ігри, які проводяться державою та комунальними утвореннями або за їх дозволом. Для таких випадків встановлено досить ефективний захист інтересів учасників гри — тих, хто протистоїть організаторам гри.

Інше важливе питання стосовно гри та парі пов'язане з припустимістю інших видів подібних аномальних зобов'язань, які зазвичай не можуть бути укладені, якщо інше не випливає з правових звичаїв. Водночас подібний підхід створює істотні проблеми при кваліфікації й застосуванні окремих непоіменованих алеаторних зобов'язань. У цьому контексті актуальним є питання щодо правової природи і виконання зобов'язань азартного ризику (договори гри та парі, лотереї, грошового розіграшу, правочини «на різницю»).

Наведене свідчить про доцільність нормативного врегулювання правочинів з гри та парі на рівні ЦК України шляхом внесення до нього норм, які закріплять поняття, види та особливості правового режиму зобов'язань із гри та парі.

Фідуціарні договори. В доктрині виділяють в особливу групу довірчі, або фідуціарні, правочини (лат. fiducia — «довіра»), зокрема фідуціарні договори (договір про довірчу власність, інші договірні форми управління майном тощо). У зв'язку з цим у дихотомічній класифікації фідуціарним правочинам протиставляють нефідуціарні правочини.

Фідуціарні правочини ґрунтуються на особливих, особисто-довірчих відносинах сторін. Фідуціарність цих правочинів нерідко вбачають у тому, що втрата такого характеру взаємовідносин сторін дає можливість будь-якій з них в односторонньому порядку відмовитися від виконання правочину (наприклад, у договорі доручення як повірений, так і довіритель вправі в будь-який час відмовитися від його виконання без зазначення мотивів).

З приводу сутності фідуціарних правочинів у літературі обґрунтовано й інший підхід (І. Венедіктова, Р. Майданик. — С. Сліпченко), який ґрунтується на розумінні фідуціарності як діяльності фідуціарія (тобто довіреної особи) виключно або переважно в чужому інтересі, що полягає не стільки в особисто-довірливому характері відносин, як «...в специфічному способі здійснення права власності та ...особливому обов'язку діяти таким чином, як діяв би сам довіритель».

У зв'язку з цим Р. А. Майданик небезпідставно розглядає фідуціарниий правочин (на прикладі договору управління майном) «...особливим правочином, якому притаманні: висока ступінь довіри та особливе значення особистості його учасників, що знайшло відображення у предметі договору, наданні управителеві надмірних повноважень, встановленні з метою недопущення безпідставного збагачення обов'язку здійснення необхідних дій виключно у чужому інтересі — вигодонабувача та (або) установника, а також у підвищених вимогах до відповідальності управителя та підставах припинення договору у зв'язку з втратою довіри».

Зазначений автор обґрунтовує висновок про те, що «...тривалий, пролонгований характер зазначених фідуціарних відносин (тобто з управління майном) зумовив специфіку предмета цього правочину, яка полягає у здійсненні управителем від свого імені не однієї або кількох юридичних чи фактичних дій, а невизначеної їх кількості. Управління майном є специфічним способом здійснення права власності у чужому інтересі, що полягає у зобов'язанні управителя діяти в інтересах вигодонабувача та (або) установника. Під діями в

інтересах вигодонабувача або установника слід розуміти вчинені з належною дбайливістю дії, що не суперечать закону і мають своєю метою зберігання та примноження вартості переданого в управління майна, здійснені без невиправданого ризику можливих втрат так, як вчинив би на місці управителя сам установник за аналогічних обставин».

Розуміння фідуціарності як діяльності в чужому інтересі найадекватніше відображає реальні існуючі моделі фідуціарних правочинів, що знаходить підтвердження в доктринах більшості європейських країн (зокрема, Німеччини, Франції, Швейцарії, Нідерландів тощо).

У літературі висловлюються думки про те, що подібні правочини є досить рідкісними і тому не характерними для майнового обороту. З наведеним твердженням можна погодитися лише в частині незначної сфери поширення фідуціарних правочинів у вітчизняному праві за сучасних умов. Однак це не свідчить про недоцільність подібної класифікації в силу наявності в них значного потенціалу. Фідуціарні правочини у вітчизняному праві перебувають на етапі удосконалення існуючих і створення нових правових форм подібних правочинів; зазначені тенденції однозначно виявляються як у нормотворчій діяльності, так і в правозастосовній практиці.

Додаткові договори. Інший поділ договорів ґрунтується на виділенні договорів основних і додаткових. Додаткові договори є правочинами, які виникають із приводу заснованих на угоді сторін способів забезпечення зобов'язань.

У власному розумінні способами забезпечення виконання зобов'язання в літературі називають лише спеціальні забезпечувальні засоби, визначаючи їх як заходи, що мають не всеохоплюючий, а спеціальний, додатковий характер і застосовуються не до всіх, а лише до тих зобов'язань, для яких вони спеціально встановлюються законом або угодою сторін.

Забезпечення виконання зобов'язання, яке здійснюється шляхом встановлення спеціальних способів, стимулює боржника до належної поведінки, гарантує виконання ним основного зобов'язання з урахуванням інтересів кредитора. Ці способи спрямовані на упередження або зменшення обсягу негативних наслідків, які можуть настати у разі порушення зобов'язання. Вони полягають у покладенні на боржника додаткових майнових обтяжень (неустойка, завдаток) у резервуванні майна, за рахунок якого можливо забезпечити майнові інтереси кредитора (застава), у залученні до виконання зобов'язання поряд із боржником третіх осіб (порука, гарантія). Деякі з них мають характер санкцій.

У літературі звертається також увага на те, що в усіх наведених випадках йдеться про правові засоби, що надають кредиторові додатковий кредит — особистий або реальний.

Забезпечувальний характер всіх способів забезпечення виконання зобов'язань та їх взаємозв'язок з основним зобов'язаням означає, що угоди про їх встановлення повинні мати місце до факту невиконання (неналежного виконання) основного зобов'язання. В іншому випадку вони або трансформуються в угоди про відступне, про новацію зобов'язання, про покладання виконання на третю особу, або набувають характеру прихованих угод з усіма пов'язаними з цим наслідками. Наприклад, договір застави, укладений після факту невиконання основного зобов'язання, буде нічим іншим, як відступним, а договір поруки, укладений після факту невиконання основного зобов'язання, — покладанням виконання даного зобов'язання на третю особу.

Деякі науковці небезпідставно звертають увагу на сутність забезпечення виконання зобов'язання, яка полягає в можливості встановлювати окрему загальну санкцію за невиконання або неналежне виконання зобов'язання — відшкодування збитків — також і додаткову санкцію за ці самі порушення — неустойку. В цих випадках відсутній додатковий кредит (як особистий, так і реальний), а має місце передбачення, що боржник, пов'язаний із загрозою певної майнової невигоди, буде намагатися виконати зобов'язання належним чином.

Отже, способи забезпечення виконання можна визначити як спеціальні заходи майнового характеру, які спонукають (примушують) сторони до належного виконання зобов'язань, застосовуються до порушення (неналежного виконання) забезпечуваних зобов'язань (лише до зобов'язань, для яких вони прямо передбачені в законі або встановлені угодою сторін).

Особливість відмежування зазначених договорів полягає в тому, що доля кожного з договорів, віднесених до другої групи, похідна від долі одного з тих, які віднесені до першої групи. З іншого боку, основні договори незалежні, визнання додаткового договору недійсним жодним чином не впливає на юридичну силу основного договору. Найпоширенішим різновидом додаткових договорів є ті, які виникають із приводу наведених у ЦК чотирьох заснованих на угоді сторін способів забезпечення зобов'язань — неустойки, поруки, застави і завдатку. Інші два поіменованих у ЦК способи забезпеченя зобов'язань залишаються за межами наведеного поділу. Зобов'язання, що становлять банківську гарантію, породжуються одностороннім правочином. З приводу такого способу, як утриман-

ня, небезпідставно вважається, що він взагалі виникає не з правочину, а із спеціального передбаченого законом юридичного складу, який включає наявність боргу і знаходження в кредитора речі, яка підлягає передачі боржнику або за його вказівкою — третій особі.

Незважаючи на похідність від основного договору, додатковому договору притаманна відносна самостійність, яка, зокрема, виявляється в тому, що він визнається укладеним із моменту, коли сторони досягнуть згоди з істотних його умов. З відносної самостійності додаткового договору випливає відсутність необхідності надати йому особливої форми. У цьому зв'язку М. І. Брагінський справедливо зазначає, що істотні умови додаткового договору можуть бути включені до тексту основного. Проте навіть і при такому варіанті йдеться про два договори.

Попередні (підготовчі) договори не знайшли належного доктринального вирішення і нормативного закріплення питання стосовно поняття, правової природи і системи попередніх договорів та інших подібних правочинів (протоколи про наміри тощо).

Протилежністю попереднього договору виступає основний договір, який в літературі інколи називають остаточним (В. В. Меркулов). Подібна пара договорів виділяється за критерієм юридичної спрямованості породжуваних цими правочинами зобов'язаннями.

Основний договір безпосередньо породжує права та обов'язки сторін, повязані з переміщенням матеріальних благ: передачею майна, виконанням робіт, наданням послуг тощо. Попередній договір — це угода сторін про укладення основного договору в майбутньому.

Наприклад, договір купівлі-продажу квартири є основним договором. Цей договір містить обов'язки щодо вчинення у визначені строки зустрічних надань — квартири в обмін на її грошовий еквівалент. Договір про купівлю-продаж квартири в майбутньому є попереднім договором, оскільки його зміст становлять не безпосередньо перехід права власності на квартиру та отримання за неї грошей, а обов'язок укласти в майбутньому договір купівлі-продажу цієї квартири згідно з погодженими сторонами умовами.

Іншим прикладом попереднього договору є договір про організацію перевезень. Зміст цього договору становить не безпосереднє переміщення вантажу в просторі та отримання за це грошей, а укладення в майбутньому окремих договорів на перевезення згідно з погодженим сторонами графіком.

Змішані та комплексні договори. В літературі досить тривалий час звертається увага на існування складних за своїм змістом та характером договорів, серед яких важливу роль відіграють змішані та комплексні договори.

Раніше зазначалося, що «змішаним вважається договір, в якому поєднуються елементи різних договорів, який слугує підставою виникнення єдиного зобов'язання, поєднує риси договорів різного виду».

Прикладом змішаного договору є агентський договір стосовно вчинення двох видів юридичних дій — придбання агентом в інтересах довірителя пакету акцій від власного імені, а також управління цими цінними паперами (здійснення прав акціонера) від імені довірителя. В першому випадку йдеться про комісійні відносини, в другому — довірена особа виступає представником.

Іншим прикладом змішаного договору можна вважати договір купівлі-продажу, в якому покупець замість сплати купівельної ціни приймає на себе обов'язок виконати певну роботу.

У зв'язку з цим А. О. Собчак слушно зазначав, що в останньому випадку «виникле відношення можна розділити на два самостійні зобов'язання (купівлі-продажу і підряду) лише чисто теоретично. В дійсності ж виникає єдине зобов'язання змішаного характеру».

Поряд із «чисто» цивільно-правовими існують договори, які певною мірою застосовуються за межами галузі цивільного права і «містять набір прав і обов'язків, що в сукупності становлять породжене правочином правовідношення» комплексного характеру.

А. О. Собчак комплексними договорами визнавав «договори, які породжують два або більше різних зобов'язань, які мають єдину господарську мету і групуються навколо одного з них, яке є основним».

Комплексність цих договорів автор пов'язував із поєднанням у них організаційних та майнових відносин. Необхідність координації цих зобов'язань, їх пристосування до досягнення єдиної господарської мети викликає до життя організаційні відносини. Поєднання організаційних та майнових відносин А. О. Собчак вважав відмітною рисою комплексного договору, яка зумовлювала багатогалузевий характер регулювання зазначених відносин.

До комплексних договорів зазначений автор відносив договір підряду на капітальне будівництво, в рамках якого, крім зобов'язання з виконання підрядних робіт, виникає низка суміжних зобов'язань (із надання замовником різних послуг підряднику, з оренди будівель, зберігання будівельних матеріалів і конструкцій, надання транспорту для перевезення працівників тощо).

Наведене вище розуміння сутності комплексного договору, як і приклад такого договору (на капітальне будівництво) видається недостатньо вдалим. Зазначений договір не створює різногалузевих елементів, крім цивільно-правових. Згадані А. О. Собчаком організа-

ційні відносини охоплюються цивільно-правовими зобов'язаннями з надання послуг (охорона, зберігання тощо) і не підпадають під сферу регулювання, власне, адміністративно-правових відносин, пов'язаних з організацією процесу капітального будівництва (надання ліцензій, інших дозволів на ведення такої діяльності чи володіння земельною ділянкою під будівництво об'єкту тощо).

Водночас заслуговує на увагу аналіз міжгалузевого та міжвидового характеру комплексного договору. Міжгалузевий характер виявляється в необхідності поєднання адміністративно-правового та цивільно-правового регулювання відносин, які виникають, міжвидовий — в одночасному виникненні комплексу зобов'язань, що вимагає застосування законодавства про відповідні види зобов'язань.

Комплексні договори взаємно пов'язані зі змішаними договорами. Змішаний договір може розглядатися як необхідна проміжна стадія в процесі виникнення нових видів договорів, не має якостей самостійного цивільно-правового інституту і спеціальних норм, присвячених його регламентації.

Комплексний договір є продуктом (результатом) розвитку змішаного договору в новий інститут цивільного права, а тому має спеціальні норми (як цивільно-правові, так і адміністративно-правові), присвячені його регламентації.

Припустимість зазначених договорів зумовлена закріпленим сучасним законодавством принципом субсидіарного застосування цивільно-правових норм до відносин, які побудовані на рівності їх учасників і знаходяться за межами цивільного права як галузі права.

ЦК України (ст. 9) передбачає, що до сімейних, трудових відносин і відносин з використання природних ресурсів та охорони навколишнього середовища, що представляють товарно-грошові та інші, побудовані на рівності учасників майнові відносини, а також пов'язані з майновими немайнові відносини, цивільне законодавство застосовується у випадках, коли ці відносини не регулюються відповідними галузями права (сімейного, трудового тощо).

Крім того, ЦК України (ч. 2 ст. 1) містить положення, згідно з яким до майнових відносин, що ґрунтуються на адміністративному або іншому владному підпорядкуванні однієї стороні іншій, у тому числі до податкових та інших бюджетних відносин, цивільне законодавство не застосовується, якщо інше не встановлено законом.

При цьому необхідно звернути увагу на неприпустимість включення до системи цивільно-правових договорів так званих різногалузевих договорів. У силу нецивільно-правового характеру регульованих ними відносин зазначені договори не входять до сфери цивільного права, незважаючи на те, що подібні договори можуть

регулюватися окремими положеннями цивільного законодавства у прямо визначених законом випадках за умови, що вони прямо не регулюються іншими, ніж цивільне право, галузями.

У цьому контексті заслуговує на увагу і вимагає детального аналізу обґрунтована представниками фінансового права двочленна класифікація договорів між суб'єктами фінансово-правових відносин. Договірні відносини у фінансовому праві пропонується поділяти на дві групи. *Перша група договорів* — це фінансово-правові договори, які поєднують у собі елементи цивільно-правових принципів побудови відносин і одночасно досить детально врегульовані фінансовими нормами. До таких договірних відносин, зокрема належать: відносини із зворотного повернення бюджетного фінансування з інвестиційного податкового кредиту і надання цільових податкових пільг. Сторони цих правовідносин юридично нерівні, що виявляється в їх різній правоздатності. Одна сторона реалізує компетенцію, а інша — правоздатність юридичної особи. У результаті цього договірним відносинам завжди передує управлінське рішення про надання відповідному суб'єкту бюджетного або податкового кредиту. І, нарешті, подібний «договір» фактично є роз'ясненням до закону або управлінського рішення, де свобода розсуду суб'єктів дуже мала.

По-суті, в цьому випадку термін «договір» перетворюється на юридичну фікцію, оскільки від, власне, договору залишається лише його назва; характер правовідносин і зміст договору віддзеркалює відносини юридичної нерівності, для яких нехарактерне і непотрібне узгодження воль сторін, що робить недоцільним говорити про договір у зазначених вище фінансово-правових відносинах.

Друга група договорів розглядається як «безпосередньо цивільно-правові договори, «вплетені» в тканину фінансових правовідносин». До такого роду договірних відносин відносять договори поруки і застави, які використовуються як спосіб забезпечення виконання зобов'язання платником податку зі сплати податку. Зокрема, договори поруки, про розстрочення і відстрочення суми податкового зобов'язання передбачені Законом України «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетними та державними цільовими фондами» від 2001 року.

У зв'язку з цим К. Тотьєв небезпідставно вважає, що між платником податку і поручителем створюються приватноправові відносини, які відрізняються лише предметом поруки (виконання податкового обов'язку). Цивільно-правовий характер зазначених відносин дозволяє без будь-яких застережень застосовувати до них норми ЦК України, зокрема щодо поруки.

При цьому вважається, що в разі прямої відсилки норм фінансового законодавства до цивільного правового регулювання зазначені відносини мають вважатися цивільно-правовими за участі уповноважених державних органів. І тому договори, які укладаються суб'єктами фінансових правовідносин, регулювання яких здійснюється нормами цивільного законодавства, повною мірою належать до предмета цивільного права.

Іншими словами, в цьому випадку йдеться про своєрідну аналогію застосування цивільного права до фінансових відносин. Подібна тенденція видається неприпустимою і такою, що «розмиває» предмет і метод цивільного права в силу відсутності в арсеналі фінансового права адекватних конструкцій, подібних до розробленої приватним правом конструкції договору.

Наведене свідчить про припустимість застосування конструкції договору за умови збереження між учасниками правовідносин юридичної рівності з питань його укладення і виконання, що, однак, не виключає можливості одночасної присутності публічно-правових елементів, які певною мірою обтяжують здійснення приватного права та не допускають перетворення цих відносин на відносини юридичної нерівності.

Прикладами подібного проникнення публічного права в цивільно-правові відносини є договори концесії, угоди про розподіл продукції, специфіка яких полягає в участі державних органів або органів місцевого самоврядування як суб'єктів приватного права з обмеженнями публічно-правового характеру, встановленими відповідними нормативно-правовими актами.

Водночас не є договорами передбачені законодавством різного роду «публічно-приватні угоди між державним органом і суб'єктом господарювання з приводу здійснення першим ...публічно-правової функції».

Інший приклад подібних «угод» міститься в Законі України «Про нафту і газ», яким передбачено можливість укладання угоди між спеціально уповноваженим центральним органом виконавчої влади (з одного боку) та заявником на отримання спеціального дозволу на користування нафтогазоносними надрами (з іншого) про зобов'язання сторін і порядок регулювання відносин між ними в процесі користування конкретною ділянкою надр (статті 1, 10, 11, 5, 7, 20, 22, 23, 26—28 тощо).

До подібного роду «угод» необхідно віднести також «...переддоговірні домовленості між потенційним концесієдавцем з потенційним концесіонером щодо з'ясування волевиявлення кожного з них..., які стосуються умов отримання різного роду відомостей про об'єкт концесії та про потенційних партнерів».

Зазначені попередні угоди потенційних сторін відносин концесії не можна вважати, власне, угодою, оскільки остання «не створює договірне правовідношення, а лише має на меті його встановлення для реалізації стратегії економічного розвитку, окресленої в угоді». За своєю юридичною природою подібні «угоди» мають визнаватися суто публічно-правовим актом адміністративно-процесуального характеру, і тому застосування в подібних випадках терміна «угода» є зайвим, що не сприяє адекватному відображенню публічно-правового характеру відносин, які регулюються подібними немов би договірними конструкціями.

Договори немайнового змісту. Актуальним є питання щодо правової природи договорів немайнового змісту, у тому числі правочинів з організаційним змістом. Цивільні кодифікації більшості країн цивільного права прямо не передбачають, однак і не забороняють можливості укладення подібного роду договорів немайнового змісту.

Питання щодо припустимості немайнового характеру дій як предмета договірного зобов'язання є предметом наукових дискусій.

Переважна більшість вчених обгрунтовує виключно майновий характер зобов'язань, оскільки останні оформлюють процес товарообігу і тому мають належати до групи майнових правовідносин.

Інша позиція передбачає визнання припустимими існування зобов'язань немайнового характеру в силу відсутності заборон і можливість існування подібних зобов'язань. Подібні зобов'язання доцільно вважати припустимими, оскільки їх предмет становлять правомірні дії, і тому вони відповідають всім вимогам щодо умов дійсності зобов'язання.

Непоіменовані договори (sui generis). Однозначного вирішення не має питання щодо договорів, прямо не передбачених законом (непоіменовані договори). Зазвичай закон обмежується зазначенням можливості для сторін зобов'язання укладати договори, хоч і не передбачені законом, але які не суперечать загальним засадам (тобто принципам) цивільного законодавства.

Непоіменовані договори протистоять поіменованим договорам, тобто таким, які прямо передбачені законом. Зазначена класифікація існує з часів Стародавнього Риму, законодавство якого передбачало поділ договорів на contractus nominati і contractus innominati. При цьому непоіменовані договори існують у вигляді різного роду нетипових договірних конструкцій, які отримали в літературі назву змішаних, комплексних, інтегрованих тощо договорів.

Зокрема, змішані договори не відносяться до жодної з визначених законом груп договорів, оскільки такі угоди містять елементи

кількох визначених у законі видів договорів (наприклад, агентський договір містить елементи двох договорів — доручення та комісії).

Підсумовуючи проведений аналіз класифікації договорів, можна констатувати, що систему цивільно-правових договорів становлять їх типи, види та підвиди.

Під типом цивільно-правового договору слід розуміти класифікацію договорів за такою сукупністю ознак, які виражають найбільш загальні та істотні риси цього типу. Такими ознаками необхідно вважати направленість результату цивільно-правового договору та його юридичну мету.

Види договорів являють собою певні групи договорів, які поряд із загальними рисами, притаманними тому чи іншому типу, одночасно мають й власні (видові) риси, які не суперечать віднесенню певного виду договору до однорідного типу. Так, видами договорів, направлених на передачу майна у власність, виступають договори купівлі-продажу, дарування, ренти тощо.

Підвидом договорів виступають договори, які відрізняються особливостями, що не мають істотного значення для визначення правової природи договору в цілому. Наприклад, підвидами купівлі-продажу є роздрібна купівля-продаж, поставка тощо.

Існуючу систему цивільно-правових договорів найадекватніше відображає класифікація за направленістю правової мети, яка може мати характер майнового або немайнового інтересу.

За цим критерієм систему цивільно-правових договорів становлять чотирнадцять груп договорів: 1) договори, направлені на передачу майна у власність; 2) договори, направлені на передачу майна в користування; 3) договори, направлені на виконання робіт (надання послуг); 4) договори, направлені на надання відстрочки (розстрочки); 5) договори, направлені на заміну осіб у зобов'язанні; 6) договори, направлені на досягнення спільної мети; 7) ризикові (алеаторні) договори (у тому числі рентного, страхового та ігрового ризику); 8) фідуціарні договори; 9) договори немайнового змісту (організаційні договори тощо); 10) підготовчі договори (попередні договори, протоколи намірів тощо); 11) додаткові договори (зокрема, з приводу заснованих на угоді сторін способів забезпечення зобов'язань); 12) «сімейні» договори; 13) непоіменовані договори (договори особливого роду, sui generis); 14) змішані (нетипові), комплексні, інтегровані договори.

Глава 8

ІНТЕГРОВАНІ ТА НЕТИПОВІ ДОГОВОРИ

§ 1. Поняття та класифікація інтегрованих і нетипових договорів

З метою приведення існуючої класифікації цивільно-правових договорів у відповідність до існуючої в дійсності системи договорів, зокрема з урахуванням знов виниклих видів договорів, доцільне виділення, в межах окремих договірних типів, нових груп договорів, неідентифікованих достатньою мірою існуючою класифікацією.

Для включення до класифікації цивільно-правових договорів, не віднесених до певного типу або порівняно недавно використовуваних вітчизняною практикою груп договорів, доцільно виділяти договори інтегровані (інтегрованого типу) та нетипові. Такі договори знаходяться за межами існуючих договірних типів (нетипові) або нормативно включені до складу певного договірного типу як результат поєднання, інтегрування в окремому договорі елементів кількох традиційних видів договорів (інтегровані договори).

До цих груп договорів (нетипових та інтегрованого типу) може бути віднесено такі інтегровані договори, як попередній договір, факторингу та комерційної концесії, а до нетипових договорів — дилерський і зворотної купівлі-продажу (РЕПО).

При цьому наведений перелік має відкритий характер, оскільки внаслідок формування нових і модифікації існуючих видів з'являються й інші нетипові договори та інтегрованого типу. Однак наведені вище договори з цієї групи є сформованими і застосовуються на практиці, що обумовлює доцільність їх правового аналізу.

§ 2. Інтегровані договори

Попередній договір. *Поняття і правова природа попереднього договору.* Ускладнення економічного обороту зумовлюють підвищення ролі попередніх правочинів, одним з різновидів яких є попередній договір. Додаткова актуальність аналізу цієї тематики пояснюється браком системних наукових досліджень у цій сфері й несистемністю наявних у них висновків.

Низка питань з цієї проблеми розглядалася в окремих дисертаціях і наукових публікаціях вчених-цивілістів, однак переважно у зв'язку з аналізом окремих цивільно-правових договорів чи інших правових інститутів (Л. М. Николайчук, А. Днєпров, О. Степанова). Раніше недостатньо уваги приділялося важливим питанням поняття, природи і системи попередніх договорів та інших подібних правочинів, що не дає можливості пояснити повною мірою умови обмеження реального виконання попереднього договору, правову суть таких домовленостей, як протокол про намір, і сформувати чітке загальне бачення цієї групи домовленостей в системі сучасного цивільного права.

Наведеним обумовлена мета наукових досліджень у цій сфері, яка полягає в науковому аналізі поняття, правової природи та особливостей виконання попереднього договору за цивільним законодавством України.

Попередні договори є різновидом переддоговірних правочинів, мотив в укладенні яких зазвичай полягає в тому, щоб «створити між собою правовий зв'язок не настільки сильний, як правовідношення з основного договору».

Тому зміст подібних договорів становлять всі умови остаточного (майбутнього) договору, однак він передбачає, що в силу низки оставин сторони укладуть остаточний договір пізніше. Обставиною може виступати, наприклад, придбання майна що виступає об'єктом договору, через певний час після укладення попереднього договору. Укладення такого договору нерідко викликане недоцільністю укладення остаточного договору на даний момент, зокрема правочин, в якому між моментом укладення і моментом виконання є досить великий часовий розрив.

Попередній договір є одним із двох видів переддоговірних правочинів, які прямо визнані українським правом. Іншим переддоговірним правочином визнається договір про наміри (протокол про наміри тощо), під яким необхідно розуміти домовленість, у якій немає волевиявлення сторін щодо надання йому сили попереднього договору (ст. 635 ЦК України). Законодавець прямо вказує лише на

те, що в цьому випадку така домовленість лише не вважається попереднім договором і юридично не зобов'язує учасників цих відносин укладати в майбутньому договір на умовах, передбачених протоколом (договором) про наміри. Однак це не означає відсутності в усіх випадках договорів про намір будь-яких правових наслідків. Навпаки, зазвичай подібні договори мають правові наслідки, хоч і не у вигляді обов'язку укласти в майбутньому основний договір. У силу наведеного потребує уточнення твердження про те, що договір про наміри, який не визнається попереднім договором, не породжує цивільно-правових наслідків. Протокол про наміри є юридично неповною домовленістю, що може викликати певні правові наслідки, відмінні від наслідків укладення попереднього договору. Зазначена домовленість не породжує цивільно-правових наслідків у вигляді обов'язку укласти договір у майбутньому (основний договір) на умовах, встановлених зазначеним протоколом (договором) про наміри (ст. 635 ЦК України). Протокол про наміри не зобов'язує його сторони вчинити надання у вигляді передачі майна, виконання робіт чи послуг, чи утримання від подібних дій. Іншими словами, протокол про наміри не передбачає прийняття його сторонами зобов'язань один перед одним і тому не вчиняється з наміром мати правові наслідки. Отже, протокол про наміри не є правочином, оскільки така домовленість не направлена на встановлення, припинення або зміну прав та обов'язків.

Існуючі на практиці спроби застосувати конструкцію попереднього договору стосовно інших видів переддоговірних правочинів можуть викликати для їх сторін лише передбачені відповідно для попереднього договору та протоколу про наміри юридичні наслідки, а не будь-які правові наслідки, на які вони (сторони) розраховують.

Положення про попередній договір вперше у вітчизняному цивільному праві знайшли нормативне закріплення в ЦК України. Попереднім договором законодавець вважає договір, сторони якого зобов'язуються протягом певного строку (у певний термін) укласти договір у майбутньому (основний договір) на умовах, встановлених попереднім договором (ч. 1 ст. 635 ЦК). Поняття попереднього договору також закріплене в Господарському кодексі України, під яким розуміється договір, за яким суб'єкт господарювання зобов'язується у визначений строк, але не пізніше одного року з моменту укладення попереднього договору, укласти основний господарський договір на умовах, передбачених попереднім договором (ст. 182). Наведені вище поняття попереднього договору містять положення про те, що такий договір повинен включати істотні умови основного договору.

Обидва кодекси містять положення про те, що попередній договір повинен включати істотні умови основного договору. Класичним прикладом істотних умов договору є його предмет (ст. 638 ЦК). При цьому ЦК України містить норму про те, що істотні умови основного договору, не встановлені попереднім договором, узгоджуються в порядку, встановленому сторонами в попередньому договорі, якщо такий порядок не встановлено актами цивільного законодавства.

Однак ГК України говорить, що попередній договір повинен містити умови, які дозволяють визначити предмет, а також інші істотні умови основного договору. Зазначена норма ч. 2 ст. 182 ГК є не зовсім вдалою, оскільки учасники попереднього договору не мають наміру пов'язувати себе всіма положеннями основного договору, їм необхідна свобода маневру, у тому числі й щодо визначення істотних умов основного договору в майбутньому. Закріплена в ГК України норма (ч. 2 ст. 182) позбавляє попередній договір цієї гнучкості.

У зв'язку з цим цілком справедливо зазначається, що в попередньому договорі достатньо було б визначити предмет основного договору, залишивши узгодження інших істотних умов на розсуд самих сторін.

Попередній договір необхідно відмежовувати від протоколу про наміри за ступенем юридичної пов'язаності сторін цих правочинів. Протокол про наміри є переддоговірним правочином, що фіксує більш або менш визначені намагання, побажання, плани сторін, але з його формулювань не випливає намір сторін вважати себе юридично пов'язаними. В цьому випадку йдеться про так звані моральні або філософські зобов'язання; ці відносини регулюються нормами моралі, зокрема — ділової етики, але не цивільним правом. Протокол про наміри не встановлює певних цивільних прав і обов'язків і не передбачає засобів юридичної відповідальності, на відміну від попереднього договору.

Зазначений договір відзрізняється від договору, вчиненого під умовою або під обставину (умовні правочини або правочини під обставину), оскільки породжують безумовний обов'язок у встановлений строк укласти передбачений ним основний договір під загрозою судового присуду до його укладення.

Актуальними залишаються питання щодо правової природи, умов виконання, відповідальності й системи попередніх договорів, інших подібних правочинів (протоколи про наміри тощо).

У літературі звертається увага на особливість попередніх договорів, яка полягає в тому, що подібні правочини не є різновидом будь-якого типу цивільно-правового договору і взагалі випадають з їх загальноприйнятої класифікації. Сутність і зміст правовідносин з

попереднього договору якісно відрізняють його від всіх інших договорів. Попередній договір є особливим договірним зобов'язанням, яке опосередковує самостійне коло відносин щодо укладення в майбутньому основних договорів, що вимагає спеціального правового регулювання подібного правового інституту.

Попередній договір не направлений безпосередньо на регулювання економічних (майнових) відносин між учасниками. Окремі автори вважають, що «...скоріше, він регулює «організаційно-юридичні» відносини між ними».

У цьому контексті цілком слушно зазначається, що переважна більшість договорів є підставою для виникнення зобов'язань із передачі майна у власність або в користування, виконання робіт, надання послуг тощо. Однак зазначена група договорів не має такої завершеності, вони лише містять обов'язковий припис сторонам укласти певний конкретний договір у майбутньому: договір перевезення, підряду, купівлі-продажу тощо.

У зв'язку з цим виділяють два етапи існування зазначених правовідносин: 1) укладення попереднього договору, де сторони визначають предмет договору, строк укладення основного договору тощо; 2) укладення основного договору на умовах, визначених у попередньому договорі.

Типовим різновидом даного договору є традиційно відомий з давніх часів вітчизняному праву договір запродажу, згідно з яким сторони зобов'язуються у визначений ними строк укласти договір купівлі-продажу (наприклад, щодо речі, якої поки немає в продавця або щодо якої він не має права власності або воно обтяжене правом інших осіб).

Іншим прикладом застосування попереднього договору є довгостроковий договір про організацію перевезень як різновид так званих «генеральних договорів, на підставі й на виконання яких сторони потім укладають цілу низку конкретних однотипних (локальних) договорів. Це, наприклад, направлені на організацію перевезень вантажів річні та аналогічні їм договори перевізників з вантажовідправниками, які виступають підставою для наступного укладення договорів перевезень конкретних вантажів». За цим договором перевізник зобов'язується у встановлені строки приймати, а вантажоволоділець — пред'являти до перевезення вантажі в обумовленому обсязі. Сторони можуть також визначити строки, порядок розрахунків тощо.

При цьому в літературі цілком справедливо звертається увага на особливість згаданих вище генеральних договорів.

Попередні договори застосовуються й в інших сферах діяльності. За допомогою попереднього договору підрядник і замовник

регулюють свої відносини з підготовки до укладення в майбутнього договору будівельного підряду. Обумовлюють предмет майбутнього договору, строк його укладення, необхідність надання документації тощо.

У літературі звертається увага на відомі правозастосовній практиці випадки, коли основний договір одночасно виступає і договором попереднім. У цьому випадку згідно з умовами попереднього договору сторони повинні в майбутньому укласти ще один основний договір.

Йдеться про придбане переможцем аукціону право на укладення договору оренди нежилого приміщення. Зазначене право кредитора посвідчене підписаним належним чином актом, яким зафіксовано, що договір оренди повинен бути оформлений протягом десяти днів.

За своєю правовою природою спірний правочин вважається договором купівлі-продажу на оренду нежилого приміщення і одночасно попереднім договором на укладення договору оренди нежилого приміщення.

Як й інші договори, попередній договір обов'язково передбачає узгодження всіх його істотних умов, до складу яких входить і повний набір істотних умов остаточного договору. Відсутність хоча б однієї з числа цих останніх виключає можливість звернутися з позовом про спонукання контрагента за попереднім договором укласти основний договір. Відповідно, відсутні підстави в подібних випадках і для стягнення з контрагента збитків, заподіяних внаслідок ухилення другої сторони від укладення договору.

Попередній договір справляє фактичний і юридичний вплив на процес формування договірного відношення. Серед питань, пов'язаних із попереднім договором, необхідно звернути увагу на їх зв'язок із переговорами сторін, які передували укладенню договору.

Принципи міжнародних комерційних договорів (ст. 2.15) окремо передбачають свободу договорів, яка означає, зокрема, що сторона не несе відповідальності за недосягнення згоди (йдеться про те, що сторони вільні у визначенні того, з ким, коли, протягом якого часу тощо вести переговори). Водночас необхідно звернути увагу на передбачену згаданими Принципами можливість відповідальності сторін за недобросовісність ведення переговорів, у тому числі ведення переговорів «просто так», без наміру укласти договір. Зазначена відповідальність виражається в обов'язку відповідної сторони відшкодувати контрагенту збитки. В літературі (Коментарі до Принципів) наводиться один із прикладів такої відповідальності: «А. дізнається про намір В. продати свій ресторан. А. не має взагалі наміру купувати

цей ресторан, тим не менш, вступає в тривалі переговори з В. з єдиним наміром перешкодити В. продати ресторан С. який є конкурентом А. В результаті А. продає С. ресторан, але за нижчою ціною, ніж та, яку він міг отримати від С. Різниця в цінах старновить ту суму, яку А. зобов'язаний відшкодувати».

Вітчизняне законодавство не містить спеціальних норм щодо переговорів. Однак відповідальність у подібних випадках може виникати перш за все з урахуванням загальних норм про недоговірну шкоду. В одних випадках вимога може ґрунтуватися на загальних нормах про деліктні зобов'язання (зобов'язання внаслідок заподіяння шкоди). Зокрема, така підстава відповідальності стосується шикани, яка мала місце в наведеному вище випадку. Цілком слушно звертається увага й на іншу підставу такої відповідальності. Йдеться про вимоги, які ґрунтуються на недобросовісній конкуренції, як частини антимонопольного законодавства.

Зміст попереднього договору. Визначальне місце в попередньому договорі посідає умова про строк виконання основного договору. Виконання попереднього договору обумовлене, в першу чергу, змістом умови про строк укладення основного договору. Учасники попереднього договору не мають наміру пов'язувати себе всіма положеннями основного договору, їх необхідна свобода маневру, у тому числі й щодо визначення істотних умов основного договору в майбутньому.

Зазначене правило знайшло відображення в положеннях ЦК України щодо умов попереднього договору про строк укладення основного договору. Зобов'язання, яке випливає з попереднього договору, щодо укладення основного договору має бути конкретизоване в часі. В попередньому договорі може бути передбачений строк, протягом якого має бути укладено основний договір.

Зобов'язання, встановлене попереднім договором, припиняється, якщо основний договір не укладений протягом строку (термін), встановленого попереднім договором, або якщо жодна зі сторін не направить другій стороні пропозицію про його укладення.

Якщо сторони не скористаються наданою їм можливістю (щодо встановлення строку укладення основного договору), застосовується правило, передбачене ст. 530 ЦК щодо строку (терміну) виконання зобов'язання, згідно з яким, якщо строк (термін) виконання боржником обов'язку не встановлений або визначений моментом пред'явлення вимоги, кредитор має право вимагати його виконання у будь-який час. Це означає, що будь-яка сторона попереднього договору має зазначене право вимагати укладення основного договору.

Форма попереднього договору. ЦК України встановлює особливі вимоги щодо форми попереднього договору. Зазначені правочини мають укладатися в тій самій формі, що й основний договір. Якщо для основного договору форма не встановлена, то попередній договір обов'язково повинен бути укладений у письмовій формі (п. 4 ч. 1 ст. 635 ЦК України). При цьому попередній договір може укладатися у вигляді одного письмового документа, підписаного сторонами, обміну листами, телеграмами тощо.

Недотримання правил про форму договору тягне його нікчемність.

Наведене дає підстави для висновку про те, що попередній договір може бути укладений в усній формі лише якщо така форма прямо передбачена законом для основного договору. Тому не можна погодитися з висловленою в літературі точкою зору, згідно з якою «письмова форма для попередніх договорів є обов'язковою і в тих випадках, коли основний договір належить до числа тих, які можуть бути укладені усно».

Водночас необхідно зазначити, що всі форми щодо основного договору, зокрема нотаріальне посвідчення, діють і щодо попереднього договору. При цьому до форми попереднього договору іноді пред'являються вимоги більш суворі, порівняно з адресованими основному договору: незалежно від того, чи підлягає попередній договір відповідно до викладених норм вчиненню в простій письмовій або в нотаріальній формі, порушення відповідної вимоги тягне за собою нікчемність попереднього договору.

Ініціативу щодо укладення основного договору може виявити будь-яка зі сторін попереднього договору в порядку обміну між ними офертою та акцептом.

Зобов'язання, встановлене попереднім договором, припиняється, якщо основний договір не буде укладений протягом строку (терміну), встановленого попереднім договором, або якщо жодна зі сторін не надішле другій стороні пропозицію про його укладення.

Наслідки неукладення основного договору. В літературі цілком слушно звертається увага на відмінність наслідків порушення попереднього та основного договорів. При застосуванні попереднього договору сторони встановлюють ще один ступінь в укладенні основного договору. В цьому випадку сторони мають можливість ще раз зважити наслідки своїх дій: чи укладати їм, чи не укладати основний договір. У сторони, яка ухиляється від укладення основного договору, залишається надія на те, що друга сторона задовольниться компенсацією негативного інтересу (тобто, інтересу до укладення основного договору), не пред'являючи вимог про спонукання контрагента до укладення основного договору.

Особливої актуальності набули питання застосування санкцій за відмову укласти основний договір, що випливає з попереднього.

Частина 2 ст. 635 ЦК проголошує: «Сторона, яка необґрунтовано ухиляється від укладення договору, передбаченого попереднім договором, повинна відшкодувати іншій стороні збитки, заподіяні простроченням, якщо інше не встановлено попереднім договором або актами цивільного законодавства».

Отже, не викликає сумніву наявність у кредитора за попереднім договором права на відшкодування збитків, заподіяних простроченням. Це право надається кредиторові у силу прямої вказівки закону.

Водночас зміст зазначеної норми потребує більш детального аналізу стосовно поняття можливих збитків, заподіяних внаслідок зазначеного порушення попереднього договору. В цьому контексті О. Днєпров цілком слушно зазначає, що «всі можливі збитки можуть бути пов'язані лише з майновими втратами від неукладення основного договору. Однак, якщо на момент визначення збитків основний договір ще не укладено, то він не може потягнути і будь-яких майнових наслідків. Попередній договір не має жодного юридичного значення з моменту укладення основного договора і, що важливіше, не є необхідним елементом юридичного складу, який призводить до виникнення зобов'язання з основного договору».

Тим не менш, доцільність механізму певного впливу на сторону, яка ухиляється від укладення основого договора, не викликає сумніву.

У зв'язку з цим необхідно зазначити, що в цілому до попередніх договорів, як і до інших цивільно-правових договорів, повинні застосовуватися норми, включені до Глави 52 ЦК «Поняття та умови договору договору». Водночас залишається відкритим питання про те, чи можна однозначно робити висновок, що ухилення сторони від укладення основного договору являє собою звичайне порушення зобов'язання (договору) і повинно тягнути за собою відшкодування заподіяних збитків. Іншими словам, закон (у даному випадку ЦК України) не дає чіткої відповіді на питання, чи створює попередній договір обов'язок боржника, що відшкодував збитки, виконати зобов'язання в натурі.

У літературі досить одностайно вирішується питання щодо права кредитора про спонукання до укладення основного договору, незважаючи на те, що ЦК України прямо не передбачає права кредитора звернутися з вимогою про спонукання сторони, яка відмовилася, до укладення договору. При цьому звертається увага на те, що правове підґрунтя захисту вимоги кредитора щодо виконання в натурі зобов'язання за попереднім договором прямо закріплено нормами ГК України (ч. 3 ст. 182), згідно з яким: «у випадку якщо сторона,

яка уклала попередній договір, отримавши проект договору, ухиляється від укладення основного договору, інша сторона має право вимагати укладення такого договору в судовому порядку».

Крім цього, в літературі обґрунтовано позицію, згідно з якою «смисл попереднього договору полягає в прийнятті обов'язку укласти в майбутньому договір». При цьому зазначається, що «наявна в ЦК вказівка на те, що йдеться про укладення договору про передачу майна, виконання робіт або надання послуг, без будь-яких застережень підтверджує: практично попередній договір може передувати укладенню основного договору будь-якого типу (виду)».

М. І. Брагінський пояснює необхідність застосування конструкції попереднього договору потребами створення правового зв'язку між учасниками підписаного, але не укладеного реального договору, який не створює зобов'язання до вчинення реальної дії контрагента (державна реєстрація придбаної нерухомості, передача грошей в борг за договором позики тощо). Автор небезпідставно зазначає, що «якщо в усіх випадках, коли не може бути передано майно, виконані роботи або надані послуги «сьогодні», ніщо не перешкоджає укласти звичайний договір купівлі-продажу, підряду, оплатного надання послуг тощо, вказавши в ньому як строк виконання «завтра».

З наведеного випливає, що у випадку ухилення однієї зі сторін від укладення основного договору заінтересована сторона відповідно до положень цивільного законодавства про наслідки порушення умов правочину (п. 5 ст. 429 і п. 4 ст. 445 ЦК РФ) має право звернутися до суду з вимогою про спонукання сторони, яка відмовилася, до укладення договору.

Наведену точку зору підтримують й інші автори. Зокрема Є. В. Богданов також вважає, що у випадку відмови боржника (майбутнього орендодавця) від укладення договору оренди кредитор має право подати позов про спонукання укладення договору оренди, а не про розірвання правочину у зв'язку з порушенням його умов. При цьому зазначене правило пропонується тлумачити з урахуванням специфіки прав і обов'язків контрагентів основного договору. Зокрема звертається увага на ту обставину, що «не можна надати стороні за попереднім договором більший обсяг прав, ніж той, що вона буде мати за основним договором».

Подібну точку зору висловлюють автори одного з науково-практичних коментарів ЦК України. Зокрема зазначається, що «оскільки з попереднього договору виникає двостороннє зобов'язання сторін укласти основний договір, воно може бути реалізоване шляхом пред'явлення до сторони, яка ухиляється від укладення основного договору, вимоги (позову) до суду про спонукання її укласти до-

говір». При цьому В. В. Луць зазначає, що «крім того, сторона, яка необґрунтовано ухиляється від укладення договору, передбаченого попереднім договором, повинна відшкодувати другій стороні збитки, завдані простроченням, якщо інше не встановлено попереднім договором або актами цивільного законодавства (ч. 2 ст. 635 ЦК)».

З наведеним вище підходом можна погодитися лише частково з таких міркувань.

Дійсно, російське законодавство прямо передбачає поширення на попередній договір положень п. 4 ст. 445 ЦК РФ, згідно з якою заінтересована сторона має право звернутися до суду з вимогою про спонукання укласти договір. Однак зазначена норма поширюється лише на випадки, коли згідно з ЦК або іншими законами укладення договору є обов'язковим. Отже, подібне положення не поширюється на будь-які інші договори, укладення яких є добровільним. Таких договорів, як відомо, в цивільному праві більшість.

Крім того, є підстави вважати, що вимога про виконання зобов'язання з попереднього договору в натурі може бути пред'явлена лише у випадку, якщо попереднім договором прямо не передбачено умову, якою виключається вимога щодо спонукання укласти основний договір у майбутньому, та за наявності фактичної можливості такого виконання з боку боржника. В останньому випадку йдеться, зокрема, про ситуацію, що стосується укладення в майбутньому договору купівлі-продажу квартири, яка на момент настання строку виконання зобов'язання вже продана чи з інших підстав відсутня у володінні боржника (майбутнього продавця).

Проведений аналіз попереднього договору дає підстави для таких висновків.

1. Попередній договір є договором, який виконує функцію першого етапу в досягненні цілей, які ставлять перед собою сторони договірного зобов'язання.

2. Особливість попереднього договору полягає в можливості встановлення додаткових обмежень його реального виконання основного договірного зобов'язання.

Договір комерційної концесії. Сучасний майновий оборот у сфері зовнішньоекономічної діяльності опосередковується відповідними договорами, певна кількість яких регулює відносини економічного посередництва, що мають спільну спрямованість на надання послуг типу комерційної концесії, і які привертають увагу вчених і практикуючих юристів у контексті існуючих розбіжностей в оцінці поняття і сутності подібного роду договорів змішаного типу. Наведене є свідченням витребуваності наукових досліджень з цієї проблематики.

Глибокі наукові дослідження з цих питань проводилися фрагментарно і в контексті характеристики усталеного у цивілістиці поділу на певну класифікацію інститутів, які обслуговують відносини економічного посередництва. Низка питань з цієї проблеми розглядалася у наукових публікаціях вчених-цивілістів, однак переважно в контексті загально-теоретичної характеристики передбачених ЦК України інститутів, а не посередницьких договорів у цілому та сферою їх застосування (Г. В. Цират, Я. О. Сидоров та ін.). До цього часу недостатньо уваги приділяється важливим питанням правового регулювання зазначених договорів, пов'язаних із дискусійністю поширення на них норм суміжних з ними договорів про надання послуг, що пояснює необхідність системного підходу і осмислення зазначеної правової категорії у вітчизняному договірному праві.

Наведеним обумовлена мета наукових досліджень у цій сфері, яка полягає в проведенні аналізу поняття, видів і правової природи договорів типу комерційної концесії в зовнішньоекономічній діяльності й виявленні особливостей окремих видів зазначених правочинів.

У системі правочинів типу комерційної концесії важливе місце належить договору про надання виключних прав продажу, найменування якого не є усталеним і однаковим. У літературі країн романо-германської системи права частіше за все його називають договором про надання виключних прав продажу. У французькій, бельгійській і швейцарській літературі його також визначають як договір про комерційну концесію. В англо-американській доктрині зазвичай говориться про договір на виключне поширення товарів. Зазначені договори стали в окремих країнах предметом нормативного регулювання (зокрема, в США, Бельгії).

Договором такого роду, що укладається переважно з використанням типових форм (проформ), визначаються принципи і правила співробітництва сторін у ринкових операціях. Їх здійснення передбачає наступне підписання контрагентами самостійних угод на основі й у межах загальних положень зазначеного договору як «рамкової» угоди.

Останнім часом зазначені угоди переважно отримують назву договорів про комерційну концесію або про надання виключних прав. Практика укладення угод про комерційну концесію набула універсального характеру у зв'язку з її господарсько-економічними перевагами — спільного створення контрагентами налагодженого і стійкого механізму комерційної реалізації виробів. Про намагання контрагентів надати їй більш або менш постійного характеру свід-

чать і тривалі строки дії договорів, які досягають зазвичай 10—15 років.

Обов'язковим елементом договору про надання виключних прав є «умови про виключність». Продавець надає посереднику виключне право перепродажу надаваних товарів на визначеній у контракті території або визначуваній клієнтурі, тобто комерційну монополію, і відмовляється від проведення продаж своїми силами або через третіх осіб. Інколи він зобов'язується спеціально включати в контракти з іншими покупцями умову про відмову останніх від прямого або непрямого продажу куплених товарів на території дії права зазначеного посередника (заборона «паралельного імпорту»). Умова про виключність набуває іноді двостороннього характеру, коли посередник, зі свого боку, зобов'язується купувати визначені товари лише у даного постачальника.

У договорі визначається мінімальна квота товарів, яку розповсюджувач має періодично купувати у постачальника. Порушення цієї умови може стати підставою для розірвання договору. Крім того, включається умова про розмір передпродажних цін, що визначаються сторонами за домовленістю попередньо або для кожної угоди.

Сторони приймають на себе зобов'язання зі сприяння реалізації цілей договору. Розповсюджувач частіше за все зобов'язується: ***по-перше***, повідомляти продуценту інформацію маркетингового характеру; ***по-друге***, забезпечувати клієнтурі сервісні послуги; ***по-третє***, брати участь у рекламі товарів. Постачальник приймає на себе зобов'язання допомагати грошима контрагенту в обладнанні його торгових закладів, постачати рекламні й демонстраційні матеріали, надавати підтримку в створенні служб, навчанні персоналу тощо.

Істотним для відносин сторін є закріплення за продуцентом або оптовим торговцем права на фінансовий і комерційний контроль за діяльністю розповсюджувача.

У міжнародній торгівлі аналогічні відносини між продуцентом-експортером та імпортером-оптовиком регулюються договором про виключний імпорт. Його використання розглядається окремими фахівцями найбільш досконалим способом проведення експортних операцій на іноземних ринках. Монополія на ввезення товарів визнається відповідно за одним або кількома імпортерами із закріпленням її за кожним на території визначеної країни або континенту.

Незважаючи на схожість у цілому договірної практики з використовуваною на національному ринку, зазначений договір має й відмінності. У зв'язку з неоднаковими умовами експортних ринків при підготовці контрактів у міжнародній торгівлі рідко використовуються типові договори. Сторони зберігають більшу юридичну та

економічну незалежність, продуцент-експортер не займається розподілом своїх товарів за кордоном, не має можливості управляти і контролювати діяльність імпортера-оптовика.

Нерідко вводяться умови про взаємну виключність прав сторін на поставку і покупку товарів. Експортер зобов'язується не продавати товари — прямо чи опосередковано (непрямо) — іншим комерсантам, що знаходяться на «договірній території», а імпортер — не купувати у них аналогічні товари для перепродажу. Остання обставина обмежує, зрозуміло, імпортера, і великі фірми-оптовики зазвичай зберігають за собою можливість придбання товарів різних «марок» у кількох національних та іноземних постачальників.

З 70-х років XX ст. у США та інших країнах у комерційну практику ввійшов договір про франшизу, або комерційну концесію (франчайзинг). Етимологічно сам термін «франшиза» походить від французького слова «franchise» («франшиз») і означає «пільга», «привілей», «місце, де дозволено торгівлю», «право на пільгове підприємництво», а також «звільнення від податків, внесків». І в цьому випадку йдеться про продаж товарів так званому привілейованому покупцеві для подальшої їх комерціалізації на монопольних засадах в межах визначеної території.

Зазначений договір розглядається своєрідним способом просування товару на ринок, завдяки чому багато авторів відносять його також до агентських договорів. У цьому контексті Є. О. Суханов цілком слушно зазначає, що користувач виступає в майновому обороті цілком самостійно, однак у фактичних відносинах зі своїми контрагентами-споживачами немов би надіває маску правоволодільця, оформлюючи результати своєї діяльності його атрибутикою. Первинний правоволоділець не лише розширює кордони свого впливу без будь-яких додаткових витрат, але навіть отримує від цього прибуток (у вигляді плати від користувача).

В українському цивільному праві зазначені відносини регулюються переважно нормами ЦК України про договір комерційної концесії (статті 1115—1129), згідно з яким одна сторона (правоволоділець) зобов'язується надати другій стороні (користувачеві) за плату право користування відповідно до її вимог комплексом належних цій стороні прав із метою виготовлення та (або) продажу певного виду товару та (або) надання послуг.

ЦК України (ст. 1116) предметом зазначеного договору визнає належне правоволоділью право на використання об'єктів права інтелектуальної власності, спрямованих насамперед на індивідуалізацію продукції (робіт, послуг), а також комерційного досвіду та ділової репутації.

У доктрині під предметом договору небезпідставно розуміють «передбачені ним дії, які повинна виконати зобов'язана сторона (чи зобов'язані сторони)», що дає підстави розуміти під предметом договору комерційної концесії «дії з надання в користування франшизи як комплексу виключних та інших прав (навчання, консультації тощо)», необхідних для виробництва та (або) реалізації товару (послуг).

Предмет договору комерційної концесії умовно поділяють на дві складові частини: ліцензійну і неліцензійну у вигляді умов щодо співробітництва сторін.

У ліцензійній частині сторони домовляються про обсяг прав на конкретні об'єкти права інтелектуальної власності, користування якими надається користувачеві, від складу яких залежать дії, що необхідно виконати зобов'язаній стороні. Для надання прав на використання комерційного найменування достатньо вказати на це в договорі, оскільки сам договір комерційної концесії є дозволом на використання цього результату творчої діяльності в межах і способом, зазначеними у договорі. Право користування комерційним найменуванням зазвичай є ключовим об'єктом договору комерційної концесії, оскільки сутність франчайзингу полягає в наданні користувачу права виступати на ринку з франшизою під ім'ям правоволоділься і користуватися його діловою репутацією. Для надання прав на використання торговельних марок необхідно укладати окремі ліцензійні угоди відповідно до Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг», що вимагає укладання ліцензійної угоди на кожний знак.

Наступну групу об'єктів і обов'язковий елемент ліцензійної частини предмета договору комерційної концесії становить надання права користування системою організації і ведення бізнесу.

У цьому контексті під бізнесом розуміється конкурентоспроможна, розроблена і перевірена на практиці правоволоділець система організації і ведення певної підприємницької діяльності, що ґрунтується на незапатентованій і документально оформленій конфіденційній комерційній, організаційній і технічній інформації стосовно секретів виробництва, технічного досвіду, правил експлуатації, рецептів, технологічних і монтажних схем та іншої цінної науково-технічної й комерційної інформації, необхідної для виробництва, впровадження технологічного процесу, організації на належному рівні визначеного виду товару, послуг та (або) успішної їх реалізації.

Незважаючи на визнання ЦК України комерційного досвіду і ділової репутації елементом предмета договору комерційної концесії, останні не належать до самостійних об'єктів виключних прав інте-

лектуальної власності, оскільки механізм їх передачі можливий лише як складових елементів об'єктів права інтелектуальної власності, яким правова охорона надана законом. Вони виступають залежними від основних об'єктів елементами предмета договору, оскільки «об'єктивною формою їх відображення може бути інформація у вигляді різних інструкцій, описів, послуг з навчання, консультацій».

Другу частину предмета договору комерційної концесії становить неліцензійний елемент франшизи, зміст якої становлять умови щодо співробітництва сторін. Зазначені умови договору щодо співробітництва є двоступеневими, що знаходить відображення, по-перше, в обов'язку правоволодільця (франчайзера) надати необхідні послуги зі впровадження і використання прав на об'єкти інтелектуальної власності в підприємницькій діяльності, у тому числі провести достатню початкову підготовку користувача франшизи, а за необхідності — і його службовців, по-друге, у контролі з боку правоволодільця (франчайзера) за якістю продукції користувача (франчайзера) і дотриманням ним стандартів з експлуатації, а також за дотриманням умов схоронності конфіденційної інформації.

Специфікою цього договору обумовлена наявність і низки обмежень, які можуть бути включені сторонами в договір. До них, зокрема, належать умови про виключний територіальний характер права, що передаються, зобов'язання не здійснювати на договірній території конкуренції з праволодільцем. З урахуванням вимог вільного ринку визнаються нікчемними такі умови, які обмежують права сторін за цим договором, у силу яких правоволоділець має право визначати ціну продажу товару користувачем або ціну робіт (послуг), що виконуються (надаються) користувачем, або встановлювати верхню чи нижню межу цих цін; користувач має право продавати товар, виконувати роботи або надавати послуги виключно певній категорії покупців (замовників), що мають місце знаходження (місце проживання) на визначеній договором території.

У літературі звертають увагу на особливість договору комерційної концесії, з якої випливає й особливе правило про відповідальність правоволодільця: він несе субсидіарну відповідальність за вимогами, які пред'являються до користувача, про невідповідність якості товарів (робіт, послуг), які продаються (виконуються, надаються) користувачем за договором комерційної концесії, а за вимогами, які пред'являються до користувача як виробника продукції (товарів) правоволодільця, правоволоділець відповідає солідарно з користувачем.

У доктрині європейських країн договір про франшизу зазвичай розглядається як «контрактна ліцензія, видана однією особою (фран-

чайзером) іншій особі (франчайзі), ...що надає дозвіл або зобов'язує франчайзі здійснювати протягом дії франшизи певну діяльність, використовуючи специфічне найменування, що належить франчайзеру або з ним асоціюється; надає право франчайзеру здійснювати контроль протягом періоду франшизи щодо якості ведення бізнесу, який є предметом франчайзингового договору; не є звичайним правочином, що укладається холдинговою компанією і дочірніми або між дочірніми компаніями однієї холдингової компанії або між приватною особою і компанією, діяльність якої контролюється такою особою».

Найбільш характерними ознаками франчайзингу, ідентичними для американської та європейської моделей, виступають: розроблена система ведення бізнесу, торговий імідж, передача права, платежі. Зокрема, це передбачає договірне оформлення, наявність ефективної системи здійснення бізнесової діяльності, що ідентифікується з іміджем франчайзера та втілюється у товарному знаку або фірмовому найменуванні, передача права на ведення бізнесу, здійснення з боку франчайзера контролю за веденням бізнесу, виплата винагороди, навчання організації підприємництва.

Зазначений договір ґрунтується на взаємозв'язку контролю з пільгами, який полягає в тому, що, погоджуючись на контроль із боку франчайзера з багатьох питань організації та ведення бізнесу, підприємець набуває певних переваг, оскільки це надає йому можливість скористатися багаторічною бізнесовою практикою іншого підприємця та здобути готовий досвід у цих найважливіших сферах.

Окремі види зазначеного договору (наприклад, товарний франчайзинг) передбачають закупівлю у франчайзера (патентоволодільця) відповідних товарів з метою їх продажу безпосередньо споживачам. У цій частині до договору про франчайзинг мають застосовуватися норми договору купівлі-продажу. Складовою частиною договору виробничого франчайзингу є договір поставки. У цьому випадку франчайзі виробляє продукцією за технологією, переданою франчайзером, з використанням матеріалів і комплектуючих, що поставляються франчайзером або іншим постачальником (за погодженням із франчайзером). Договір поставки може бути складовою частиною франшизи (франчайзи) на надання послуг (наприклад, обслуговування й ремонт побутової техніки, автомобілів тощо), оскільки в даному випадку також виникає необхідність у поставці матеріалів і комплектуючих виробів.

Останнім часом стали з'являтися договори франчайзингу, що мають у своєму складі елементи лізингу, що ґрунтуються на лізингу єдиних майнових комплексів (франчайзингова мережа невеликих

магазинів, якою володіють франчайзі на підставі договору лізингу чи сублізингу) і розглядається як частина франчайзингового договору.

Отже, договір франчайзингу є самостійним видом договору, який залежно від типу та цілей конкретного виду (форми), може містити елементи договорів оренди, лізингу, купівлі-продажу.

Наведене вище свідчить, що специфіка договору про франшизу полягає в тій комерційній чи організаційно-господарській допомозі контрагента з просування товару та/або послуг, яка покладається на продуцента або оптового продавця. Останній зобов'язується надавати покупцю комерційну інформацію про методи реалізації товарів та/або послуг і надавати його допомогу в організації торгового промислу. Важливим є також надання продавцем ліцензії на використання свого товарного знаку, фірмового найменування, вивіски та інших елементів (абревіатури фірми, символів, фірмового стилю тощо). Незмінним є зберігання продавцем за собою права контролю за діяльністю контрагента.

Укладення оптовими продавцями договорів про франшизу з роздрібними торговцями веде до створення розгалуженої торгової мережі. Так, у Франції в кінці 80-х років минулого століття на цих принципах діяли понад 200 «об'єднань», що охоплювали 30 тис. фірм, на які припадало 9% усього обороту роздрібної торгівлі. В міжнародній комерційній практиці франчайзинг з'явився в США в 30-ті роки XX ст. за ініціативою спочатку Ховарда Джонсона, а потім у системі магазинів Вулфорса і в 50-ті роки досягнув у цій країні найвищого розвитку. На основі цього договору працюють такі відомі фірми, як Кентакі Фрайд Чікен, Бургер Кінг, Піцца Хат, Холідей Інн, Шератон тощо. У Франції зазначений договір з'явився, починаючи з 20-х років минулого століття, коли функціонувала добре відома мережа магазинів Прізюнік, Пронунція. Діяльність із франчайзингу будується або шляхом створення системи торгових товариств, або шляхом оформлення договірних зв'язків. Окрім законодавчого регулювання, Європейською асоціацією франчайзингу прийнято Кодекс принципів і стандартів поведінки (Code of Priciples and Standarts of Conduct). УНІДРУА розроблено Керівництво з організації міжнародної мережі комерційної концесії франчайзинга — Guide to International Master Franchise Arrangements. UNIDROIT. Rome, 19982. В рамках Європейського союзу 30 листопада 1988 р. було прийнято Регламент 4087/88 про застосування ст. 85 (3) Римського договору щодо категорії угод про франчайзинг. У сучасний період діє прийнятий Комісією 22 грудня 1999 р. Регламент № 2790/1999 про застосування ст. 81.1 Консолідованої версії Договору про ЄС щодо категорії вертикальних угод та узгодженої практики. В міжнародній практиці

виділяють п'ять видів угод про франчайзинг: прямий франчайзинг; франчайзинг через філію або дочірнє підприємство; угода про просування в даній галузі; мастер-угода про франчайзинг; франчайзинг через спільне підприємство.

Договір факторингу. Сучасний цивільний оборот послуг характеризується спеціалізацією їх надання з боку професійних послугонадавачів із метою найповнішого задоволення інтересів отримувачів таких послуг.

Одним із видів договорів про послуги, що надаються професійними послугонадавачами є договір факторингу, покликаний врегулювати відносини економічного посередництва, науково обґрунтований аналіз яких має важливе теоретичне і практичне значення з урахуванням неоднозначних підходів щодо поняття і сутності зазначеного договірного типу. Наведене свідчить про актуальність наукових досліджень з цієї проблематики.

Глибоких наукових досліджень з цих питань бракує. Низка питань з цієї проблеми розглядалася на рівні наукових статей вчених-цивілістів, однак, переважно, в контексті загально-теоретичної характеристики передбачених ЦК правових інститутів (І. А. Безклубий, В. А. Бєлов тощо). До цього часу недостатньо уваги приділяється важливим питанням правового регулювання договору факторингу стосовно його змісту та природи, що пояснює необхідність системного підходу і осмислення зазначеної правової категорії у вітчизняному договірному праві.

Наведеним обумовлена мета наукових досліджень із цих питань, яка полягає у вивченні поняття, правової природи і виконання договору факторингу.

Значне поширення з початку 60-х років XX ст. на ринку США та інших країн отримали спеціалізовані організації з надання послуг у сфері розрахункових та інших комерційних операцій — фірми з факторингу, юридичною підставою якого є договір факторингу.

Віднесення договору факторингу до групи правочинів дилерського типу найбільш виразно проявилося в еволюції формування факторингових операцій.

Виникнення факторингових операцій історично пов'язують із створенням у Великій Британії у XVII ст. фінансової установи — Будинку факторів (House of Factors). У той час великі європейські торгові доми мали свої представництва в колонії-факторії, що очолювали фактори (торгові посередники зі збуту товарів на незнайомих виробникам ринках). На фактора, який знав товарний ринок, платоспроможність покупців, закони і торговельні порядки певної краї-

ни, покладалося завдання пошуку надійних покупців, збереження і збуту товару, а також наступного інкасування торгового виторгу.

Подальше активне використання факторингових операцій спостерігається наприкінці XIX ст. у США. В цей період фактори виступали агентами («агенти-делькредере») європейських постачальників продукції (одягу та текстилю), які згодом почали виконувати й функцію фінансування постачальника.

У вітчизняній правозастосовній практиці договір факторингу тривалий час (до кінця 90-х років XX ст.) використовувався переважно як цесія, оскільки відступалася лише прострочена дебіторська заборгованість. Факторингове обслуговування носило характер рахових угод без забезпечення комплексу страхових, інформаційних, облікових, консалитнгових та інших послуг, що в цілому відповідало тогочасним уявленням про факторинг і загально-світовим стандартам вчинення факторингових операцій.

На той період найбільш адекватне і близьке до економічної природи факторингових відносин поняття цієї конструкції знайшло відображення в постанові НБУ «Про заходи щодо реалізації Програми реформування бухгалтерського обліку і звітності Національного банку України і комерційних банків України» від 21 листопада 1997 р. № 388, в якій зазначається, що факторинг — це різновид торговельно-комісійної опепації, яка поєднується з кредитуванням оборотного капіталу клієнта. Водночас подібне формулювання має переважно економічний підтекст і не містить достатньо чітких ознак факторингу як юридичної конструкції, що не давало можливості банківським установам комплексно, на належному професійному рівні надавати зазначений вид фінансових послуг дилерського типу.

У сучасний період цивільно-правове регулювання факторингових операцій в Україні здійснюється главою 73 «Факторинг» ЦК України, іншими актами цивільного законодавства, які складені з урахуванням норм міжнародно-правового документа з питань факторингу — Конвенції УНІДРУА про міжнародний факторинг (Оттава, 28 травня 1988 р.).

Конвенція про міжнародний факторинг була розроблена Міжнародним інститутом з уніфікації приватного права (УНІДРУА) і прийнята на дипломатичній конференції в Оттаві в травні 1988 р. як конвенція Організації Об'єднаних Націй. На 7 січня 2002 р. конвенція підписана 14 державами і ратифікована Угорщиною, Італією, Латвією, Нігерією, ФРН та Францією.

Положення зазначеної Конвенції поки не ратифіковані Україною, однак враховувалися при розробці ЦК України. Відповідно

мала місце непряма уніфікація правил про міжнародний факторинг.

У статті 1 Конвенції зазначається, що для цілей даної конвенції договір факторингу означає договір, який укладається однією стороною — постачальником з другою стороною — фактором про те, що продавець (постачальник) передає фактору вимоги, які випливають із договорів міжнародної купівлі-продажу товарів, укладених між постачальником та його боржниками із зазначених договорів.

Згідно з положеннями Конвенції, вона не поширюється на передачу вимог за договорами, згідно з якими товари набуваються для особистих, сімейних або інших побутових потреб. Іншими словами, Конвенція має на увазі лише договори, які укладаються в підприємницьких цілях.

Конвенція (ст. 1) встановлює імперативні правила щодо предмета договору міжнародного факторингу. Зазначений договір повинен включати, як мінімум, дві операції з таких, як:

а) фінансування постачальника, включаючи надання йому авансів і кредитів;

б) бухгалтерська обробка рахунків постачальника, які належать до грошових вимог, що стали предметом поступки вимоги;

в) отримання виручки з боржників;

г) захист інтересів постачальника у зв'язку з неспроможністю його боржників.

Характерно те, що Конвенція не містить вимог, щоб конкретна грошова вимога, яка є предметом договору, обов'язково вказувалась у договорі; достатньо, щоб грошова виручка за переданими вимогами могла бути певним чином ідентифікована як така, що належить до даного договору факторингу на момент укладення договору або на момент, коли вона фактично виникає.

Значення зазначеної Конвенції для вітчизняного законодавства полягають в тому, що її положення майже в повному обсязі були враховані при підготовці норм ЦК України про договір факторингу як правової форми опосередкування факторингових відносин.

Поняття зазначеного договору закріплено в ст. 1077 ЦК України, згідно з якою за договором факторингу (фінансування під відступлення права грошової вимоги) одна сторона (фактор) передає або зобов'язується передати грошові кошти в розпорядження другої сторони (клієнта) за плату, а клієнт відступає або зобов'язується відступити факторові своє право грошової вимоги до третьої особи (боржника). Клієнт може відступити факторові свою грошову вимогу до боржника з метою забезпечення виконання зобов'язання клієнта перед фактором. У силу ч. 2 зазначеної вище статті ЦК

зобов'язання фактора за договором факторингу може передбачати надання клієнтові послуг, пов'язаних із грошовою вимогою, право якої він відступає.

У доктрині договір факторингу розглядається самостійним двостороннім, оплатним, диспозитивно реальним або консенсуальним цивільним правочином з надання фактором комплексних послуг із фінансування клієнта грошовими коштами під зобов'язання відступлення його права грошової вимоги до боржника.

Правова природа факторингу оцінюється в теорії неоднозначно і є предметом дискусій. Зазвичай факторинг розглядається як складна конструкція, яка може поєднувати у собі елементи договорів позики, кредиту, депозиту, договору оплатного надання фінансових послуг тощо.

На думку В. Бєлова, фінансування під відступлення права грошової вимоги є абстрактною угодою, на відміну від уступки права вимоги, яка є каузальною. Він розглядає факторинг як комплексний договір, елементом якого є цесія. Підставою цесії є отримання цедентом грошей від цесіонарія на строковій і зворотній основі.

Л. Єфімова цілком справедливо обґрунтовує каузальний характер факторингу, оскільки виконання фінансування під відступлення права грошової вимоги однією зі сторін залежить від зустрічного надання іншої.

Певне поширення в літературі отримала позиція, яка ґрунтується на визнанні факторингу різновидом позиково-кредитних операцій, в яких зобов'язання фінансового агента передати гроші (надати фінансування) будується за моделлю договору позики або кредитного договору. При цьому Є. О. Суханов зазначає, що відступлення грошової вимоги, яка здійснюється у межах цього договору, у будь-якому варіанті виконує роль способу забезпечення виконання зобов'язань клієнта перед фінансовим агентом.

Розуміння факторингу як різновиду позиково-кредитного правочину небезпідставно піддається справедливій критиці, оскільки йдеться про здійснення повернення грошової суми не клієнтом, а його боржником, і при цьому грошова сума за вимогою не завжди збігається з сумою фінансування.

Більш адекватне правовій природі факторингових відносин поняття докторингу сформульовано Л. Єфімовою, яка розглядає зазначений договір самостійною цивільно-правовою конструкцією, мета якої — надати клієнту грошові кошти у власність із зобов'язанням повернення у вигляді відповідних перерахувань від відступлених прав вимоги.

Схожої позиції дотримується І. А. Безклубий, який визначає договір факторингу як самостійний, консенсуальний, двосторонній,

відплатний цивільний правочин із надання фактором комплексних послуг із фінансування клієнта грошовими коштами під зобов'язання відступлення його права грошової вимоги до боржника.

На нашу думку, договір факторингу можна віднести до групи договорів про передачу права посередницького типу, що сформувався у самостійний вид договору шляхом його трансформації зі змішаної за характером угоди, в якій разом із поступкою вимог (цесією) і кредитуванням містяться зобов'язання щодо фінансового обслуговування фактором клієнта.

За допомогою зазначеного договору регулюються відносини факторингу як виду фінансової послуги, що надається переважно комерційними банками і складається з сукупності банківських операцій у вигляді багаторазових угод, що в сукупності становлять своєрідну кредитну лінію. Українське банківське право розглядає послуги з факторингу як різновид «банківських операцій, спрямованих на виконання банком його базових функцій шляхом надання кредиту», на які поширюються загальні вимоги законодавства про надання фінансових послуг. Наведений підхід видається не зовсім точним, оскільки не дає можливості виступати фактором небанківським фінансовим установам, що прямо передбачено в нормі ст. 1077 ЦК України. У зв'язку з цим точнішим видається визнання послуги з фінансування під передачу грошової вимоги небанківською фінансовою послугою. Зокрема, російське банківське право слушно розглядає факторинг як небанківську послугу, яка може надаватися банками, якщо їх банківська ліцензія це дозволяє. Інша справа, що фактично послуги фінансування під передачу грошової вимоги можуть надавати лише банки. Незважаючи на передбачене ЦК України право займатися факторинговими послугами будь-якому фінансовому агенту-фінансовій установі, на даний момент відсутня передбачена законодавством процедура ліцензування таких агентів у силу обмеженості доступу до фінансової інформації про боржників, не самим кращим станом фінансових документів більшості учасників зобов'язань, що фінансуються через факторинг, та інших чинників, викликаних нерозвиненістю інфраструктури та обсягів ринку небанківських послуг із факторингу і прогалин нормативного регулювання зазначених відносин.

При наданні факторингових послуг необхідне дотримання спеціальної процедури. Для постачальника відкривається спеціальний рахунок на балансовому рахунку банку «Розрахунки по факторинговим, форфейтинговим операціям», куди в майбутньому надійдуть платежі боржників (дебіторів) за поставкою. Фінансування і перерахування залишків коштів може здійснюватися до будь-якого банку,

що буде зазначений у договорі про факторингове обслуговування поставки товарів (послуг). У межах договору постачальник має можливість передавати фактору нових контрагентів — дебіторів — і здійснювати на їх адресу поставку.

Факторинг є багатоцільовою угодою, що містить елементи торгово-комісійної операції, фінансування та цесії, серед яких поступка грошової вимоги (цесія) становить юридичну сутність факторингу. Однак під факторингом не варто розуміти лише дисконтування рахунків-фактур, оскільки факторинг у порівнянні з цесією має значно складніший характер. Факторинг є способом опосередкування надання посередницьких послуг із проведення фінансово-розрахункових операцій між учасниками цивільно-правових угод, що передбачають також надання інших послуг комерційного характеру.

Зазвичай факторинг є складною операцією, до якої може входити і надання клієнту послуг, пов'язаних з грошовою вимогою, правом на яку він поступається. Це можуть бути, наприклад, інформаційні, юридичні або бухгалтерські послуги — консультування з питань застосування податкового законодавства при експорті-імпорті, рекомендації бухгалтерів фактора, інші подібні послуги. Функції договору факторингу не обмежуються лише поповненням обігових коштів кредитора, що володіє правом вимоги. Факторинг може бути використаний і як засіб вирішення корпоративного конфлікту, якщо над боржником намагається встановити контроль інший суб'єкт господарської діяльності шляхом масового скуповування зобов'язань боржника. При цьому має місце покупка грошових вимог до боржника, а потім — одночасне пред'явлення цих виплати до оплати. В такому випадку борги підприємства, придбані фактором, можуть бути використані останнім для вчинення тиску на органи управління підприємства-боржника, його власників. Фактором впливу є постійна можливість порушити справу про банкрутство боржника і здійснювати контроль над діяльністю боржника за допомогою комітета кредиторів та арбітражного керуючого.

У відносинах факторингу можна виділяти їх учасників та сторони договору факторингу. Сторонами договору факторингу виступають фактор і клієнт. Фактором може бути лише банк або фінансова установа, що визнається такою відповідно до Закону України «Про фінансові послуги і державне регулювання ринку фінансових послуг».

Учасниками договору факторингу виступають: постачальник товарів або послуг (продавець), фактор (фірма-посередник) і набувач товарів або послуг (покупець)-боржник. Наприклад, виробник продукції — меблева фабрика бажає придбати пиломатеріали, паркет тощо, однак обігових коштів для цього в даний момент недостатньо.

В такому випадку зазначений виробник може просто продати свою дебіторську заборгованість (тобто право вимоги) фактору і отримати гроші для покупки необхідних матеріалів вже зараз. Якщо виробник (наприклад меблева фабрика), що знаходиться в Україні, продала товар в Росію, то вона має протягом 90 днів отримати за цей товар гроші. У випадку, якщо зазначений продавець продукції уклав договір факторингу з банком, останній має перерахувати гроші на розрахунковий рахунок виробника, а російський продавець (боржник) повинен перераховувати гроші за товар в Україну не продавцю товару, а українському банку (фактору).

Клієнт (виробник продукції чи послуг) також може використати належну йому грошову вимогу до боржника як заставу при виконанні свого зобов'язання перед фактором, що актуально при кредитуванні фактором-банком свого клієнта відповідно до умов кредитного договору. Зокрема, в силу дороговизни базового обладнання виробник продукції може придбати зазначене обладнання зазвичай лише шляхом отримання в банку кредиту, забезпеченням якого можуть виступати не виробничі будівлі чи споруди самого виробника, а застава права грошової вимоги до боржника такого виробника.

Наведене свідчить, що в сфері міжнародної торгівлі факторинг можна розглядати як спосіб придбання, належного забезпечення фінансованих банком (фактор-компанією) вимог експортера та їх інкасацію. В основному факторинг застосовується при експорті споживчих та серійних товарів із розстрочкою платежу на 90—120 днів.

Договір факторингу дійсний незалежно від наявності угоди між клієнтом і боржником про заборону відступлення права грошової вимоги або його обмеження. Однак ч. 2 ст. 1080 ЦК України передбачає, що в такому випадку клієнт не звільняється від зобов'язань або від відповідальності перед боржником у зв'язку з порушенням клієнтом умов про заборону або обмеження права грошової вимоги. Тому боржник у договорі з кредитором (клієнтом) може передбачити таку відповідальність за порушення кредитором (клієнтом) зобов'язання не передавати право грошової вимоги третім особам на таких умовах, що клієнту передавати такі вимоги буде просто невигідно.

У силу основного функціонального призначення і особливостей структури договір міжнародного факторингу має «рамковий» характер, оскільки встановлює загальну суму операцій та/або строк їх проведення, в межах яких фірма-фактор зобов'язується приймати конкретні доручення від постачальника на отримання від покупців платежів проти передачі товаророзпорядчих документів. З економічної точки зору здійснюється «покупка» документів фірмою-фактором з негайною їх оплатою постачальнику товарів та/або послуг,

а юридично ця операція оформлюється як поступка прав вимоги до покупця (своєрідна суброгація). Фірма-фактор має право, однак, відмовитися прийняти доручення після попереднього вивчення фінансового стану потенційного клієнта. Винагорода визначається загальною комісією за саму послугу (2—3% від вартості угоди) і вартістю кредитування постачальника до строку оплати рахунка клієнтом (у наступні роки — від 6,5 до 13%).

Вигода для постачальника полягає в негайному і гарантованому отриманні сум, що перетворює продаж на строк на продаж за готівковий розрахунок, і знятті з себе всіх комерційних ризиків недоотримання платежу. Оскільки фірми-фактори добре знають умови ринку і клієнтуру, то надають одночасно й інші послуги (зокрема, надання інформації про стан ринку і становище можливих клієнтів, здійснення реклами і транспортних операцій, ведення судових справ тощо). Фактор стає комерційним радником продуцента, а його послуги мають характер фінансових послуг. Не випадково, що вартість послуг з факторингу перевищила в розвинених країнах багато сотень мільярдів доларів, а самі відносини стали предметом міжнародно-правового регулювання (зокрема, цим питанням присвячена Конвенція про міжнародне посередництво (факторинг), підписана 28 травня 1988 р. в Оттаві).

Міжнародні операції такого роду проводяться через іноземні фірми-фактори, що виконують доручення з інших країн, і в сучасний період на міжнародному фінансовому ринку факторингових послуг існує значна кількість свого роду ланцюжків, пов'язаних кореспондентськими угодами різнонаціональних організацій, що взаємно виконують доручення з факторингу.

Існують кілька класифікацій міжнародного факторингу залежно від критеріїв такого поділу. Залежно від того, хто несе ризик неплатоспроможності боржника, виділяють дві форми факторингу — повний факторинг (non-recourse factoring) і неповний факторинг (recourse factoring).

При повному факторингу фактор остаточно набуває боргу клієнта, а у випадку невиплати боржником боргу фактор не має грошових претензій до клієнта. Має місце так званий перехід ризику неплатоспроможності боржника. Повний факторинг застосовується, коли боржник — велика і відома фірма зі стабільною економічною ситуацією. Такою фірмою може бути, наприклад, найбільший шведський виробник меблів IKEA. При неповному факторингу клієнт погоджується передати фактору право грошової вимоги до боржника без прийняття фактором ризику неплатоспроможності боржника. Тобто при невиплаті боржником боргу клієнт зобов'язаний повернути отримане від фактора фінансування. В останньому випадку йдеться

про своєрідну передачу права власності під відкладальну умову зворотного повернення предмета надання у разі настання ризику у вигляді невиплати боржником боргу, профінансованого через фактора.

Залежно від кількості задіяних факторів виділяють двофакторний і однофакторний факторинг (прямий імпортний і прямий експортний).

Двофакторна система передбачає участь у факторингових операціях двох факторів, один з яких знаходиться в країні експортера, інший — в країні імпортера. Механізм діяльності цього виду факторингу полягає в тому, що експортер передає право грошової вимоги імпорт-фактору, який знаходиться в країні експортера. Останній, у свою чергу, укладає факторинговий договір із фактором у країні імпортера і передає йому право грошової вимоги. При цьому фактично укладаються два факторингових договори: 1) між експортером і експорт-фактором; 2) між експорт-фактором та імпорт-фактором. Експорт-фактор фінансує експортера, імпорт-фактор розпоряджається правом грошової вимоги, отриманим від експорт-фактора. Імпорт-фактор перевіряє платоспроможність імпортера, стягує борг з імпортера в судовому порядку при невиконанні останнім вчасно грошової вимоги. Потім імпорт-фактор переводить отримані грошові кошти на рахунок експорт-фактора.

Здійснення факторингових операцій в рамках системи двох факторів (двофакторна модель) передбачає проходження певних формально визначених етапів, до яких, зокрема, належать: забезпечення запиту ліміта (забезпечення ризиків); поставка / розсилка фактури; фінансування; оплата.

У першу чергу експортер інформує свого експорт-фактора про суму, що підлягає забезпеченню. Останній запитує в імпорт-фактора необхідний ліміт. Імпорт-фактор перевіряє грошові позиції імпортера і надає експорт-фактору гарантії. Після цього експорт-фактор інформує експортера про дозвіл на ліміт. Потім проводиться «продаж» документів. У подальшому експортер поставляє товар або послугу і передає копію рахунку експорт-фактору, який відсилає її імпорт-фактору. Одночасно з направленням товару експортер відсилає імпортеру рахунок із позначеннями про поступку.

Після поставки товару (послуги) експорт-фактор забезпечує фінансування експортера до 70—90% повної первинної фактурної ціни. Після цього імпортер проводить 100%-й платіж імпорт-фактору, а той переводить отриману суму експорт-фактору. Нарешті, експорт-фактор відсилає експортеру непрофінансований залишок вимог за вирахуванням вартості факторингових послуг.

Імпорт-фактор приймає на себе ризики імпортера, контролює його платоспроможність, гарантує експорт-фактору оплату товару,

що поставляється експортером. У випадку, коли імпортер не оплачує придбаний товар, імпорт-фактор платить за нього.

Експорт-фактор є відповідальним за ризики, пов'язані з поставкою товару експортером. За необхідності кредитує експортера, не очікуючи отримання оплати від імпортера або імпорт-фактора.

Однофакторний факторинг може бути прямим експортним або прямим імпортним. Прямий імпортний факторинг (direct import factoring) передбачає передачу експортером права грошової вимоги до імпортера фактору, який знаходиться в країні імпортера. Прямий експортний факторинг (direct export factoring) є різновидом факторинга, за якого експортер передає право грошової вимоги фактору, який знаходиться в його власній країні.

Проведений аналіз договору факторингу дає підставу для таких висновків.

1. Договір факторингу є самостійним двостороннім, оплатним, диспозитивно реальним або консенсуальним цивільним правочином із надання фактором комплексних послуг із фінансування клієнта грошовими коштами під зобов'язання відступлення його права грошової вимоги до боржника.

2. За своєю економічною природою факторинг є способом придбання, належного забезпечення фінансованих банком (фактор-компанією) вимог клієнта (експортера тощо) та їх інкасацію.

3. Договір факторингу належить до групи договорів про передачу права посередницького типу, що сформувався у самостійний вид договору шляхом його трансформації зі змішаної за характером угоди, в якій разом із поступкою вимог (цесією) і кредитуванням містяться зобов'язання щодо фінансового обслуговування фактором клієнта.

4. Факторинг є багатоцільовим правочином із надання посередницьких послуг щодо проведення фінансово-розрахункових операцій, які містять елемент торгово-комісійної операції, фінансування та цесії, серед яких поступка грошової вимоги (цесія) становить юридичну сутність факторингу.

§ 3. Нетипові договори

Дилерські договори. *Поняття дилерських договорів як правової форми посередництва*. Важливу роль у системі угод про розміщення та відносини економічного посередництва відіграють дилерські договори.

Відносини реалізації товарів та/або послуг юридично можуть опосередковуватися договорами між виробниками і споживачами

або за участю економічних та юридичних посередників, що діють в інтересах виробників та/або споживачів «з метою створення умов для виникнення нових правовідносин у сфері підприємницького обороту».

Угоди юридичного та економічного посередництва становлять окремі форми інституту посередництва, які не можна ототожнювати одна з одною, кожна з них має істотні відмінності, що, однак, не виключає одночасної присутності елементів цих форм в одному договорі.

Юридичними посередниками виступають особи, які лише сприяють двом учасникам відносин в укладенні договору, але не підписують його і не стають стороною підготовленої ними чи за їх участі угоди. Посередники з такими обмеженими повноваженнями, що діють, зазвичай за окремими дорученнями, іменуються в українському праві агентами, комерційними посередниками, експедиторами, у німецькому праві — маклерами, в англо-американському — брокерами, у французькому — куртьє. Маклерські, або брокерські, операції з підготовки угоди зводяться до надання підприємцю комерційної інформації про стан ринку, до пошуку контрагента і ведення з ним переговорів з урахуванням отриманих специфікацій, прейскурантів та інших матеріалів, до складання проекту угоди і супроводження кожної зі сторін підписаного контрагентом оригіналу, доставці сторонам завантажувальних інструкцій і перевірці відвантажувальних інструкцій, внесенню платежів за товари тощо.

Способом комерційної реалізації товарів та/або послуг, що передбачає встановлення переважно тривалої юридико-економічної пов'язаності всіх учасників зазначених відносин, виступають угоди економічного посередництва, що становлять юридичні форми інституту посередництва.

У радянській цивілістиці посередництво розглядалося як в економічному, так і в юридичному значенні. З економічної точки зору, посередництвом є встановлення будь-якого економічного зв'язку між двома або більше особами за допомогою третьої. Тому з економічної точки зору будь-яка особа, що сприяє налагоджуванню економічних зв'язків, може визнаватися посередником, що не зовсім співпадає з розумінням цього терміна в юридичній науці.

У юридичному розумінні термін «посередництво» прийнято розглядати у вузькому та широкому значенні. У вузькому значенні — це діяльність посередника, яка срямована лише на сприяння в укладенні угод на підставі умов, створених безпосередньо контрагентами (просте посередництво). Зазвичай фігура такого посередника розглядається в юридичній літературі шляхом його порівняльно-пра-

вового аналізу з представником, а їх розмежування здійснюється за юридичним критерієм. У цьому контексті В. А. Рясенцев цілком слушно звертав увагу, що якщо представник укладає правочини від імені особи, яку він представляє (тобто виступає замість неї), то посередник не усуває особистої діяльності тих, кому він надає сприяння, а його безпосередня діяльність не призводить до встановлення правовідносин між двома особами, які можуть виникнути лише завдяки самостійним діям контрагентів.

У літературі навіть обґрунтовано класифікацію різних видів фактичної співучасті, головна ознака якої, на думку Н. О. Нерсесова, полягає в тому, що посередник лише спрямовує волю принципала; тобто фактичний співучасник передає, висловлює чи виконує лише волю інших осіб, а не власну. Представник же укладає угоду самостійно, вислювлюючи власну волю, що має юридичні наслідки для особи, яку він представляє.

Значного поширення отримала пропозиція А. Ф. Сохновського, який наполягав на виділенні окремого інституту торговельного посередництва, куди включав: просте посередництво, діяльність повіреного та комісіонера, а також посередництво в оптовій торгівлі при реалізації фондів. При цьому сам інститут торговельного посередництва визначався як сукупність правових норм, що регулюють діяльність уповноважених державою соціалістичних організацій та підприємств з надання учасникам цивільного обороту оплатних послуг при укладенні та виконанні цивільно-правових угод у сфері торгівлі.

На думку Т. Є. Магнутової, торговельне посередництво як правовий інститут необхідно розглядати як сукупність правових норм, що регулюють діяльність уповноважених організацій, спрямовану на надання інформаційно-комерційних послуг при укладенні чи виконанні торгових угод.

У цьому розумінні традиційно економічне посередництво юридично опосередковується договорами прямого і непрямого представництва у вигляді доручення, комісії та агентства, згідно з якими посередники виступають або як представники підприємців перед суб'єктами обороту, з якими вони укладають угоди (договори про представництво виробників або торговців), або як суб'єкти угод з підприємцями щодо наступної реалізації клієнтурі належних довірителям товарів (комісія, агентські угоди, комерційне посередництво).

Посилення ринкової конкуренції і збільшення складнощів при реалізації товарів та послуг, пошук найбільш ефективних форм і методів їх проходження на ринку, зокрема створення виробниками і торговцями спільної системи збуту виробів, призвело до вико-

ристання, поряд із традиційними формами, нетрадиційних договірних типів економічного посередництва в торговельних відносинах у вигляді договорів про розміщення товарів та/або послуг (дилерство, про надання виключних прав продажу і про виключний імпорт, про франшизу) і договору про факторинг, що ґрунтуються на конструкціях купівлі-продажу та про надання послуг і створюють господарсько-економічну пов'язаність учасників цивільного обороту.

Неназваними законом, «непоіменованими контрактами» стала їх особлива група, що отримала в літературі найменування «договорів про розміщення», в яких посередники (як ланцюги товаропровідної мережі) називаються розповсюджувачами, «дистриб'юторами», «дилерами».

Дилерські договори передбачають перехід права власності на товар до дилера (посередника), який зобов'язується провести його подальшу реалізацію безпосереднім споживачам на умовах, визначених дилерським договором.

Дилерські договори мають своїм предметом вчинення дій з купівлі-продажу і надання послуг із подальшого просування (реалізації) товару на ринку третім особам (роздрібним споживачам), що дає підстави визнавати такі правочини змішаними або непоіменованими договорами (innominati contractus), тобто правочинами, які прямо не передбачені серед самостійних договірних типів і не суперечать закону.

Зазначені договори визнаються правомірними в силу диспозитивності цивільно-правового регулювання, передбаченого статтями 4 і 151 ЦК України, оскільки вони, хоч не передбачені законом угоди, але йому не суперечать.

Природа дилерського договору невідривно випливає з визнаного доктриною і формалізованим цивільним правом розуміння непоіменованих та змішаних договорів, виділення яких ґрунтується на відмінностях легального закріплення в цивільному законодавстві.

Вважається, що *поіменовані договори* — це такі договори, модель яких передбачена і закріплена законодавчо. При поіменованих договорах не існує потреби детально визначати зміст договору. Сторони мають дійти згоди за істотними умовами договору, а решта умов міститься у диспозитивних нормах нормативно-правового акта, що регулює даний вид договору, зокрема у Цивільному кодексі, спеціальних законах.

Непоіменовані договори — це такі договори, модель яких не передбачена у законі. В непоіменованих договорах сторони самі повинні формулювати зміст договору і зобов'язань, при цьому вони можуть використовувати аналогію закону і загальні норми зобов'язального

права, а також аналогію права, виходячи з загальних начал і сенсу цивільного законодавства, вимог сумлінності, розумності та справедливості.

Правове визнання непоіменованих договорів І. Б. Новицький пояснював тим, що «в цивільному праві передбачені законом типи договорів не мають значення вичерпного переліку. Закон передбачає договори, які зустрічаються найчастіше, але сторони можуть укладати і не передбачені законом договори, аби їх зміст не суперечив загальним принциповим положенням вітчизняного права».

Необхідність правового захисту договорів, що знаходяться за межами створених законодавцем моделей, в цілому пов'язується з поширенням принципу pacta sunt servanda на всі взагалі несуперечні закону договори з розвитком концепції природного права XVII—XVIII ст.

У цьому контексті Й. О. Покровський дійшов цілком справедливого висновку про те, що «загальним лейтмотивом всіх сучасних законодавств можуть слугувати слова Германської комісії: необхідно надати громадянам право укладати договори незвичайного змісту».

Наведений висновок обумовлений тим, що «будь-який акт, присвячений цивільним правовідносинам, у тому числі такий складний, як кодекс, відображає практики, які визначаються лише на момент його видання. Зазначена особливість законодавства найбільш відчутна стосовно договірних відносин, з урахуванням того, що останні створюються, хоч і в установлених законом рамках, але автономою волею самих учасників обороту».

У результаті учасники обороту отримали можливість самостійно усувати негативні наслідки наведеного відставання закону від життя шляхом створення невідомих формалізованому праву договорів.

У зв'язку з визнанням непоіменованих договорів актуальним є питання про те, які норми і в якій послідовності повинні до них застосовуватися. З цього питання були висловлені три основні точки зору.

І. Б. Новицький вважав, що до непоіменованих договорів «застосовуються загальні положення зобов'язального права і, крім того, у відповідних випадках і у відповідних частинах можуть бути застосовані норми, встановлені законом для типових договорів. Нарешті, питання, які не можуть бути вирішені таким чином, повинні вирішуватися на підставі загальних засад радянського законодавства і загальної політики робітничо-селянського уряду». В результаті логічна формула така: загальні положення зобов'язального права — норма схожого поіменованого договору у відповідній частині — аналогія права.

Інший підхід обґрунтовано О. С. Іоффе, який виходив з того, що «при укладенні досить своєрідного договору, але який охоплюється одним із закріплених у законі договірних типів, він буде підпорядковуватися правилам про договір цього типу. І лише коли формується несуперечне закону, але й не передбачене ним договірне зобов'язання нового типу, його нормування повинно здійснюватися за аналогією закону або в належних випадках за аналогією права». В цьому випадку пропонується інша логічна послідовність: або закон, присвячений даному типу, або аналогія. При цьому в запропонованій О. С. Іоффе конструкції не визначено місце, яке повинні займати загальні положення зобов'язального (договірного) права.

На відміну від двох попередніх концепцій, в літературі пропонується свого роду проміжний варіант між поіменованими і непоіменованими договорами.

М. І. Брагінський вбачає сутність непоіменованого договору в певній деталізації конкретного поіменованого договору. На його думку, «визнання спірного правовідношення договором непоіменованим означає, окрім іншого, відсутність врегулювання не лише виду, а й відповідного йому типу. До таких договорів, що не вкладаються в рамки певного не лише виду, а й типу, необхідно застосовувати, перш за все, норми схожого типу договорів, а за їх відсутності — норми, що регулюють цивільно-правові договори, тобто статті, які розміщені в розділі «Загальна частина зобов'язального права». Якщо аналогія закону і загальні норми зобов'язального (договірного) права не ведуть до бажаних результатів, виносити рішення, виходячи із загальних засад і смислу цивільного законодавства та вимог добросовісності, розумності і справедливості».

Аналогічну позицію займали Б. С. Антимонов і К. А. Граве, які вважали, що у випадках, коли маються на увазі договори, що називаються ними «нетиповими», необхідно вести мову «про норми, що належать до типів договорів, які найближче підходять до розглядуваних нетипових договорів».

У зв'язку з цим М. І. Брагінський цілком слушно зазначає, що «необхідною і достатньою умовою захисту таких договорів повинна слугувати їх відповідність загальній моделі цивільно-правового договору».

При цьому в останньому випадку наведена схема підтверджує практичну значимість виділення договорів, що відповідають ознакам поіменованого договірного типу. Схема грунтується на тезі про те, що для поіменованих договорів загальні положення договірного (зобов'язального) права є вторинними: вони застосовуються лише після положень, які належать до відповідного типу договорів.

Водночас дилерський договір не може бути в цілому пояснений віднесенням його до непоіменованих договорів у силу притаманної дилерському договору більш складної структури предмета такого правочину.

Непоіменовані договори стосуються кола найбільш простих, унітарних договорів і не спроможні в повному обсязі охопити дилерські та інші договірні конструкції, які удосконалюються головним чином через їх ускладнення, поєднання в одному різновиді елементів різних договорів.

Все наведене обумовило потребу внесення певних винятків із наведених вище правил, що знайшло відображення в закріпленні в ч. 2 ст. 628 ЦК України нової класифікації договорів, з якої випливає поділ договорів на прості (унітарні) та змішані (складні).

Відповідно до зазначеної норми ЦК України сторони мають право укласти договір, в якому містяться елементи різних договорів (змішаний договір). У зазначеному випадку до відносин у змішаному договорі застосовуються у відповідних частинах положення актів цивільного законодавства про договори, елементи яких містяться у змішаному договорі, якщо інше не встановлено договором або не випливає із суті змішаного договору.

За змістом наведеної норми випливає, що спеціальні норми, які регулюють договори, що ввійшли в зазначене поєднання елементів різних договорів, мають пріоритет при колізії з нормами загальної частини зобов'язального права. Водночас такий варіант рішення може бути змінений угодою сторін або сутністю змішаного договору.

У доктрині проблематика змішаних договорів сприймається неоднозначно в частині співвідношення таких договорів з уже відомими договірними типами.

У цьому відношенні на особливу увагу заслуговує позиція О. М. Садікова, який закликає проти тенденції зводити змішані договори «до вже відомого типу договору, в той час, як даний договір містить різнорідні елементи і повинен бути кваліфікований як змішаний».

Водночас не можна повністю погодитися з позицією цього автора щодо порядку застосування норм, які регулюють відповідний змішаний договір. Позиція О. М. Садікова полягає в тому, що, якщо зазначені договори «не можна віднести до числа вже передбачених правом договірних типів, наявний новий договір, який, поки він не отримав спеціальної регламентації, підпорядкований загальним положенням зобов'язального права, а за їх недостатності — правилам про найбільш близький договір (у порядку аналогії закону)».

Основне обґрунтоване в літературі зауваження щодо зазначеної позиції в тому, що «мало не кожний укладений договір — змішаний,

оскільки в ньому присутні елементи різних договорів або, більш точно, наявних у законі договірних еталонів». При цьому кількість можливих їх поєднань може бути надзвичайно різноманітною, що зазвичай ускладнює або взагалі робить неможливим законодавче присвоєння кожній комбінації свого найменування і розроблення для неї спеціальної норми.

Зазначена обставина не виключає існування досить усталених і поширених елементів відповідних типів договорів, які інколи дозволяють створити на цій основі особливий, конгломеративний договір. З наведеного випливає, що конгломеративний договір є різновидом змішаного і породжує два або кілька зобов'язань.

На думку В. А. Ойгензіхта, відзначальна особливість змішаних договорів полягає в тому, що в них «...все ...інтегрується в один комплексний об'єкт; у таких договорах виключається застосування норм, які належать не до даного інтегрованого договору». Отже, інтегрований договір породжує одне зобов'язання. У зв'язку з цим для подібних договорів залишається вибір лише між основними положеннями зобов'язального (договірного) права та аналогією права.

Подібної позиції в цілому дотримується український цивіліст Р. А. Лідовець, який вважає змішаним «...договір, у якому поєднуються елементи договорів різних типів, що передбачені законодавством», і, разом з тим, вважає неприпустимим визнавати змішаним договір, який поєднує різні види одного типу договору». Цілком слушно звертається увага на актуальність питань щодо застосування комплексних договорів, відзначальна особливість яких у тому, що умови таких договорів базуються на нормах та інститутах різних галузей права (наприклад, цивільного і адміністративного, трудового тощо). Комплексний договір породжує два або більше різних зобов'язань, які мають єдину господарську мету і групуються навколо одного з них, який є основним. Заслуговує на увагу висновок згаданого автора стосовно недоцільності вживання згаданих термінів для його позначення, оскільки «змішаний договір може породжувати лише одне зобов'язання; має єдину кінцеву мету як результат органічного, взаємодоповнюючого поєднання різних елементів у такому договорі». Наведене виступило підґрунтям для висновку про те, що у разі недосягнення згоди щодо істотних умов, необхідних для одного з елементів змішаного договору, або визнання недійсним відповідного елементу змішаного договору, неукладеним або недійсним визнається змішаний договір в цілому.

Позицію, схожу з позицією В. А. Ойгензіхта, займали В. Л. Ісаченко і В. В. Ісаченко, які ґрунтували свій підхід на тезі про те, що взагалі до непоіменованих договорів не повинні застосовуватися

схожі норми. Зокрема, зверталась увага на те, що не можуть поширюватися норми про поставку або підряду на відносини «про доставку електричної енергії, про користування телефоном, водопроводом, безпечною скринькою тощо». Єдиним способом заповнення прогалин вони назвали те, що іменується тепер аналогією права.

«При такому вирішенні цих спорів суд, безумовно, буде виявляти в певних межах творчість і вводити такі положення, які позитивному законодавству ще зовсім невідомі, але це буде не перевищення меж влади, а саме та діяльність, яка завжди слугувала для науки джерелом при пошуку даних, які характеризують нові явища соціального життя, а для законодавця — керівним мотивом у справі створення нових законоположень, які визначають знов народжені відносини між громадянами».

Подібний наведеному підхід пов'язаний з ідеєю розширення «суддівського розсуду», що обумовлювалося критичним підходом окремих авторів з приводу доцільності виділення змішаних договорів як особливої конструкції. Зокрема, Л. С. Таль з великою обережністю підходив до ідеї використання щодо змішаних договорів норм, які належать до наявних у них договірних моделей. Розуміючи неможливість створення на кожний випадок нової законодавчої моделі, він пропонував вирішити проблему розширення права суду. Автор припускав, що таке розширення може потягнути за собою «судове свавілля», він вважав можливим його обмеження, якщо будуть дотримуватися трьох зазначених ним принципів: «законодотримання» (рос. «законопослушания»), «доцільності» і «найбільшої відповідності культурному ідеалу». Водночас у автора, як він визнавав, не було великої впевненості в дійсності цих принципів, зокрема в тому, що за їх допомогою можна захиститися від того, що він сам називав «судовою анархією».

Однак наведений підхід більшістю вчених був сприйнятий досить критично. Зокрема, окремі автори критично оцінюють наведений вище підхід як такий, що переоцінює роль аналогії права. Зокрема, М. І. Брагінський зазначав, що в усякому разі для післяреволюційного законодавства вона (тобто аналогія права) була скоріше принципом, ніж реальним способом заповнення прогалини в законодавстві.

На нашу думку, запропоноване вище занадто широке трактування можливого застосування аналогії права щодо змішаних договорів є недостатньо обґрунтованим, оскільки в дійсності практика йде шляхом не відмови, а застосування норм щодо відповідних поіменованих договірних типів, які належать до кожного з елементів змішаного договору.

У зв'язку з цим запропонований ЦК України підхід видається найбільш оптимальним, що надає можливість, за умови стабільності змішаної моделі, трансформуватися в наступному в самостійний договірний тип (вид).

Доцільність подібного розуміння пріоритетного застосування норм відповідних поіменованих договірних типів підтверджується на прикладі дилерського договору, який відносно недавно сформувався в самих загальних рисах у вітчизняній правозастосовній практиці.

У цьому визнаному вітчизняною практикою і багатьма іноземними законодавствами договорі все зводиться до набору елементів купівлі-продажу і надання послуг (зокрема, інформаційних, маркетингових тощо).

Особливість дилерського договору полягає в тому, що купівля-продаж здійснюється не під умову (відкладальну чи скасувальну), а під зустрічне зобов'язання дилера (покупця) здійснювати послуги з просування такого чи аналогічних товарів на відповідному ринку. Потреба у формуванні цього нового для нашого права типу договору зумовлена ускладненням умов конкуренції та вимог до реалізації та обслуговування окремих груп товарів. Виробники та оптові продавці, зацікавлені в стабільних продажах товарів, йдуть на надання пільгових умов покупцю (знижки продажної ціни, безоплатне надання послуг післягарантійного обслуговування тощо) під зобов'язання оптових покупців (дилерів) надавати рекламні, інформаційні, сервісні (ремонтні, консультаційні тощо) послуги з просування поставлених і майбутніх до продажу товарів.

Наведені особливості конструкції дилерського договору як змішаного правочину дають можливість сторонам договірних відносин найбільш адекватно закріпити свої взаємні обов'язки. У своєму поєднанні всі ці елементи створюють настільки самостійну комбінацію, що за дилерським договором поступово визнається особливе місце серед договорів.

За своїм характером дилерський договір належить до підприємницьких (неспоживчих) правочинів. Продавець або обидві сторони такого договору завжди є суб'єктами підприємницької діяльності, що зумовлено метою подальшої реалізації проданого дилеру товару безпосереднім споживачем.

Розуміння дилерського договору як змішаного підприємницького (неспоживчого) договору з елементами купівлі-продажу і угоди про надання послуг, обумовлює необхідність застосування до відносин за цим договором у відповідних частинах положень актів цивільного законодавства про договори купівлю-продаж і надання послуг.

Дилерський договір (англ. dealer — «торговець», «агент») є довгостроковою угодою, згідно з якою одна сторона — дилер, зазвичай,

суб'єкт підприємницької діяльності — підтримує господарський зв'язок із другою стороною — генеральним постачальником (виробником, імпортером) на підставі довгострокового договору та реалізує за погодженими цінами на певній частині території країни товари (послуги), надані виробником (імпортером) із відповідними знижками, але за умови досягнення певного обсягу товарообороту.

Дилерські (дистриб'юторські) договори як договори економічного посередництва спрямовані на сприяння комерційній реалізації товарів та/або послуг між підприємцями-продуцентами і оптовими торговцями або між оптовими і роздрібними торговцями, а також між зазначеними підприємцями та індивідуальними покупцями товарів та/або послуг.

Серцевиною домовленостей дилерських договорів є умови про передачу продавцем (постачальником, виробником) товару у власність дилера (розповсюджувача, дистриб'ютора) із зобов'язанням наступного його перепродажу своїй клієнтурі через власну роздрібну торгову мережу. Дилер, не будучи формально-юридично представником, економічно пов'язує своїми операціями виробника чи оптового торговця з ринком, виконує з економічної точки зору посередницькі функції. Придбані за правилами купівлі-продажу товари дилер реалізує від свого імені на ринку, діє при цьому за власний рахунок і на свій «страх і ризик», тобто приймає на себе всі комерційні ризики з просування товару. Юридичні та економічні наслідки перепродажу повністю покладаються на такого посередника (тобто дилера), а його прибуток визначається різницею покупної і перепродажної ціни товару, а також зміною курсів валют та цінних паперів.

За домовленістю сторін дилер отримує комплекс прав та обов'язків щодо представництва інтересів продавця (постачальника) на певній території, пошуку клієнтів (роздрібних покупців), продажу товарів у погодженому обсязі, маркетингової, рекламної та торгово-посередницької діяльності на зазначеній території з метою розширення ринків збуту товарів виробника (продавця) тощо.

У договорі зазначається, які саме товари будуть надаватися для подальшої реалізації, їх загальний обсяг, загальна і остаточна сума договору, строк його дії. Договором визначається квота поставок за обсягом та асортиментом, яку зазвичай можливо розрахувати завдяки маркетинговому дослідженню ринку регіону діяльності дилера. При досягненні визначеного обсягу продаж (за місяць, квартал тощо) постачальник надає дилеру цінові знижки, розмір яких встановлюється у реєстрі базових (рекомендованих) цін. У разі неможливості розрахувати таку квоту такі договори передбачають надання

дилеру переважного права отримати пільги щодо асортименту, форми розрахунків та першочерговості поставок. Із закінченням певного періоду співробітництва за такою схемою договір може передбачати право дилера звернутися про надання йому виключних прав.

Дилерським договором передбачається рекомендоване значення відпускної ціни. Рекомендована ціна не означає заборону дилеру продавати продукцію в регіоні за іншою, вищою ціною. Однак дилера попереджують, що в даному випадку продавець (постачальник) залишає за собою право поставити товар у даний регіон кінцевому споживачеві саме за ціною, що рекомендується.

Договір може передбачати право продавця на підвищення передбачених договором цін або зміну асортименту та кількості товару, що підлягає поставці, якщо дилер неналежно виконує обов'язки зі сплати товару за дилерським договором.

Дилерським договором визначаються умови отримання дилером товару для подальшої реалізації, момент виникнення права власності на товар, порядок оформлення замовлення та умови поставки товару, прийомки, умови формування цін на товар та умови оплати, підстави та порядок зворотного повернення товару в разі виявлення його недоліків та в інших випадках, визначених договором.

Право власності на придбане майно виникає у дилера з моменту його передачі, якщо договором не передбачено інше (на умовах відстрочки, розстрочки тощо). Договором може передбачатися право дилера на зворотне повернення товару, який відчужувач зобов'язаний прийняти у разі його непродажу роздрібним покупцям протягом визначеного договором строку шляхом зворотної купівлі-продажу за артикулами та цінами первинної поставки.

Розрахунки за зустрічну поставку товару проводяться шляхом заліку взаємної однорідної заборгованості, якщо інші форми розрахунків не передбачено договором. Дилерський договір може передбачати право відчужувача (постачальника) відізвати і зняти залишок наявного у дилера товару або вимагати зміни ціни товару, нереалізованого кінцевим (роздрібним) покупцям протягом визначеного строку з моменту поставки дилеру.

Договором може передбачатися оплата поставленого товару (чергової партії) дилером протягом визначеного строку з моменту поставки, на умовах попередньої оплати або «у міру реалізації товару». Відстрочка або розстрочка платежу може надаватися лише з письмової згоди постачальника за умови дотримання дилером строків розрахунків за раніше поставлені партії товару і «ліміту боргу», під яким розглядається максимально можлива загальна сума заборгованості за товар, поставлений з відстрочкою платежу, що діє протягом

визначеного строку (квартал тощо) і визначається з урахуванням товарообороту за попередній аналогічний період, та інших обставин, визначених договором.

Зміст умови «у міру реалізації товару» становить обов'язок дилера продати товар у розумний строк, що визначається з урахуванням нормально-необхідного строку реалізації «розумним» дилером за аналогічних або максимально подібних умов, і сплатити продавцю ціну товару негайно після його продажу роздрібному покупцю. У цьому випадку продавець має право пред'явити вимогу про оплату товару лише у разі пропуску розумного строку внаслідок недобросовісності дилера, а не у будь-який час після передачі товару дилеру. Тягар доказування пропуску розумного строку реалізації внаслідок недобросовісності дилера покладається на продавця шляхом доведення порушення умов договору щодо конкретно визначених строків або надання доказів недотримання розумності звичайних строків за подібних умов, з урахуванням об'єктивного критерію застосування правила «розумної людини» (чи «доброго господаря»), або суб'єктивного критерію оцінки розумності дій дилера щодо унікальних товарів (послуг) дилера, в інших випадках неможливості порівняння оцінюваних дій з їх абстрактним «зразком».

Для цього надаються конкурентні матеріали з практики строків реалізації інших дилерів або виявляються недоліки в організації реалізації товару стосовно реклами, пошуку роздрібних покупців, розміру ціни тощо.

Зазвичай дилерський договір містить також положення про порядок використання фірмового найменування постачальника, проведення реклами і маркетингу, відповідальність сторін тощо.

Підсумовуючи проведений аналіз, можна зробити такі висновки щодо поняття дилерського договору.

Під *дилерським договором* необхідно розуміти правочин, згідно з яким одна сторона (постачальник) здійснює поставку товару (послуг) іншій стороні (дилеру) із зобов'язанням наступного перепродажу безпосереднім (роздрібним) споживачам на визначеній території за погодженими цінами, а також надання послуг, пов'язаних із розміщенням товарів на умовах цього договору.

Дилерський договір є правовою формою регулювання відносин економічного посередництва. За своєю економічною природою дилерський договір створює господарсько-економічну пов'язаність учасників відносин економічного посередництва про розміщення товарів.

Правова природа дилерського договору. У зв'язку з неоднозначною кваліфікацією дилерських договорів судовою практикою практичної

актуальності набули питання правової природи зазначених правочинів.

Дилерські договори в судовій практиці кваліфікуються неоднозначно і визнаються в одних випадках комісією, в інших — купівлею-продажем.

Укладення дилерських договорів професійними учасниками певного товарного ринку, які мають статус суб'єктів підприємницької діяльності, й спрямованість таких правочинів на оплатну передачу майна у власність іншої особи (дилера) свідчить про схожість дилерського договору з договором купівлі-продажу і, перш за все, з його різновидом — договором поставки.

Характерними рисами договору купівлі-продажу виступає передача продавцем речі (товару) у власність іншої сторони (покупця) під зобов'язання останнього прийняти цей товар і сплату за нього визначеної грошової суми (ст. 655 ЦК України).

Важлива особливість купівлі-продажу полягає в його спрямованості на безповоротне відчуження продавцем майна і перехід його у власність, що свідчить про здійснення відчуження на визначеноеквівалентній основі.

Водночас створене правозастосовною практикою надзвичайно широке коло різновидів дилерських договорів не завжди дає можливість провести чітку кваліфікацію дилерських зобов'язань лише шляхом проекції на них загальних положень про купівлю-продаж.

Дилерство виникло як результат спеціалізації і залучення до розповсюдження певних товарів професійно підготовлених учасників відносин купівлі-продажу, обов'язковою умовою яких є неспівпадіння дати укладення договору з поставкою товару. У зв'язку з цим дилерство має більше схожих рис не лише в купівлею-продажем, а саме з договором поставки.

Відповідно до ч. 1 ст. 712 ЦК України за договором поставки продавець (постачальник), який здійснює підприємницьку діяльність, зобов'язується передати у встановлений строк товар у власність покупця для використання у підприємницькій діяльності або в інших цілях, не пов'язаних з особистим, сімейним, домашнім використанням, а покупець зобов'язується прийняти товар і сплатити за нього певну грошову суму.

Договір поставки є двостороннім, взаємним, консенсуальним та відплатним правочином. Характерною рисою цього договору є те, що строк поставки не повинен збігатися з моментом укладення товару. Це означає, що момент укладення договору поставки не збігається з моментом його виконання, що є обов'язковою ознакою цього договору.

Доктрина вітчизняного права виділяє й інші особливі ознаки поставки, до яких, зокрема, відносять: 1) можливість виступити постачальником особи, яка не є власником речі, що передається при поставці; 2) предметом поставки можуть бути як «родові», так і індивідуально-визначені речі; 3) поставка, на відміну від купівлі-продажу, означає не лише продаж, а й доставку речі постачальником за його рахунок; 4) поставка характеризується умовою певної періодичності виконання, яка відсутня в договорі купівлі-продажу.

У теорії права договір поставки розглядається як один із видів договорів купівлі-продажу, в силу якого продавець зобов'язується за грошову винагороду доставити покупцеві певну кількість замінимих речей у визначений договором строк. При цьому підкреслюється, що умова договорів поставки і купівлі-продажу про порядок виконання і наслідки невиконання є однаковими.

Аналіз закріпленого вітчизняним цивільним законодавством поняття договору поставки свідчить про те, що в цілому, з урахуванням певних застережень, положення про поставку припустимо поширювати на відносини стосовно дилерського договору.

Такий висновок зумовлений, зокрема, тим, що дилерський договір, як і договір поставки, передбачає оплатну передачу товару у власність дилера, є консенсуальним, оплатним, двосторонім правочином, момент укладення якого не співпадає з моментом його виконання (поставки товару).

З іншого боку, дилерський договір не в усіх випадках відповідає поняттю договору поставки. Так, поставка товару за дилерським договором може передбачати на диспозитивних засадах як продаж, так і доставку речі постачальником за його рахунок. Зазвичай предметом дилерського договору є індивідуально-визначені речі, а не речі, що визначаються за родом, кількістю, якістю.

Крім того, дилерському договору притаманні елементи й інших договірних зобов'язань, що не дає можливості кваліфікувати його виключно договором поставки.

Наявність у предметі дилерського договору обов'язку дилера в подальшому провести відчуження товару третім особам на визначених цим договором умовах, що передбачають надання послуг (маркетингових, консультаційних, рекламних, післяпродажного сервісу тощо) свідчить про змішаний характер дилерського договору.

Наведене дає підставу для висновку про те, що правова природа дилерського договору полягає у визнанні його змішаним фідуціарно-ризиковим договором продажу-послуги з оплатного відчуження майна, обтяженого фідуціарним зобов'язанням його подальшої реалізації третім особам. За своїм змістом дилерський договір виходить

за рамки звичайної купівлі-продажу мінового типу, оскільки така угода закріплює комплекс інших прав та обов'язків сторін, що надає їй характеру договору особливого роду.

Зміст його становлять договір купівлі-продажу з елементами агентства, відповідального зберігання, інших послуг фідуціарного характеру, пов'язаних з подальшою реалізацією придбаного товару. Фідуціарність дилерського договору передбачає вчинення зустрічного надання дилера на засадах передбачуваних, а не прямо визначених зобов'язань, виконання яких ґрунтується на дотриманні оціночного за характером умов «розумного строку», оплати товару «у міру його реалізації», зміст яких визначається звичаями ділового обороту, традиціями розумної і добросовісної поведінки учасників відносин у сфері торгової діяльності.

Сутність дилерського договору полягає в придбанні дилером у власність товарів у продавця (виробника, постачальника), юридично обтяженого фідуціарним зобов'язанням його наступного перепродажу на користь третіх осіб — клієнтури дилера. Дилер набуває цільового права власності, оскільки правовий титул на товар юридично пов'язаний і обмежений метою дилерської угоди.

Певною мірою титул дилера схожий з правом номінального власника, сутність якого полягає в тому, що зазначеного титулу дилер набуває «...за розпорядженням продавця (реального власника), з умовою його цільового використання і подальшої передачі визначеним третім особам за попередньо встановленими ціною та іншими умовами, визначеними угодою або законом» з метою отримання майнової вигоди чи іншого визначеного результату на користь відчужувача чи інших вигодонабувачів.

Дилерський договір не може бути визнаний удаваною угодою, що приховує договір комісії, в силу спрямованості дійсної волі сторін на передачу товару у власність дилера за визначену грошову суму, що є визначальним для кваліфікації договірного типу купівлею-продажем за змістом ст. 655 ЦК України.

Укладений сторонами дилерський договір спрямований на виникнення у покупця (дилера) права власності на предмет договору і його подальшу реалізацію третім особам на визначених договором умовах, що суперечить поняттю удаваного правочину (ст. 235 ЦК України), припустимо в силу принципу свободи договору, відповідає вимогам закону про дійсність правочину, що підтверджує правомірний оплатно-відчужувальний, а не удаваний характер дилерського договору.

Зазначена угода може бути кваліфікована як змішаний договір продажу-послуги, за яким після переходу до дилера права власності

на переданий йому продавцем товар дилер є виконавцем послуги у вигляді діяльності з реалізації придбаного товару на визначених договором умовах, на який поширюються положення ЦК України про надання послуг у частині, що не суперечать нормам про купівлю-продаж.

Актуальним є питання правомірності обмеження здійснення права власності за дилерськими угодами в контексті передбаченого ч. 7 ст. 319 і ч. 2 ст. 321 ЦК України положення про припустимість обмежень його здійснення лише у випадках і в порядку, встановлених законом.

Обмеження здійснення права власності необхідно відмежовувати від обмеження права власності. Право власності — найширше, найповніше право на річ, обмеження якого можливі лише іззовні, що встановлюються законом. Здійснення права власності, крім закону, може бути обмежене такими правами та законними інтересами третіх осіб, які існують поза відносними правовідносинами з власником і тягнуть виникнення речового права — сервітуту, права господарського відання тощо чи пов'язані з іншими абсолютними правами — недоторканності особистості, житла, власності тощо.

Тому розпорядчий акт власника, що не суперечить закону, не може бути визнаний недійсним лише в силу раніше виниклого зобов'язання про ту саму річ. У зв'язку з цим Г. Ф. Шершеневич слушно зазначає, що «продавець зберігає право на продану річ до передачі, й тому може знову продати її і тим самим позбавити покупця придбаного права, якому залишиться лише право вимагати винагороди». Якщо після передачі майна, але до реєстрації перехода права власності продавець розпорядиться річчю, він несе (договірну) відповідальність за невиконання нового договора про відчуження. Перевага старому договору надається в силу не речової природи, а забезпечення володіння, наявного у покупця.

З наведеного випливає право дилера розпорядитися придбаним у продавця товаром іншим чином, ніж передбачено умовами дилерського договору. В подібному випадку права кредиторів (постачальника і третьої особи — покупця) підкоряються старшинству, але володілець матиме перевагу перед усіма. Заподіяні кредитору-постачальнику внаслідок невиконання договору збитки відшкодовуються боржником-дилером.

Обмеження здійснення права власності дилера не виникає, оскільки можливість обмеження речового права будь-яким зобов'язанням виключена в принципі. Обмеження здійснення права власності дилера ґрунтуються на зобов'язальному правовідношенні й не суперечать передбаченому ст. 316 ЦК України поняттю права власності як

права особи, яке вона здійснює за своєю волею, незалежно від волі інших осіб. Хоч би як були обмежені окремі здатності власника, панування його над річчю не зникає. Після усунення обмежень право власності відновлюється в повному обсязі. Лише поняття власності не приймає ідеї обмеження. Законом або за волею самого власника в силу прийнятих на себе договірних зобов'язань можуть бути обмежені окремі правомочності «шляхом ускладнення їх здійснення або тимчасової неможливості їх реалізації».

Будь-яка власність, у тому числі й дилера, є вільною лише від обмежень, які є неприпустимими в силу положень актів публічної влади, а також у разі, якщо їх неприпустимість для сторін випливає з їхнього змісту або суті відносин між сторонами правочину. Інші обмеження в здійсненні права, які бере на себе власник (у даному разі, дилер), є правомірними.

Предметом законодавчого регулювання, нав'язаної зверху регламентації, можуть бути далеко не всі правовідносини, до яких належать і відносини щодо обмеження здійснення права власності за волевиявленнням самого власника. Відносини дилерства виникли немовби самі по собі й довільно, породжені самим цивільним оборотом, безпосередньо учасниками цивільного обороту, на практиці довели свою ефективність і мають застосовуватися їх учасниками на основі правового звичаю як найбільш адекватної форми права у зазначеній сфері цивільних відносин, що не допускає будь-якого волюнтаризму, оскільки «останній не лише неприпустимий, він просто не має смислу».

У зазначеній сфері цивільних відносин лише звичай, з притаманною йому витребуваністю цивільним оборотом та ефективністю в застосуванні, має замінити закон, оскільки взагалі більше ускладнень, урізноманітнень і постійних змін форм зазначених відносин посередництва неможливо врегулювати правовими нормами, з притаманною закону властивістю усувати невизначеність і передбачуваність. Звичаї в цій сфері відіграють первинну роль, а закони виконують вторинну, позаштатну функцію. Тому зазначені звичаї ділового обороту можуть встановлювати правила, відмінні як від диспозитивних, так і від імперативних положень норм закону, оскільки нормою має розумітися будь-яка правова норма (а не лише закріплена в акті законодавства). Правило звичаю має прирівнюватися за своєю юридичною силою до норми закону, що, зокрема, визнано доктриною цивільного права Франції та Німеччини і має бути відображено в ЦК України шляхом закріплення в ч. 2 ст. 7 положення про застосування у цивільних відносинах звичаю, що суперечить актам цивільного законодавства.

Обмеження здійснення права власності дилера, незважаючи на їх виникнення не за прямою вказівкою закону, а на підставі волевиявлення сторін договору, мають визнаватися правомірними в силу «самозаконності» волі власника, оскільки така воля відповідає і ґрунтується на звичаях ділового обороту.

Дилерська угода регулює відносини, що врегульовані не актами цивільного законодавства, а звичаєм ділового обороту у сфері економічного посередництва, обмеження здійснення права власності дилера випливає із сутності зобов'язань реалізації товарів дилером, використання яких має усталений характер, підтримується судовою та іншою правозастосовною практикою, а отже, свідчить про те, що зазначений правовий звичай не суперечить актам цивільного законодавства.

Наведене дає підстави для таких висновків щодо правової природи дилерського договору.

1. Дилерський договір є змішаним фідуціарно-ризиковим договором продажу-послуги з оплатного відчуження майна, обтяженого фідуціарним зобов'язанням його подальшої реалізації третім особам.

2. Правова сутність дилерського договору полягає в придбанні дилером у власність товарів у продавця (виробника, постачальника), юридично обтяженого фідуціарним зобов'язанням його наступного перепродажу на користь третіх осіб — клієнтури дилера. Дилер набуває цільового права власності, оскільки правововий титул на товар юридично пов'язаний і обмежений метою дилерської угоди.

3. Зміст дилерського договору як змішаного договору продажу-послуги полягає в переході до дилера права власності на товар, переданий продавцем дилеру, який є виконавцем послуги у вигляді діяльності з реалізації придбаного товару на визначених договором умовах.

На відносини з дилерського договору поширюються положення ЦК України про надання послуг у частині, що не суперечать нормам про купівлю-продаж.

Договір зворотної купівлі-продажу (РЕПО). *Поняття договору зворотної купівлі-продажу (РЕПО).* Одним із небагатьох ліквідних об'єктів на вітчизняному фондовому ринку є державні цінні папери, чим обумовлене активне застосування пов'язаних з ними правочинів, особливе місце серед яких займають договори зворотної купівлі-продажу або РЕПО. Наведеним пояснюється актуальність питань наукового аналізу цивільно-правового регулювання зазначених правовідносин.

Додаткова актуальність досліджень цієї проблеми зумовлена відсутністю достатньо чітких і науково обґрунтованих висновків щодо

поняття, елементів і правової природи цього виду правочинів, що не дозволяє виявити їх місце в системі договірного права, встановити характер взаємозв'язку з іншими видами договірних зобов'язань. Вищезгадані проблеми не були предметом дисертаційних досліджень і розглядалися лише на рівні окремих наукових публікацій вчених-цивілістів переважно в контексті загального поняття довірчих договорів і правочинів з цінними паперами (Р. Майданик, І. Трошин, М. Кузнецов, П. Нифатов, Л. Храпченко, Е. Леонова та ін.).

Недостатньо уваги приділяється важливим питанням правового регулювання цього виду договірних зобов'язань, що не дає можливості виявити їх правову природу як ризикового правочину та поширення на нього положень про купівлю-продаж чи заставу. Це і зумовлює необхідність системного підходу і осмислення зазначеної правової категорії у цивільному праві.

Специфічним різновидом дилерських договорів на фондовому ринку виступає договір РЕПО, як переважно позабіржовий правочин спекулятивного характеру.

Біржові ф'ючерсні та опціонні договори не завжди вигідно конкурують з біржовими і позабіржовими договорами щодо реальних цінних паперів. У зв'язку з цим дедалі більшого значення набувають угоди РЕПО або репорт, яким притаманні ознаки договорів спекулятивного ризику.

У контексті регулятивної діяльності центральний банк будь-якої країни застосовує операції РЕПО як один із механізмів рефінансування комерційних банків, поряд із ломбардним кредитуванням, наданням кредитів під заставу конверсійних облігацій внутрішньої державної позики (КОВДП) та стабілізаційних кредитів.

У літературі репортом визнається така угода, коли одна особа купує за готівку певну кількість цінних паперів і одночасно продає ці самі папери тій самій особі за підвищеною ціною, на строк, зазвичай нетривалий. Той, хто купує, називається репортером, продавець стає репортованим (reporte). Різниця в ціні становить винагороду за користування чужим капіталом.

Свою назву угоди РЕПО отримали від англійської назви REPO-sale and repurchase operation. Тому РЕПО є зменшеною назвою угоди про продаж та зворотню купівлю (repuchase agreement; інколи позначають як RP). РЕПО — це фінансова операція, за якою одна сторона продає цінні папери іншій стороні й одночасно приймає на себе зобов'язання викупити їх у визначений день або за вимогою іншої сторони. Зобов'язанню на зворотну купівлю відповідає зобов'язання на зворотний продаж, яке приймає на себе інша сторона. Причому зворотна купівля цінних паперів здійснюється за ціною, яка відріз-

няється від ціни первинного продажу. Різниця в ціні становить винагороду (за користування чужим капіталом), яку повинна отримати сторона, що виступила покупцем цінних паперів (продавцем грошових коштів) у першій частині РЕПО, і який, як правило, виражається у відсотках річних і називається ставкою РЕПО.

Операції РЕПО необхідно розглядати як економічну і юридичну категорії.

Економічний зміст цієї операції є очевидним: одна сторона за допомогою прямої операції РЕПО залучає необхідні їй у терміновому порядку фінансові ресурси (грошові ресурси), інша поповнює тимчасову нестачу в цінних паперах, а також отримує відсотки за надані грошові ресурси. При цьому передані покупцю цінні папери є ніби забезпеченням повернення позики. Таким чином, за своїм економічним значенням операція РЕПО виступає аналогом кредитної операції під заставу цінних паперів.

В юридичному розумінні операція РЕПО є договором, який містить у собі дві угоди купівлі-продажу одних і тих самих цінних паперів або аналогічних придбаним за першою угодою купівлі-продажу. Виконання першої угоди в межах угоди РЕПО означає, що покупець повинен сплатити продавцю вартість пакету цінних паперів, а продавець повинен передати цей пакет і право власності на нього покупцю. З моменту виконання сторонами своїх зобов'язань угода вважається виконаною і незалежною від інших угод. Оскільки цінні папери набуваються покупцем у власність, то й продавець набуває у власність грошові кошти, сплачені за цінні папери. Тобто з юридичної точки зору, немає підстав стверджувати, що ніби кошти надаються в тимчасове користування, а цінні папери є ніби забезпеченням виконання зобов'язання про зворотне повернення.

Легальне визначення поняття РЕПО було закріплене в «Положенні про порядок здійснення Національним банком України з банками операцій РЕПО», затвердженому постановою НБУ від 29 травня 2001 р., в якому операція РЕПО визначалася як операція з державними цінними паперами, що складається з двох частин і для здійснення якої укладається договір між учасниками ринку (Національним банком та банками) про продаж/купівлю державних цінних паперів на певний строк із зобов'язанням зворотного їх продажу/купівлі у визначений строк за обумовлену договором ціну.

24 грудня 2003 р. прийнято Положення про регулювання Національним банком України шляхом рефінансування депозитних та інших операцій №584, затверджене постановою НБУ (у зв'язку з чим вищезгадане Положення 2001 р. втратило чинність). Згідно з

цим Положенням операція РЕПО може бути визначена як операція, що складається з двох частин і базується на угоді між НБУ та банками про купівлю/продаж державних цінних паперів або іноземної валюти з подальшим зобов'язанням зворотного їх продажу/купівлі у визначений строк за обумовленою ціною на обумовлену дату.

Отже, за своїм змістом операція РЕПО є договором купівлі/продажу цінних паперів (іноземної валюти), за яким одна сторона продає іншій стороні зазначений фінансовий актив певної вартості із зобов'язанням зворотного викупу за попередньо обумовленою ціною. Іншими словами, йдеться про договір купівлі-продажу з обтяжувальною умовою виконання цього договору у зворотному порядку.

Угоди про купівлю/продаж цінних паперів (іноземної валюти) із наступним обов'язковим продажем/купівлею за ціною, визначеною на момент купівлі/продажу, називаються також угодами про зворотну купівлю/продаж.

Наведений висновок, однак, не повністю відповідає дійсності, що підтверджує зміст «Договору про передачу на зберігання державних цінних паперів», затвердженого Листом НБУ від 7 травня 1997 р., в якому прямо зазначається, що державні цінні папери (в рамках операції РЕПО) передаються на зберігання.

Таким чином, операції РЕПО в Україні за своїм змістом є змішаним договором з елементами купівлі-продажу і зберігання.

Метою здійснення операцій РЕПО є оперативне управління ліквідністю банківської системи та регулювання обсягів грошової маси в обігу при здійсненні Національним банком України грошово-кредитної політики, яка визначена Державним бюджетом України.

Коли банківська система потребує підвищення ліквідності комерційних банків, Національний банк України здійснює операції «прямого РЕПО» і на підставі генеральної угоди купує у комерційного банку державні цінні папери на відповідний період з обов'язковою умовою зворотного їх викупу цим комерційним банком у встановлений строк.

У разі накопичення надлишкової ліквідності банківської системи, зростання грошової маси значно вищими темпами, ніж передбачалося, Національний банк України може продати комерційним банкам через механізм «зворотного РЕПО» державні цінні папери, які знаходяться у його портфелі на відповідний період, за умови викупу їх у комерційного банку у встановлений строк.

У зв'язку з цим у літературі слушно зазначається, що за своєю економічною сутністю операції РЕПО виступають аналогами депо-

зитних операцій, їх мета — вилучення надлишкової ліквідності (тобто грошової маси) з банківської системи та з ринку в цілому.

Операції РЕПО в Україні здійснюються між Національним банком та комерційними банками на позабіржовому ринку. Учасниками наведених операцій в Україні можуть бути лише Національний банк України та комерційні банки, які мають ліцензію на здійснення операцій з державними цінними паперами та письмовий дозвіл НБУ на: 1) операції за дорученням клієнтів або від свого імені; 2) депозитарну діяльність і діяльність з ведення реєстрів власників іменних цінних паперів. Інших обмежень на участь в операціях РЕПО законодавством не передбачено.

Укладення та виконання договору РЕПО. Механізм здійснення операцій РЕПО починається з укладення договора на проведення операцій РЕПО у встановленому порядку.

Операції РЕПО на ринку державних цінних паперів України проводяться на основі типових договорів, укладених між НБУ і первинними дилерами. Первинними дилерами переважно визнаються комерційні банки, з якими Національний банк України уклав генеральну угоду (договір) і які мають встановлені ліміти на операції з державними цінними паперами.

Національний банк України може здійснювати операції РЕПО купівлі/продажу державних облігацій як шляхом безпосередньої домовленості з комерційними банками, так і шляхом проведення тендеру заявок комерційних банків на участь в операціях РЕПО. У разі прийняття рішення про проведення тендеру на участь в операціях РЕПО Національний банк України через свої обласні управління, не пізніше ніж за тиждень, надає повідомлення про проведення такого тендеру із зазначенням терміну операції РЕПО та умов його проведення. Комерційні банки — потенційні учасники тендеру — подають заявку на участь у тендері операції РЕПО, в якій пропонують свою умову щодо ціни купівлі/продажу та зворотної ціни продажу/купівлі державних цінних паперів.

У тендері на операції РЕПО купівлі/продажу державних облігацій, коли Національний банк України виступає покупцем/продавцем, заявки задовольняються, виходячи з необхідності підтримки ліквідної діяльності конкретних комерційних банків, також зацікавленості Національного банку України у володінні певним портфелем державних цінних паперів з метою підтримки необхідних пропорцій у грошовому обігу. Після закінчення тендеру операції РЕПО Національний банк України надсилає комерційному банку, який виграв тендер, повідомлення-підтвердження про намір укласти угоду на здійснення операції РЕПО.

У разі реалізації наміру здійснити операцію РЕПО без проведення тендеру, Національний банк України проводить переговори з конкретними комерційними банками, які могли б стати контрагентами Національного банку у цій операції, і домовляються про умови її проведення.

У випадку досягнення згоди про проведення операції РЕПО між її учасниками укладається договір, згідно з яким банк-продавець на дату продажу подає депо-розпорядження до депозитарію про блокування державних цінних паперів (від дати продажу до дати зворотної купівлі). Банк-покупець відповідно до договору перераховує кошти банку-продавцю і одночасно направляє до депозитарію повідомлення відповідно до нормативно-правових актів Національного банку.

Після отримання від депозитарію довідки про блокування державних цінних паперів на відповідних рахунках депо-обліку Департамент монетарної політики Національного банку здійснює перерахування коштів банку-позичальнику. Банк-позичальник перераховує кошти Національному банку після отримання від депозитарію довідки про блокування державних цінних паперів на відповідних рахунках депо-обліку. Після повернення банком коштів на підставі депо-розпорядження та депо-повідомлення депозитарій здійснює розблокування державних цінних паперів.

Міжнародна практика застосування договору РЕПО. Міжнародна практика операцій РЕПО має низку властивих їм особливостей.

У світовій практиці угоди РЕПО укладаються зазвичай на позабіржовому ринку, на короткий проміжок часу і на великі суми, тобто це операції оптового грошового ринку, окремі параметри яких є стандартизованими.

На міжнародних ринках в операціях РЕПО беруть участь дві сторони: власник застави (collateral) та власник грошей (cash). Власник грошових коштів купує цінні папери для забезпечення кредиту, одночасно погоджуючись продати ці папери першому власнику за деякий час. Перший власник цінних паперів (забезпечення кредиту) здійснює угоду РЕПО. В західних країнах також використовують такі самі види операцій РЕПО, як і в Україні.

Договори РЕПО в міжнародній практиці вирізняються не лише за строками і ставкою, а й за місцем зберігання цінних паперів, за якими укладений договір РЕПО, тобто порядком руху цінних паперів.

Практика функціонування ринку РЕПО США свідчить, що сторони в договорі РЕПО переважно використовують один із трьох варіантів розміщення і зберігання цінних паперів.

Перший спосіб передбачає, що цінні папери, куплені в першій частині РЕПО, переводяться покупцю цінних паперів. У такому

випадку покупець цінних паперів мінімізує свій кредитний ризик. Недолік цього виду РЕПО полягає в тому, що в окремих випадках витрати переводу цінних паперів можуть бути досить значними.

Наступний вид зберігання цінних паперів ґрунтується на їх переведенні на користь третьої сторони у операції РЕПО. Наведений вид РЕПО отримав назву «тристоронній РЕПО». Третя сторона за договором РЕПО несе певні зобов'язання перед безпосередніми учасниками угоди: перевіряє вид цінних паперів, перерахованих однією стороною іншій стороні, відстежує стан маржі й вимагає, за необхідності, додаткових перерахувань. Оскільки обидва рахунки (щодо грошей і щодо цінних паперів) знаходяться у третього учасника, — витрати з переказу коштів у даному випадку значно мінімізуються. У даному випадку третя сторона виступає гарантом прав виконання договору РЕПО і отримує певну винагороду за надані послуги.

Міжнародна практика операцій РЕПО — ще один, довірчий, спосіб зберігання цінних паперів, який відрізняється від попередніх тим, що цінні папери залишаються у їх продавця по першій частині договору РЕПО, який стає зберігачем цінних паперів для покупця. Економічна привабливість цього виду РЕПО полягає у виникненні мінімальних витрат з переказу цінних паперів, що, однак, тягне за собою найвищий рівень кредитного ризику. Даний вид РЕПО традиційно називається «довірче РЕПО», оскільки цінні папери довіряються у володіння особі-невласнику в інтересах номінального власника. У зв'язку з цим продавець цінних паперів повинен вести роздільний облік цінних паперів і тих, які йому вже не належать.

Елементи договору РЕПО. Предмет операцій РЕПО становить досить широке коло високоліквідних цінних паперів, які, зокрема мають офіційну котировку на фондових біржах, до складу яких входять: державні цінні папери; цінні папери, гарантовані державою; першокласні комерційні векселі; акції та облігації великих промислових компаній і банків, що знаходяться в обігу на біржі; депозитні сертифікати.

Якщо цінні папери не котируються на біржі, то оцінка їх вартості здійснюється самим банком на основі: фінансових звітів, що публікуються в засобах масової інформації; довідок організацій, що спеціалізуються на збиранні подібної інформації, зокрема урядових тощо.

Ціна придбання цінних паперів комерційним банком в учасника фондового ринку залежить від їх виду, надійності, ліквідності, строку дії угоди РЕПО і, як правило, становить 50—90% ринкової вартості цих цінних паперів на момент укладення угоди.

Операції РЕПО є строковими угодами, строк яких становить період часу між першою і другою угодами купівлі-продажу цінних паперів.

По закінченні строку дії «прямого РЕПО» учасник (продавець) викуповує продані ним раніше цінні папери або цінні папери, які їх заміняють. При проведенні операцій РЕПО припустима можливість зворотної купівлі цінних паперів, які відрізняються від тих, які були куплені в першій частині РЕПО, тобто можливість заміни іншими цінними паперами. Право заміни іншими цінними паперами реалізується шляхом вказівки і опису в договорі цінних паперів-замінників.

Таким чином, особливості іноземної практики проведення РЕПО полягають: 1) у розширеному складі суб'єктів (їх учасниками виступають як банки, так і трейдери—торговельні підприємства) та 2) об'єктів цих операцій (об'єктом виступають як державні, так і будь-які інші високоліквідні цінні папери) і 3) заставному характері цих угод.

Характерне для України обмежене коло учасників операцій РЕПО необхідно розглядати як недолік, що знижує розвиток цих операцій і тим самим збільшує борг нафто- та газотрейдерів при ввезенні енергоресурсів в Україну перед бюджетом, які змушені розраховуватися векселями, а не «реальними» коштами.

Для комерційних банків операція РЕПО є дуже вигідним фінансовим інструментом, що зумовлено двома обставинами.

По-перше, якщо у комерційних банків не вистачає власних обігових коштів для надання кредиту, вони здійснюють операцію РЕПО, таким чином збільшуючи суму (ліміт), необхідну для того, щоб з'явилась можливість надання кредиту. РЕПО та зворотні їм операції (зворотні РЕПО; reverse repurchase agreement) дають можливість дилеру з капіталом 100 млн дол. США оперувати позиціями номінальної вартості в мільярди доларів. Дилери використовують РЕПО та зворотні РЕПО для фінансування майже сто відсотків своїх торговельних позицій, які переносяться на наступний день. В іноземній практиці трейдери звичайно використовують термін «РЕПО» і для прямих, і для зворотних RP.

Вигідність операцій РЕПО полягає також у тому, що під час перевірки податковою інспекцією банки, здійснюючи операції РЕПО, можуть приховувати свій неплатоспроможний стан та інші вигідні для банку умови діяльності. Зокрема, українські комерційні банки зацікавлені в проведенні даної операції переважно для підтримання ліквідності балансу.

Для Національного банку України операції РЕПО є також вигідними з двох причин. Перш за все, за допомогою цієї операції На-

ціонального банку України вилучається зайва грошова маса з ринку банківських кредитів, що знижує ризик інфляції. Крім того, НБУ отримує дохід від проведення таких операцій.

Під час проведення операцій РЕПО кожен з її учасників отримує дохід у вигляді різниці між купівлею та продажем державних цінних паперів.

Відповідно до пунктів 2.9 і 2.10 наведеного вище Положення про операції РЕПО ціною продажу Національним банком України державних цінних паперів зі свого портфеля за операцією зворотного РЕПО є ринкова або балансова (у разі відсутності активного фондового ринку) їх вартість. У свою чергу, ціна зворотного викупу банками державних цінних паперів залежить від суми залучених Національним банком України коштів, строку дії операції РЕПО, процентних ставок за борговими зобов'язаннями (депозитними сертифікатами) Національного банку.

Операції прямого РЕПО, які здійснюються між Національним банком і комерційними банками, обліковуються як у Національному банку, так і в банках на балансових рахунках бухгалтерського обліку кредитних операцій відповідно до нормативно-правових актів Національного банку України. Наведене положення поширюється і на операції «зворотного» РЕПО.

Правова природа договору РЕПО. Наведене дає підстави для висновку про те, що правова природа правочину РЕПО обумовлена взаємним зв'язком їх економічної сутності і правової форми закріплення.

Економічна сутність операції РЕПО полягає в тому, що одна сторона — НБУ — надає грошові кошти на певний час іншій стороні — первинним дилерам ринку державних цінних паперів за визначену плату. При цьому первинний власник грошових коштів — НБУ — отримує у вигляді забезпечення облігації базових випусків (тобто, за якими допущено проведення РЕПО-операції). У зв'язку з цим у літературі обгрунтовується позиція про те, що за своїм економічним смислом операція РЕПО виступає аналогом позики (кредитної операції) під заставу цінних паперів, а купівля-продаж — лише форма її реалізації.

Однак правова форма проведення операції полягає в тому, що виконання правочинів РЕПО досягається шляхом виконання двох угод купівлі-продажу, під час яких право власності на папери по черзі переходить від однієї сторони до іншої. Відсутність договірної конструкції РЕПО в українському Цивільному кодексі робить очевидним, на перший погляд, застосування до відносин сторін за цим правочином інституту договору купівлі-продажу.

У зв'язку з цим у літературі операції РЕПО переважно визнають «... угодою про купівлю (продаж) цінних паперів з наступною обов'язковою купівлею (продажем) за ціною, яка визначається в момент укладення угоди», на яку, відповідно, поширюються загальні положення ЦК про істотні умови договору купівлі-продажу — його предмет (вважається, що інші умови — ціна, якість — є визначеними). При цьому предмет договору купівлі-продажу повинен вважатися встановленим, якщо зміст договору дозволяє визначити найменування і кількість товарів. У цьому разі до числа істотних мають належати також: умови, щодо яких наявні спеціальні вказівки в законах або інших правових актах про те, що вони є істотними або необхідними для договорів даного виду; умови, щодо яких за заявою однієї із сторін повинна бути досягнута домовленість.

І. Трошин обґрунтовує більш широкий перелік істотних умов договору РЕПО як купівлі-продажу цінних паперів, зокрема: предмет, об'єкт, ціну, строк, ставку.

Крім зазначених вище істотних умов правочину РЕПО, в літературі слушно звертається увага на специфічний характер, притаманний зобов'язанням сторін щодо укладення другої частини правочину РЕПО. Зокрема зазначається та обставина, що друга частина правочину РЕПО («викуп» цінних паперів) стає можливою завдяки тому, що сторони записали в договорі (або договорах) відповідні положення про другу частину угоди. Обов'язок сторін щодо укладення другого договору купівлі-продажу (на «викуп» цінних паперів) випливає із зобов'язань, прийнятих ними на себе за першим договором, оскільки в силу загальних положень цивільного права про підстави договору обов'язок укласти договір може бути передбачений добровільно прийнятим зобов'язанням. Сторони першої і другої частин правочину РЕПО стають зобов'язаними одна перед одною укласти договір на зворотній продаж цінних паперів у силу того, що на першому етапі покупець цінних паперів бере на себе зобов'язання продати цінні папери на другому етапі, а продавець бере на себе зобов'язання їх купити. У випадку ухилення будь-якої сторони від укладення договору на зворотний продаж інша сторона може звернутися до суду з позовом про спонукання до укладення договору.

У зв'язку з цим у літературі звертається увага на можливість оформлення зобов'язань зі вчинення другої частини правочину РЕПО як у вигляді конкретних самостійних зобов'язань з купівлі-продажу, так і в формі попереднього договору. При цьому останній варіант (попередній договір) пропонується розглядати більш привабливим і доцільним з точки зору захисту кредитора від ризику відмови контрагента від вчинення другої частини правочину РЕПО.

Невизначеність всіх умов зустрічного надання на момент укладення угоди зворотного РЕПО найповніше відповідає цілям інституту попереднього договору, який називався «запродажем» у дореволюційній російській юриспруденції. Г. В. Шершеневич писав, що запродажем називається договір, в силу якого сторони зобов'язуються укласти в певний строк договір купівлі-продажу. Тобто це попередній договір про укладення іншого договору. Потреба в ньому викликана існуванням перешкод для укладення того договору, який передбачається в майбутньому, внаслідок відсутності будь-яких умов, необхідних для його укладення. Зі зміною в наступному обставин відкриється можливість укласти головний договір. Історично договір запродажу викликаний неможливістю вчинити купівлю-продаж нерухомості, яка знаходиться під забороною.

Наведена ідея щодо оформлення угоди РЕПО за допомогою конструкції попереднього договору видається мало пристосованою для практичної реалізації, хоч і припустимою з теоретичних міркувань. Запропоноване вище розуміння угоди зворотного РЕПО ймовірніше за все не буде сприйняте стороною, заінтересованою у вчиненні другої частини РЕПО, оскільки зобов'язана сторона буде використовувати ситуацію відсутності основного договору як привід для ухилення від його реального виконання. Тому найбільш адекватною правовою формою угоди РЕПО має розглядатися сукупність двох договорів зворотної (зустрічної) купівлі-продажу.

Виявлення і визначення істотних і необхідних умов правочину РЕПО як зворотної купівлі-продажу (цінних паперів) обумовило існування обґрунтованих у науці позицій про угоду РЕПО як позику під заставу і зворотну купівлю-продаж.

За таких обставин, вважає В. А. Бєлов, право власності на цінні папери, які перейшли за першою частиною угоди РЕПО до покупця, зразу ж обтяжується зобов'язальним правом вимоги продавця.

Критикуючи заставний характер цієї угоди в літературі, автори звертають увагу на ту обставину, що «зазначені права вимоги не можуть обмежити покупця за першою частиною угоди РЕПО наявними в розпорядженні цінними паперами, оскільки ці права набувають юридичної сили і значимості щодо цінних паперів, які виступають об'єктом угоди РЕПО, з моменту укладення сторонами другої частини такої угоди. Саме з цього моменту у покупця за першою частиною угоди РЕПО виникає в силу ст. 307 ЦК РФ зобов'язання перед продавцем, а в продавця — право вимоги до покупця щодо цінних паперів. До цього моменту продавець володіє лише правом вимоги укладення другої частини угоди РЕПО, але жодних зобов'язальних прав щодо цінних паперів до цього моменту він не має. Відповідно,

висновки про обмеження права власності покупця за першою частиною угоди РЕПО недостатньо переконливі.

Г. Ф. Шершеневич, крім того, зазначав, що це тільки видимість, хоча на неї зважають, піддаються і юристи. Своєрідною позикою під заставу угоду РЕПО розглядають багато сучасних цивілістів (наприклад, М. Кузнецов, Р. А. Майданик, В. А. Бєлов). «Насправді, — зазначає Г. Ф. Шершеневич, — тут дві угоди, застави немає, оскільки відсутнє будь-яке речове право і об'єктом другої угоди при виконанні можуть виявитися не ті самі речі, що в першій. Сутність репорта з юридичного боку полягає в невідривності обох моментів угоди, купівлі за готівку і продажу в кредит».

Однак Г. Ф. Шершеневичу не вдалося уникнути певної непослідовності у своїх поглядах, оскільки запропоноване ним розуміння правочину РЕПО як договору купівлі-продажу виявилося діаметрально протилежним обґрунтованим цим автором ознакам угоди РЕПО, які майже повністю співпадають з ознаками позики під заставу. Так, за Г. Ф. Шершеневичем, сутність репорта (РЕПО) полягає в тому, що одна особа купує певну кількість цінних паперів і одночасно продає ті самі цінні папери тій самій особі за підвищеною ціною на строк, зазвичай, нетривалий. Різниця в ціні становить винагороду за користування чужим капіталом. Запропонована автором конструкція угоди РЕПО (репорта) як купівлі-продажу цінних паперів одночасно містить у собі всі встановлені ним же на основі чинного в ті часи законодавства істотні умови договору позики (передача замінимих речей у власність і обов'язок їх повернення). Незважаючи на це, Г. Ф. Шершеневич дійшов суперечливого висновку про те, що з боку результату створюється враження немов би позики під заставу. У зв'язку з цим у літературі справедливо піддано критиці його висновок про те, що враження позики лише видимість, а угода, з урахуванням міркувань Г. Ф. Шершеневича, належить, як мінімум, до змішаних договорів.

З наведеною вище позицією щодо заперечення забезпечувального характеру угоди РЕПО не можемо повністю погодитися, оскільки основна мета угоди РЕПО полягає саме в передачі позикодавцю права власності на цінні папери, які виступають забезпеченням належного виконання зобов'язань позичальника. Наявність чи відсутність обмежень здійснення права власності на такі цінні папери не має визначального значення на кваліфікацію цих відносин забезпечувальним правом власності. Тому перспективною видається висловлена в літературі позиція про визнання операцій РЕПО різновидом забезпечувального права власності.

Визначальним для визначення природи угоди РЕПО є склад цілей цього правочину, які дедалі частіше розглядаються судовою практикою як істотні умови правочину.

Під метою правочину в літературі цілком слушно розуміють «єдність цілей виникнення та існування обов'язків та правочинів, які, в свою чергу, полягають в отриманні зустрічного надання». Інакше кажучи, — справедливо зазначає Ю. Фогельсон, — метою виникнення та існування обов'язку виступає предмет іншого обов'язку. Наприклад, метою виникнення обов'язку покупця зі сплати грошей виступає отримання придбаного товару. Метою виникнення обов'язку продавця передати товар покупцю є отримання грошей.

З точки зору мети сторони угоди РЕПО переслідують інші цілі, ніж звичайна «передача права власності на цінні папери (об'єкт угоди РЕПО) за певну ціну», що підтверджує необґрунтованість розуміння природи угоди РЕПО як (звичайної) купівлі-продажу цінних паперів.

Зазначений правочин направлений, з одного боку, «на заміну купівлею-продажем кредитування під заставу, а з іншого, метою угоди РЕПО також може виступати можливість «зіграти» на курсі цінних паперів». Визначальною метою цього правочину є «кредитування під заставу цінних паперів», «сторони якого виходять із потреби в реальному кредиті» і виступають «учасниками правовідносин позикового характеру», воля яких взаємно направлена на встановлення між ними позикових правовідносин.

У зв'язку з цим І. Трошин слушно дійшов висновку про визнання угоди РЕПО договором позики, оскільки «головною і єдиною метою угоди РЕПО є надання вільних фінансових ресурсів (грошових коштів, цінних паперів) однією стороною в тимчасове користування і за плату іншій стороні».

Метою виникнення та існування зобов'язання кредитора надати фінансові ресурси (грошові кошти) закріплена в предметі зустрічного зобов'язання у вигляді зобов'язання боржника зі сплати процентів за час користування ними. Відповідно для боржника мета зобов'язання зі сплати процентів полягає в отриманні у власність грошових коштів, цінних паперів або інших об'єктів.

Однак угоду РЕПО можна визнавати договором позики з певним застереженням, оскільки в буквальному розумінні має йтися, скоріше, про так звану іррегулярну позику, тобто опосередковану правовою конструкцією купівлі-продажу.

Наведене застереження викликане тим, що угоди РЕПО як позика цінних паперів мають, зазвичай економічний сенс лише у ви-

падку їх укладення через правову конструкцію, що дає можливість контрагентам практично негайно і з мінімальними витратами отримати відповідні фінансові ресурси позикодавця і провести розрахунки за процентами, а також більш надійно забезпечити інтереси позикодавця щодо гарантованого повернення об'єкта позики.

При звичайному ж оформленні позики позикодавцю необхідно через депозитарій або реєстратора перевести відповідні цінні папери на рахунок депо-позичальника, а також оформити заставу за рахунком депо, що досить часто не влаштовує позичальника з точки зору регулювання своєї ліквідності, відкриття або підтримання зайнятої ним або його клієнтами на ринку цінних паперів позиції (зокрема, складання передавальних розпоряджень з урахуванням режиму роботи депозитарія або реєстратора займе не менше двох днів).

Додатковим аргументом доцільності визнання угод РЕПО договорами іррегулярної позики під заставу виступає загроза поширення судової практики визнання таких угод удаваними, як такими, що приховують заставні відносини. В окремих випадках суди визнають удаваний характер угод РЕПО як купівлі-продажу цінних паперів, сутність якої полягає у визнанні такого правочину позикою під заставу, до якої мають застосовуватися правила ЦК про позику і заставу.

Враховуючи економічну витребуваність схем угод РЕПО юридично адекватним є визнання їх саме договорами іррегулярної позики під забезпечення у вигляді забезпечувального права власності як альтернативного заставі способу забезпечення виконання зобов'язань.

Отже, угода РЕПО є складним зобов'язанням іррегулярної позики, забезпеченої переходом права власності на майно (цінні папери) до позичальника, мету якої становлять погоджені цілі обов'язків відповідної зобов'язаної сторони правочину вчинити певні дії на їх виконання (обов'язків), сформована як результат єдності цілей і взаємної направленості волі обох сторін на встановлення між ними позикових правовідносин.

За своєю юридичною природою договір між НБУ і первинними дилерами необхідно розглядати не самостійним договором купівлі-продажу, а особливим видом договору про забезпечувальне право власності, в якому боржник передає право власності на цінний папір на забезпечення виконання зустрічного грошового зобов'язання перед кредитором.

Подвійні функції, які виконуються репортом, обумовили ризиковий характер операцій РЕПО. По-перше, репорт є засобом про-

довжити біржову спекуляцію, яка не виправдалася в короткі строки, але спекулянт (покупець) впевнений у своїй правоті. З точки зору такої мети репорта, останній має харктер пролонгаційної угоди. По-друге, репорт є вигідним засобом інвестування капіталу на короткий строк, якщо капітал тимчасово не знаходить надійного вкладення. Вигода репорта для репортера очевидна: а) капітал не залишається невикористаним; б) короткостроковість угоди не пов'язує свободи дій підприємця; в) отримані покупцем папери є надійним забезпеченням.

Види договорів РЕПО. Особливість змісту операцій РЕПО знайшла відображення в структурі і видах правочинів РЕПО. Залежно від того, що НБУ продає в першій частині угод, виділяють «пряме» і «зворотне» РЕПО. За необхідності підвищення ліквідності банківської системи України НБУ проводить операції «прямого РЕПО», що передбачає викуп належних банку облігацій з умовою обов'язкового зворотного викупу облігацій банком-власником. У випадку надлишкової ліквідності НБУ продає банкам облігації із свого портфелю на умовах «зворотного РЕПО», з обов'язком викупу у банків цих облігацій у визначені строки і за визначеною ціною. Операції зворотного репо за своєю суттю виступають аналогами депозитних операцій. Їх мета — вилучення надлишкової ліквідності (тобто грошової маси) з ринку і з банківської системи. Тому ця операція повинна застосовуватися НБУ у випадках саме надлишку грошових коштів на ринку, а не створювати банкам-первинним дилерам можливості постійного отримання безризикового доходу.

Прийнято виділяти так звані «істинні» РЕПО і РЕПО типу «продажу-зворотної купівлі». На відміну від РЕПО типу «продажу-зворотної купівлі» «істинні РЕПО» вчиняються сторонами тільки за наявності генеральної угоди між ними про здійснення правочинів РЕПО. Така угода повинна чітко визначати права, відповідальність сторін і порядок розрахунків між ними за угодами. Як правило, в «істинному РЕПО» явно виділяється процентний доход за угодою на відміну від РЕПО типу «продажу-зворотної купівлі», в яких доход визначається побічно як різниця між ціною купівлі і ціною продажу з урахуванням проміжних купонних платежів.

«Істинні РЕПО» можуть охоплювати як угоди з поставкою цінних паперів, так і угоди без їх поставки, які зазвичай називаються РЕПО «у свого депозитарія».

Операції на ринку РЕПО-кредитування здійснюються НБУ як на підставі прямої домовленості з банками, так і шляхом проведення тендеру заявок банків на участь в РЕПО-угодах.

В Україні передбачено такі види правочинів РЕПО: нічне РЕПО (передбачає строк дії — один день, фіксовану процентну ставку і витрати на весь строк проведення операції); відкрите РЕПО (передбачає нефіксований строк дії, кожна зі сторін може вимагати виконання операції РЕПО в будь-який час, але з обов'язковим повідомленням про дату завершення дії цього договору. Процентний дохід і витрати не є фіксованими і перераховуються залежно від того, скільки днів триває операція РЕПО); строкове РЕПО (передбачає чітко визначений строк. Процентний доход і витрати обумовлені та є фіксованими на час проведення операції).

На період дії договору РЕПО-кредитування державні цінні папери (облігації) блокуються на депо-рахунку покупця облігацій. Ціна правочину «пряме РЕПО» визначається з урахуванням доходності, визначеної за середньозваженою ціною первинного аукціону, облігації якого є предметом застави. Ціна угоди «зворотного РЕПО» визначається договором. При укладенні РЕПО-правочину в НБУ відкривається маржинальний рахунок, на який банк-контрагент перераховує гарантійний внесок у розмірі різниці між ціною, розрахованою на підставі доходності первинного аукціону і тією, що розрахована на підставі «ринкової оцінки» рівня доходності. У випадку «значного зниження цін на цінні папери, за якими укладено договір РЕПО-кредитування» внесок на маржинальному рахунку повинен бути відповідно збільшений. У випадку відмови продавця від зворотного викупу облігації переходять у власність кредитора.

Останнім часом не тільки на ринку цінних паперів, а й на товарному ринку отримали поширення угоди продажу із зобов'язанням (правом) зворотного викупу переданого майна за попередньо обумовленою ціною і в попередньо обумовлений строк. При цьому така комбінація правочинів зазвичай застосовується як нетрадиційний спосіб забезпечення виконання зобов'язання, за яким кредитор переслідує мету придбання права власності на майно боржника до виконання ним прийнятих на себе зобов'язань.

Правочини продажу із зобов'язанням (правом) зворотного викупу в багатьох випадках дають кредитору набагато більше гарантій виконання його контрагентом своїх договірних зобов'язань, ніж інші види забезпечення (застава, неустойка, порука тощо). Зокрема, у випадку невиконання або неналежного виконання контрагентом умов договору, кредитор звільнений від дотримання довгострокових процедур, необхідних при зверненні стягнення на заставлене майно, від «очікування своєї черги» при нестачі грошових коштів у борж-

ника або його поручника та інших умовностей, які багато в чому не відповідають інтересам потерпілої особи.

У літературі зверталась увага на виникнення певних труднощів при укладенні правочинів типу РЕПО, які виникають у ситуації, коли законодавством передбачена обов'язкова реєстрація угод, наприклад, якщо предметом договору виступає земельна ділянка або інше нерухоме майно. Відповідно до Тимчасового положення про порядок державної реєстрації права власності на нерухоме майно, затвердженого наказом Міністерства юстиції України за № 715 від 7 лютого 2002 р., учасниками відносин, які виникають при державній реєстрації прав на нерухоме майно і угод з ним, є власники нерухомого майна та володарі інших прав на нього, які підлягають державній реєстрації, з одного боку, і органи, що здійснюють державну реєстрацію прав, — з іншого.

Однак на момент укладення договору «прямої» реалізації нерухоме майно ще не належить кредитору. Тому одночасна реєстрація договорів «прямої» та «зворотної» реалізації неможлива, оскільки такі угоди визнаються неукладеними, що призводить до негативних наслідків. Розрив у часі між реєстрацією договорів «прямої» та «зворотної» реалізації нерухомого майна фактично означає залежність виконання попередніх домовленостей від доброї волі однієї зі сторін і є свідченням прояву особливої довіри з боку іншої особи, що далеко не завжди гарантує захист інтересів цієї сторони як фідуціанта. У зв'язку з цим обґрунтованою є висловлена в літературі позиція, згідно з якою рекомендується у випадку, коли предметом правочинів РЕПО є нерухоме майно або інше майно, яке вимагає державної реєстрації, сторонам доцільно до державної реєстрації договору «прямої» реалізації предмета угоди укласти договір «зворотної» та реалізувати в простій письмовій формі (без державної реєстрації). Надалі, у випадку ухилення однієї зі сторін від участі в державній реєстрації договору «зворотної» реалізації суд буде мати право за вимогою іншої сторони винести рішення про реєстрацію такої угоди.

Постанова Національного банку України від 29 травня 2001 р. передбачає відповідальність за несвоєчасне виконання зобов'язання щодо перерахування коштів за договором РЕПО (про здійснення операцій РЕПО). Винна сторона при цьому сплачує на користь іншої сторони пеню в розмірі 0,5 процента від суми зобов'язання за кожний день прострочення, але не більше подвійної облікової ставки Національного банку, що діяла в період прострочення виконання зобов'язання, та повинна відшкодувати збитки, завдані простроченням виконання зобов'язання.

У разі несвоєчасного виконання зобов'язання щодо поставки (блокування) державних цінних паперів за договором РЕПО винна сторона сплачує на користь іншої сторони штраф, розмір якого встановлюється сторонами в договорі, та зобов'язана відшкодувати збитки, завдані простроченням виконання зобов'язання.

У випадку здійснення правочину «прямого» РЕПО, в договорі має бути передбачено, що в разі несвоєчасного виконання банком зобов'язання щодо зворотної купівлі державних цінних паперів. Національний банк може застосувати переважне і безумовне право задовольнити свої вимоги шляхом списання у безспірному порядку заборгованості з кореспондентського рахунку зобов'язаної сторони в повному обсязі відповідно до норм ст. 73 Закону України «Про національний банк України».

Якщо одна зі сторін договору не здійснює зворотної купівлі державних цінних паперів у визначений термін через відсутність коштів, то інша сторона має право залишити державні цінні папери у своїй власності, про що сторони укладають додаткову угоду. Положення про відповідальність, передбачену наведеним Положенням Національного банку України, направлені на недопущення зловживання своїм становищем учасниками цих операцій, оскільки можливі випадки, коли курс державних цінних паперів значно підвищується на визначений момент зворотної передачі цінних паперів, що дасть можливість отримати вищий прибуток, ніж коли зворотна передача цінних паперів відбулася б за умовами договору.

З метою забезпечення виконання зобов'язань про зворотний викуп державних цінних паперів Національний банк України — покупець у першій частині правочину РЕПО — отримує гарантійний внесок, виходячи з ринкової оцінки державних цінних паперів, які є предметом правочину РЕПО. Гарантійний внесок, поряд зі штрафними санкціями, є засобом захисту від потенційних збитків у разі різких коливань цін на державні цінні папери. Сума гарантійного внеску залежить від терміну укладеного правочину РЕПО, типу державних цінних паперів, які є предметом угоди, та суми очікуваного доходу за цими цінними паперами. У випадку різкого зниження цін на цінні папери, за якими укладено правочини РЕПО, продавець цінних паперів (позичальник) має додатково перерахувати кошти або оформити заставу для більшої гарантії виконання зобов'язань. Граничне значення зниження цін на державні цінні папери визначається в договорі РЕПО. У разі, якщо одна зі сторін правочину РЕПО не здійснює зворотну купівлю державних цінних паперів у

визначений договором термін через відсутність коштів, покупець втрачає право на викуп цих цінних паперів, і гарантійний внесок, який мав місце за угодою, при цьому не повертається.

Отже, зміст правочинів РЕПО полягає в тому, що сторона, яка купила цінні папери у іншої сторони, зобов'язується продати назад ті самі або аналогічні придбаним цінні папери у визначений день або за вимогою за ціною, визначеною на момент їх купівлі. Ризик невиконання зобов'язання забезпечується правом кредитора залишити цінні папери у свою власність або реалізувати їх з метою погашення заборгованості.

Ризиковий характер правочинів РЕПО полягає в можливості виникнення негативної курсової різниці між попередньо обумовленою ціною зворотної купівлі й поточним курсом цих цінних паперів на визначений день або за вимогою покупця.

Глава 9

ОСОБЛИВОСТІ ПУБЛІЧНО-ПРАВОВИХ ДОГОВОРІВ

§ 1. Правова природа публічного договору

Ефективне поєднання суспільних і приватних інтересів, що безумовно має бути головною метою законодавця при регулюванні цивільних відносин, можливе через створення таких матеріальних умов (зокрема в підприємницькій (господарській) діяльності, де інтереси суб'єктів цивільного товарообігу, зазвичай переслідують протилежні цілі), коли виконання суспільних завдань було би вигідне і для приватних інтересів.

Визначення сутності публічного договору та особливостей його застосування пов'язано з проблемами взаємодії імперативних і диспозитивних норм у цивільному праві, узгодженням приватних і публічних інтересів, ступенем втручання держави в економічні відносини. Розглядаючи проблеми публічного договору, важливо правильно встановити межу, коли приватні інтереси повинні бути обмежені на користь публічних.

Вивчення співвідношення приватних і публічних засад дозволяє дійти висновку, наскільки об'єктивно сучасне чинне цивільне право відображає інтереси та потреби суспільства, держави та конкретної особи, як воно втілює закономірності і тенденції суспільного розвитку в Україні на певному етапі.

Цивільний кодекс УРСР 1922 р., Цивільний кодекс УРСР 1963 р. не містили спеціальних норм щодо публічного договору, так як, власне, і не використовували терміна

«публічний договір». Проте через імперативну дію та спрямованість норм, що регулюють публічний договір, у відносинах за участю споживачів товарів (робіт, послуг) та обмеження одного з основних принципів — свободи договору — цей договір посідає окреме місце в системі сучасного договірного права України. Публічний договір регулює відносини, які виникають у сфері цивільного обігу. Наприклад ЦК України 12 видів договорів прямо назвав публічними, більшість з яких (наприклад, договір роздрібної купівлі-продажу, побутового підряду, перевезення транспортом загального користування) становить левову частку в загальній масі правочинів, які укладаються в суспільстві.

Публічний договір — це інструмент поєднання публічних і приватних засад в приватноправових відносинах, яке на сучасному етапі розвитку зобов'язальних відносин є цілком виправданим та необхідним[1].

Зв'язок диспозитивних та імперативних правових норм виявляється насамперед в їх єдиній спрямованості на створення правових умов та регулювання правових відносин, вирішення конфліктів інтересів різних учасників цивільних відносин, а також гармонійний розвиток відносин у галузі цивільного права. Існування диспозитивних та імперативних норм взаємозумовлене та цілком необхідне в сучасних умовах розвитку цивільних відносин в Україні. Обидві категорії норм створено на підставі загальних конституційних принципів і вони підлягають правовій охороні в судовому порядку.

Об'єктивні обмеження свободи договору можуть випливати із законів, яким і є Цивільний кодекс, а не з будь-яких інших нормативно-правових актів. Найбільш типовим прикладом обов'язку однієї зі сторін укласти договір, що є саме обмеженням свободи договору, що випливає із самого ЦК, є, безумовно, ст. 633 ЦК України «Публічний договір». Ця стаття містить критерії віднесення договору до публічного договору і обмеження, що накладаються на одну зі сторін такого договору.

Поява цієї статті в ЦК стала наслідком нової й, безумовно, позитивної тенденції в розвитку цивільного законодавства, що полягає в необхідності захисту слабкої сторони договору, якими насамперед є громадяни, що укладають договори з організаціями для задоволення особистих побутових потреб, тобто споживачі. Причому, говорячи про «слабкість» цього специфічного суб'єкта договору, необхідно мати на увазі, що полягає вона не тільки і не стільки у власне економічній його слабкості стосовно контрагента за дого-

[1] Проблемы теории гражданского права. — М., 2003. — С. 21.

вором, скільки в його, як правило, непрофесіоналізмі як учасника ринкових відносин, що і викликає необхідність особливого захисту з боку законодавця[1].

Цивільне законодавство деяких країн пострадянського простору також містить норми про публічний договір. Наприклад, ст. 426 ЦК Російської Федерації містить статтю, яка встановлює обов'язок укладення договорів комерційною організацією, яка здійснює продаж товарів, виконання робіт або надання послуг щодо невизначеного кола осіб[2]. Аналогічні норми містяться в цивільних кодексах Республіки Білорусь (ст. 396 ЦК Республіки Білорусь)[3] та Казахстану (ст. 387 ЦК Казахстану)[4]. «Нестандартне» рішення впроваджено в Цивільному кодексі Грузії, де відсутня конструкція «публічного договору», однак присутня вказівка на обов'язок укладення договору у випадках, визначених законом (ст. 319 ЦК Грузії)[5].

Основний висновок з оцінки тексту ст. 633 ЦК України полягає в тому, що ст. 633 ЦК України містить обмеження свободи договору для підприємця, що продає товар, виконує роботи або надає послуги. Такий підприємець не вправі встановлювати дискримінаційні правила переваги (одним особам перед іншими), тобто вибирати на свій розсуд собі контрагента по договору, не вправі встановлювати ціну товарів, робіт, послуг, різну для окремих категорій споживачів, тобто позбавлений свободи відносно визначення для них не однакових умов договору. За наявності можливості надати споживачеві товари, послуги, виконати для нього роботи підприємець не має права відмовити споживачу в укладенні публічного договору, у противному випадку споживач має право на звернення до суду з вимогою про відшкодування збитків.

Публічним є договір, в якому одна сторона — підприємець (зобов'язана особа) взяла на себе обов'язок здійснювати продаж товарів, виконання робіт або надання послуг кожному, хто до нього звернеться (роздрібна торгівля, перевезення транспортом загального користування, послуги зв'язку, медичне, готельне, банківське обслуговування тощо) — ст. 633 ЦК України.

З метою правильного трактування суті публічного договору, запропоноване законодавцем поняття доцільно розділити на частини і розглянути кожну окремо.

---

[1] *Забоев К. И.* Правовые и философские аспекты гражданско-правового договора. — СПб., 2003. — С. 90.

[2] Гражданский кодекс Российской Федерации. — М., 2003. — С. 452.

[3] Гражданский кодекс Республики Беларусь. — СПб., 2003. — С. 469.

[4] Гражданский кодекс Республики Казахстан. — СПб., 2002. — С. 441.

[5] Гражданский кодекс Грузии. — СПб., 2002. — С. 242.

У статті 633 ЦК України розкривається зміст публічного договору через такі основні елементи:

1) однією зі сторін договору є підприємець;

2) предмет діяльності підприємця складає: продаж товарів, виконання робіт або надання послуг;

3) підприємець дотримує такі обов'язкові умови:

а) укладає договір з кожним контрагентом, що звернувся;

б) не віддає перевагу одній особі перед іншою, крім випадків, передбачених законом і іншими правовими актами;

в) продає товари, виконує роботи і надає послуги за однаковими цінами і на однакових умовах для всіх споживачів, за винятком випадків, коли законом і іншими правовими актами допускається надання пільг для окремих категорій споживачів (частини 2, 3 ст. 633 ЦК України);

4) умови договору повинні відповідати правилам, установленим законодавчими та іншими нормативними актами;

5) порушення вимог, установлених законом для підприємця, спричиняє для нього негативні наслідки у вигляді відшкодування контрагенту збитків, заподіяних відмовою в укладенні договору, або визнання умов публічного договору, які не відповідають вимогам встановленим в ч. 2 ст. 633 ЦК України або правилам, які є обов'язковими для сторін при укладенні договору, нікчемними.

Насамперед необхідно уточнити, що ст. 633 ЦК України регламентує поведінку учасників як на стадії укладення договору, так і на стадії виконання. Так, у ньому зазначено обов'язок здійснювати продаж товарів, виконання робіт, надання послуг кожному, хто до нього звернеться. Таким чином, ми можемо вести мову про першу, переддоговірну стадію. На стадії виконання вступає в дію ч. 5 ст. 633 ЦК України, відповідно до якої необхідно дотримувати вимог актів цивільного законодавства, які можуть встановлювати правила, обов'язкові для виконання сторонами при укладенні і виконанні договору.

На будь-якій стадії підприємець має дотримуватися правил, викладених у ч.2 ст. 633 ЦК України щодо рівності умов договору для всіх клієнтів підприємця. Одночасно ч.1 ст. 633 ЦК України визначає ознаки, за наявності яких укладений договір можна віднести до категорії публічних. Вони свідчать про публічність. За змістом ч.1 ст. 633 ЦК України, правовідносини можуть бути класифіковані як публічні за наявності таких умов:

1) предметом конкретного договору є зобов'язання підприємця із продажу товарів, виконання робіт або надання послуг;

2) сторони договору — підприємець та споживач;

3) підприємець здійснює таку підприємницьку діяльність, відносно необмежного кола споживачів (публічна діяльність).

Виходячи з наведеного, вказані ознаки можна поділити на першорядні (діяльність підприємця щодо необмеженого кола споживачів) і другорядні (предмет і сторони). Характер діяльності передбачає саме продаж товарів, робіт, послуг, причому така діяльність повинна бути підприємницькою. За відсутності цієї першої ознаки, інші самі по собі свідчити про публічність не можуть. Водночас вони частково конкретизують те, що мається на увазі під «публічною діяльністю»[1]. Крім того, в ч.1 ст. 633 ЦК України перераховуються види договорів, які є публічними. У частині Кодексу, присвяченій окремим видам зобов'язань, і в деяких законах також відзначається публічність інших. Це перерахування (як у ст. 633 ЦК України, так і в кодексі, та законах) однозначно свідчить, що до угод такого виду повинні застосовуватися правила про публічний договір. Факт того, що договір прямо віднесений законом до публічних, можна умовно вважати ще однією ознакою публічності, наявність якої не потребує наявності ні першорядної ознаки, ні другорядних.

Публічний договір опосередковується низкою спеціальних цивільно-правових норм, що регулюють договірні відносини, які виникають у сфері підприємницької діяльності, де присутня економічна нерівність сторін, що вимагає встановлення додаткових правових гарантій для більш слабкої сторони — споживачів. Загальною нормою, що містить основні положення про публічний договір, виступає ст. 633 ЦК України. На доповнення до неї діють спеціальні норми, які регулюють конкретні види публічних договорів. Спеціальні закони і підзаконні акти забезпечують детальне регулювання найбільш важливих положень для деяких договорів.

Суб'єкти публічного договору мають певні права та пов'язані взаємними кореспондуючими обов'язками. Учасниками договірних відносин у публічному договорі є чітко обмежене коло суб'єктів: підприємець і споживач. Дані правовідносини породжують зобов'язання сторін, згідно з якими споживач має право вимагати від підприємця укладення договору про придбання товарів, виконання робіт або надання послуг на рівних умовах і за однаковою ціною для всіх, підприємець зобов'язаний виконати ці вимоги.

Зобов'язання, що виникає з публічного договору, є майновим, оскільки пов'язане з виробництвом та переміщенням майна або

[1] *Калашникова Г. А.* Публичный договор: Дис. ... канд. юрид. наук. — Краснодар, 2002. — С. 15—16.

результатів праці (товари, роботи, послуги), що мають певну ціну. Тому дане зобов'язання є майновим правовідношенням[1].

У Цивільному кодексі публічними прямо названо такі види договорів:

— договір роздрібної купівлі-продажу (ст. 698 ЦК України);

— договір прокату (ст. 787 ЦК України);

— договір побутового підряду (ст. 865 ЦК України);

— договір про надання послуг зв'язку (ч. 1 ст. 633 ЦК України);

— договір про надання медичних послуг (ч. 1 ст. 633 ЦК України);

— договір про надання готельного обслуговування (ч.1 ст. 633 ЦК України);

— договір банківського обслуговування (ч. 1 ст. 633 ЦК України);

— договір перевезення транспортом загального користування (ч. 1 ст. 633 ЦК України, ст. 915 ЦК України);

— договір банківського вкладу, у якому вкладником є громадянин (ч.1 ст. 1058 ЦК України);

— договір зберігання речей на складі (у камерах, приміщеннях) (ч. 3 ст. 936 ЦК України);

— договір зберігання на складі загального користування (ч. 2 ст. 957 ЦК України);

— договір зберігання автотранспортних засобів, що здійснюється суб'єктом підприємницької діяльності (ч. 1 ст. 977 ЦК України).

Визначити ж коло договорів, які містяться в інших законах та підзаконних нормативних актах цивільного законодавства і належать до публічних, досить важко. Стаття 20 Закону України «Про туризм»[2] встановлює, що до початку надання туристичних послуг споживачу за його вимогою повинна бути надана інформація: про загальні умови типового (публічного) договору на надання туристичних послуг (за його наявності). Таким чином, враховуючи те, що в ч. 1 цієї самої статті вказується, що до договору про надання туристичних послуг застосовуються положення про договір, про надання послуг, можна стверджувати, що цей договір є публічним. Договір складського зберігання зерна (ст. 26 Закону України «Про зерно та ринок зерна в Україні»)[3] є публічним договором, типова форма якого затверджується Кабінетом Міністрів України.

Вказівка в нормах особливої частини на належність конкретного договору до числа публічних буде додатковою гарантією пра-

---

[1] *Мищенко Е. А.* Публичный договор в российском гражданском праве: Дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2004. — С. 42—43.

[2] Закон України «Про туризм» // Відомості Верховної Ради України. — 1995. — № 31. — Ст. 241.

[3] Закон України «Про зерно та ринок зерна в Україні» // Відомості Верховної Ради України. — 2002. — № 35. — Ст. 258.

вильного застосування норм про публічний договір. Водночас слід погодитися з позицією законодавця, який в ст. 633 ЦК України, перерахувавши деякі види публічних договорів, залишив можливість віднесення інших договорів до числа публічних. У зв'язку з цим, розглянувши норми зобов'язальної частини Цивільного кодексу України з урахуванням ознак публічного договору, можна дійти висновку, що Особлива частина ЦК України містить норми про договори, які з урахуванням їх специфіки можуть бути віднесені до числа публічних. До них належать, наприклад, такі договори, як:

— зберігання речі у ломбарді (ст. 967 ЦК України)
— зберігання цінностей у банку (ст. 969 ЦК України);
— зберігання в гардеробах організацій (ст. 973 ЦК України)
— зберігання автотранспортних засобів (ст. 977 ЦК України) та інші.

§ 2. Елементи публічного договору

Предмет публічного договору. Аналізуючи ч. 1 ст. 633 ЦК України, слід зазначити, що Цивільний кодекс України обмежує коло договорів, виходячи з предмета публічного договору, оскільки ст. 633 ЦК України визнає публічним договором тільки такий, що встановлює обов'язок підприємця з продажу товарів, виконання робіт, надання послуг. Тому у випадку, якщо предметом окремого договору не є зазначені вище види діяльності, то такий договір не буде підпадати під дію норми про публічний договір, навіть за умови, що діяльність підприємця є публічною.

Формулювання ч. 1 ст. 633 ЦК України передбачає, що підприємець бере на себе обов'язок здійснювати продаж товарів, надання послуг, виконання робіт, що передбачає існування правовідносин як на стадії укладення, так і на стадії виконання договору. У разі якщо первинно сторони мали на меті укласти договір, предметом якого буде продаж товарів, виконання робіт або надання послуг, такі відносини між підприємцем і споживачем, навіть якщо договір і не було укладено, породжують певні права та обов'язки, передбачені ст. 633 ЦК України, наприклад відшкодувати збитки у разі необґрунтованої відмови підприємця від укладення договору.

Під терміном «предмет публічного договору» у широкому значенні слід розуміти зобов'язання підприємця щодо продажу товарів, надання послуг або виконання робіт.

Під продажем товару мається на увазі договір купівлі-продажу товару. Ученими висловлювалися різні точки зору щодо визначення категорії «товар». У широкому розумінні з погляду ринкової еконо-

міки термін «товар» включає все, що може бути об'єктом оплатних угод[1].

З точки зору цивільного права товаром можуть виступати будь-які речі як рухомі, так і нерухомі, індивідуально визначені або визначені родовими ознаками та ін.

В юридичному аспекті правова категорія «річ» характеризується по-різному. Стаття 177 ЦК України зараховує речі до об'єктів цивільних прав разом з іншим майном, а також майновими правами[2]. Таким чином, виходячи з визначення ст. 177 ЦК України, речі, інше майно і майнові права є окремі групи об'єктів цивільних прав. Аналіз конструкції ст. 177 ЦК України не дозволяє однозначно визначити, які з зазначених об'єктів є первинними та мають пріоритетний характер. Майно як правова категорія має більш широке розуміння і включає в себе речі. Виділення поряд із речами таких категорій, як цінні папери, гроші, інше майно та речові права свідчить про прагнення законодавця втілити досягнення цивілістики і підкреслити різноманітність цивільних відносин. Варто зазначити, що з точки зору публічного договору під терміном «товар» слід розуміти як майно, так і майнові права.

Як один із різновидів діяльності, який входить до предмета публічного договору, частина 1 ст. 633 ЦК України передбачає виконання робіт. Цивільне законодавство пов'язує виконання робіт із договором підряду. Робота — це діяльність особи, що має своїм результатом створення нового матеріального блага або перероблення вже існуючого. Договір підряду регулює взаємовідносини з виконання робіт та має на меті результат виконання робіт на відміну від відносин із найму працівника, які стосуються саме процесу виконання робіт і регулюються трудовим законодавством[3]. Дещо інша ситуація щодо визначення «надання послуг»[4]. У поняття «послуга», зазначає професор А. П. Сергєєв, можна вкласти «зовсім різний зміст — від найбільш широкого, коли ним охоплюється практично будь-яка корисна діяльність, до гранично вузького, коли послуги зводяться до предмета договору оплатного надання послуг»[5].

---

[1] *Пугинский Б. И.* Коммерческое право России. — М., 2000. — С. 48.

[2] *Підопригора О. А.* Об'єкти цивільних прав у проекті цивільного кодексу України // Українське право. — 1998. — № 1(9). — С. 61—72.

[3] *Лазор Н.* Відмежування трудового договору від цивільних договорів // Право України. — 1997. — №12. — С. 85—86.

[4] *Степанов Д. И.* Услуги как объект гражданских прав. — М., 2005. — С. 191.

[5] Гражданское право / Отв ред. Е. А. Суханов. — В 2 Т. — Т 2. — М., 2000. — С. 242.

З цієї точки зору викликають інтерес так звані алеаторні (ризикові) угоди[1], де дії організатора можна розглядати як надання послуг гравцю (споживачу) у вигляді можливості взяти участь у грі, результатом якої може стати виграш призу, або як продаж майнового права на участь у лотереї і можливість одержання призу. Як правило, такі договори є публічними, оскільки організатор пропонує взяти участь у розіграші всім бажаючим. Тому відмова в продажу лотерейного квитка, жетона тощо, а також участь у грі на інших умовах може розглядатися як недотримання рівних умов підприємцем.

Послуги в цивільному праві запропоновано розділяти на два види: матеріальні та нематеріальні. Розподіл проводиться залежно від результату діяльності послугодавця і можливості (неможливості) гарантувати досягнення цього результату. Тому до матеріальних послуг відносять послуги, які: а) знаходять втілення в предметах природи; б) особистості споживача. Послугам, що мають нематеріальний характер, притаманні інші ознаки. До них можна віднести такі: а) результат послуги має нематеріальний характер; б) послугодавець не гарантує досягнення очікуваного результату; в) послуга споживається і має моментальний характер; г) послуга пов'язана з особистістю послугодавця[2]. Законодавче закріплення договори про послуги одержали в статтях 901—907 ЦК України.

Суб'єктний склад публічного договору. Склад публічного договору є чітко визначеним, що є однією з істотних ознак публічного договору. Відповідно до ст. 633 ЦК України — це підприємець, який виступає зобов'язаною стороною в договорі. Контрагентом підприємця виступає невизначене коло осіб — «кожен, хто до нього звернеться». За ст. 633 ЦК України, це споживач.

Аналіз ст. 633 ЦК України дозволяє зауважити, що її норми можуть застосовуватися до відносин, «зобов'язаною» стороною в яких виступають і індивідуальні підприємці, і юридичні особи, які здійснюють підприємницьку діяльність. Проте суб'єктами деяких договорів можуть виступати виключно юридичні особи. Йдеться, наприклад, про договір банківського вкладу, де зобов'язаною стороною виступає банківська установа, а фізичним особам-підприємцям взагалі, відповідно до чинного законодавства, не дозволяється надавати такі послуги.

---

[1] *Бервено С. М.* Проблеми договірного права України. — К., 2006. — С. 259; *Хаскельберг Б. Л., Ровный В. В.* Консенсуальные и реальне договоры в гражданском праве. — М., 2004; *Тімуш І. С.* Цивільне-правове регулювання ризикових (алеаторних) догорів: Автореф. ... дис. канд. юрид. наук. — К., 2004.

[2] *Жилинкова И. В.* Услуги по дистанционному обучению как объект гражданских прав // Юридический вестник. — 2002. — № 2. — С. 98.

Підприємництво — це самостійна, ініціативна, систематична на власний ризик господарська діяльність, що здійснюється суб'єктами господарювання (підприємцями) з метою досягнення економічних і соціальних результатів та одержання прибутку (ст. 42 ГК України).

Підприємницькою діяльністю в Україні мають право займатися як фізичні особи, які є індивідуальними підприємцями, так і юридичні особи — це, в основному, юридичні особи (господарські товариства), основною метою діяльності яких є отримання прибутку.

Згідно зі ст. 50 ЦК України право на здійснення підприємницької діяльності, яку не заборонено законом, має фізична особа з повною цивільною дієздатністю. Фізичні особи можуть здійснювати підприємницьку діяльність без утворення юридичної особи.

Відповідно до ст. 84 ЦК України, товариства, які здійснюють підприємницьку діяльність з метою одержання прибутку та наступного його розподілу між учасниками (підприємницькі товариства), можуть бути створені лише як господарські товариства (повне товариство, командитне товариство, товариство з обмеженою або додатковою відповідальністю, акціонерне товариство) або виробничі кооперативи. Наведений перелік організаційно-правових форм підприємницьких товариств є вичерпним.

Необхідно звернути увагу на відсутність єдності у законодавстві щодо визначення зобов'язаної сторони. Так, якщо в ЦК України такою визнається підприємець або особа, яка здійснює підприємницьку діяльність, то в Законі України «Про захист прав споживачів» нею вважається суб'єкт господарювання (продавець, який згідно з договором реалізує споживачеві товари або пропонує їх до реалізації, та виконавець, який виконує роботи або надає послуги). Якщо враховувати зміст Закона України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб—підприємців», то більш коректними у цій частині є норми ЦК України, а не норми Закону України «Про захист прав споживачів».

Розгляд вищезазначених осіб як зобов'язаної сторони публічного договору дозволить усунути наявну суперечність між ст. 633 ЦК України і нормами, які безпосередньо регулюють окремі види публічних договорів. Наприклад, у статтях 698 (роздрібна купівля-продаж), 787 (прокат), 865 (побутовий підряд) ЦК України зобов'язаними суб'єктами названо також особи, що здійснюють відповідні види підприємницької діяльності.

Із досить широкого кола договорів, прямо названих як публічними, в договорі перевезення транспортом загального користуван-

ня та договорі банківського вкладу зобов'язаною стороною може виступати виключно юридична особа (статті 915 та 1058 ЦК України). Це пояснюється необхідністю підвищення гарантій виконання зобов'язань і відшкодування збитків у випадку невиконання, тому що ці види діяльності спрямовано на задоволення не тільки приватних, але й суспільних потреб.

Відповідно до викладеного, на підставі аналізу нормативно-правової бази, яка регулює публічні договори можна зробити висновок, що під терміном підприємець слід розуміти не тільки фізичну особу-підприємця, але і юридичну особу — господарське товариство, а в деяких випадках і непідприємницьке товариство.

На відміну від терміна, що використовується у ЦК стосовно зобов'язаної сторони — підприємця, відносно його контрагента ст. 633 ЦК України використовує різні терміни. Так, ч. 1 ст. 633 ЦК України визначає такого суб'єкта як «кожен, хто до нього (підприємця) звернеться», у свою чергу ч. 2 ст. 633 ЦК України визначає його як «споживач». При визначенні кола суб'єктів публічного договору законодавець допустив двозначність, указавши в ч. 1 ст. 633 ЦК України, що договір укладається з кожним, хто звернеться, а в ч. 2 цієї статті, застосувавши термін «споживач», який знайшов свою конкретизацію в окремих законах.

Відповідно до Закону України «Про захист прав споживачів» споживачем уважається фізична особа, яка придбаває, замовляє, використовує або має намір придбати чи замовити продукцію для особистих потреб, безпосередньо не пов'язаних із підприємницькою діяльністю або виконанням обов'язків найманого працівника.

Закон України «Про електроенергетику»[1] як споживачів електричної енергії визнає суб'єктів господарської діяльності та фізичних осіб, що використовують енергію для власних потреб на підставі договору про її продаж та купівлю.

Закон України «Про теплопостачання» визначає споживача теплової енергії як фізичну або юридичну особу, яка використовує теплову енергію на підставі договору[2].

Таким чином, під споживачем у більшості договорів розуміється будь-яка фізична або юридична особа. Тому можна стверджувати, що в публічному договорі як споживач може виступати як юридич-

---

[1] Закон України «Про електроенергетику» // Відомості Верховної Ради України. — 1998. — № 1. — Ст. 1.

[2] Закон України «Про теплопостачання» // Відомості Верховної Ради України. — 2005. — № 28. — Ст.373.

на, так і фізична особа, а коло суб'єктів публічного договору ширше, ніж у Законі України «Про захист прав споживачів».

Цивільний обіг передбачає різноманітні договірні відносини, де в ролі покупця виступають і підприємці. Причому товар, який придбається підприємцем-покупцем, може використовуватися ним і для підприємницьких цілей. Як продавець таких товарів може виступати суб'єкт підприємництва, який посідає домінуюче становище на ринку або взагалі є монополістом на ринку відповідних товарів. Оскільки суб'єкт-монополіст не пов'язаний «боротьбою за покупця», він має можливість встановлювати умови договору, які істотно обмежать права потенційного покупця, або навіть відмовитись від укладення договору. Тоді об'єктивно більш слабкою стороною в договорі виступить підприємець-покупець.

Аналіз чинного законодавства дозволяє стверджувати, що споживачем у контексті ст. 633 ЦК України слід вважати не тільки особу, яка вже придбала товар, замовила роботу або послугу, але й особу, яка тільки має намір здійснити такі дії. Свій статус споживач набуває з моменту початку здійснення підприємцем діяльності, яка є публічною за своїм характером. Пояснюється це тим, що підприємець, як випливає з тексту ч. 1 ст. 633 ЦК України, повинен укласти договір із кожним, хто до нього звернеться. Таким чином, для нього не має бути визначальним, чи здійснить споживач будь-які дії щодо укладення договору. Усі особи навколо зобов'язаного підприємця повинні розглядатися ним як «потенційні споживачі» і тому він має встановлювати рівні умови, дотримувати вимог актів цивільного законодавства при здійсненні своєї діяльності.

У приватноправових відносинах вони виступають на рівні з іншими суб'єктами права. Отже, виходячи із загальних принципів цивільного права, якщо суб'єкт публічного права виступить як споживач товарів, робіт, послуг будь-якого підприємця, діяльність якого підпадає під ст. 633 ЦК України, то такий підприємець не вправі відмовити цьому органу в укладенні договору, а умови договору повинні бути такими самими, як і для інших споживачів як юридичних, так і фізичних осіб.

Основною ознакою публічного договору є діяльність підприємця, у результаті якої в нього виникає обов'язок укласти публічний договір. Під словом «діяльність» або «публічна діяльність», мається на увазі «діяльність, яка створює обов'язок підприємця укласти договір із продажу товарів, виконання робіт, надання послуг».

Правила публічного договору збігаються з положенням законодавства щодо заборони зловживання правом і можна говорити, що

одним із завдань публічного договору є недопущення зловживання правом на свободу договору з боку підприємців-продавців. Перша категорія суб'єктів має можливість нав'язувати споживачам вигідні для них умови договору з метою поліпшення свого економічного становища і одержання додаткового прибутку.

Якщо розглядати причини, з яких підприємець, що не є монополістом, може зловживати свободою договору, то такі причини не матимуть економічного характеру. Сучасні економічні відносини мають ринковий характер, де кожен учасник економічних відносин прагне досягнути матеріальної вигоди.

Підприємець, який домінує на ринку певних товарів, робіт або послуг здатен нав'язувати вигідні для нього умови не тільки споживачам, а навіть і конкурентам. Стаття 13 ЦК України як одну з форм зловживання правом виділяє зловживання монопольним становищем на ринку. Домінуюча особа (монополіст) займає більш економічно вигідне становище, оскільки не має проблем з реалізацією своєї продукції. Монополіст завжди може розраховувати, що продасть або всю продукцію, або певну її кількість.

У багатьох нормах цивільного законодавства, які стосуються публічних договорів, «зобов'язаною» стороною виступає підприємець, або особа, яка здійснює підприємницьку діяльність. Підприємницька діяльність, у свою чергу, передбачає здійснення відповідної діяльності систематично. Із цього випливає, що підприємцю байдуже, хто до нього звернеться, хоча він і може розраховувати при здійсненні своєї діяльності на певну соціальну категорію споживачів. Отже, із цього випливає, що публічна діяльність повинна мати систематичний характер. Крім того, як слідує зі змісту ч. 1 ст. 633 ЦК України така діяльність здійснюється відносно необмеженого кола споживачів та має конкретний предмет.

У загальному випадку, для того щоб визначити, чи є діяльність підприємця такою, що створює обов'язок із продажу товарів, виконання робіт або надання послуг щодо невизначеного кола осіб, достатньо визначити, що така особа укладає договори, прямо названі в законі як публічні або є монополістом на ринку певних товарів, робіт або послуг. В іншому випадку мова повинна йти про здійснення підприємцем публічної діяльності — систематичної діяльності із продажу товарів, надання послуг або виконання робіт на однакових умовах відносно невизначеного кола осіб, крім споживачів, яким згідно із законодавством надано пільги. Здійснення публічної діяльності підприємцем повинно створювати в потенційних клієнтів упевненість у можливості укласти з ним договір.

§ 3. Особливості укладення публічного договору

За загальним правилом, договір укладається шляхом пропозиції однієї сторони укласти договір (оферти) і прийняття пропозиції (акцепту) другою стороною (ч. 2 ст. 638 ЦК України). Оскільки ст. 633 ЦК України не передбачає винятків із цього правила, пропозицію щодо укладення договору може направити як підприємець, так і споживач. При визначенні порядку укладення публічного договору слід ураховувати положення ч.2 ст. 633 ЦК України, відповідно до якої умови публічного договору встановлюються однаковими для всіх споживачів, крім тих, кому за законом надано відповідні пільги.

Незважаючи на в цілому імперативний характер дії ст. 633 ЦК України відносно підприємця, слід зазначити, що окремі її положення, зокрема частини 2, 5, 6 обов'язкові і для споживачів. Таке положення є справедливим, оскільки збалансованість статусу підприємця і споживача може бути досягнута завдяки обмеженню прав зобов'язаної сторони, а рівновага між споживачами — шляхом установлення однакових для всіх можливостей. Таким чином, ст. 633 ЦК України обмежує у свободі встановлення умов договору не тільки підприємця, але й споживачів, що означає відсутність у споживача можливості вимагати від підприємця встановлення в договорі інших умов, ніж ті, які пропонувалися іншим споживачам.

За загальним правилом підприємець повинен установити рівні умови в публічному договорі, а його обов'язок щодо надання пільг і знижок окремим категоріям споживачів повинен випливати з закону. «Принцип рівних умов» у публічному договорі передбачає обов'язок підприємця щодо встановлення однакових цін, асортименту, якості товару, послуг, робіт та іншого для всіх споживачів, які звертаються до нього з метою укладення договору.

Норма ст. 633 ЦК України передбачає, що диференціація споживачів за критерієм захищеності відбувається за допомогою законодавства. І хоча в цілому норма ч. 2 ст. 633 ЦК України природна для тих цілей, для яких було запроваджено положення про публічний договір, визначення таких верств населення відбувається на законодавчому рівні державою. Якщо ж нормативного акта, який визначає такі категорії немає, то споживачі є рівними між собою у всіх відносинах.

У свою чергу, спеціальні закони пропонують підприємцям застосовувати знижки і пільги залежно від категорій споживачів для

збільшення обсягів продажу і, відповідно, обсягу прибутку. Пільгова категорія споживачів виграє в цьому випадку, тому що заплатити рівну з усіма ціну вона не може через свій економічний стан. Держава ж не в змозі передбачити всі можливості справедливих знижок і пільг. Про ті пільги, які обов'язкові за законом та про які так часто говорять при розгляді публічного договору (пільги для ветеранів Великої Вітчизняної війни, інвалідів і т.п.) у цьому випадку вести мову не можна. Соціально малозахищені верстви населення одержують підтримку насамперед за рахунок держави, а не за рахунок підприємця. Щоразу, коли держава, підтримуючи певні верстви населення, виконує свою місію шляхом зобов'язання підприємця надати пільгу, вона повинна відшкодувати останньому понесені при цьому збитки. Механізм відшкодування збитків може бути різним — від безпосередніх виплат підприємцям грошових сум до надання податкових пільг. У цьому випадку пільга зумовлена не економічними причинами, а політичними, соціальними.

З огляду на принцип «рівних умов» та оскільки підприємець заінтересований в отриманні прибутку від продажу товарів, надання послуг або виконання робіт, передбачається, що здебільшого оферентом виступає саме він. Підприємець має можливість контролювати дотримання принципу «рівних умов» при укладенні договорів. У разі якщо з офертою виступить споживач, то умови, які він буде пропонувати підприємцю при укладенні договору, майже стовідсотково будуть суперечити умовам аналогічного договору, який пропонує підприємець, або умовам, які пропонував інший споживач. У такому випадку підприємцю не залишиться іншого виходу, як запропонувати нову оферту. Тепер уже від споживача залежатиме вирішення питання, чи укладати відповідний договір. Вимагати укладення договору на його умовах він не вправі, а підприємець не повинен погоджуватися, оскільки інакше будуть порушені права інших споживачів на рівні умови в публічному договорі.

Підприємець має можливість і зобов'язаний укласти договір зі споживачем на умовах останнього тільки у випадку, якщо, запропоновані споживачем умови відповідають умовам аналогічних договорів, укладених підприємцем, або в разі якщо підприємець укладає договір на відповідних умовах вперше і в подальшому матиме можливість установити рівні умови для інших споживачів. У іншому випадку, особливо, якщо пропозиція споживача була викладена письмово, підприємець повинен направити споживачу договір із протоколом розбіжностей. У разі якщо споживач передасть протокол розбіжностей на розгляд суду, останній повинен виносити рішення

з урахуванням ч. 2 ст. 633 ЦК України — дотримання принципу «рівних умов».

Тому з точки зору дотримання «рівних умов» у публічному договорі, викликає інтерес спосіб укладення договору за правилами договору приєднання (ст. 634 ЦК України). Уявляється, що такий спосіб укладення є найбільш прийнятним. На підтвердження цього висновку можна навести приклад ст. 787 ЦК України — договору прокату, де в ч. 2 ст. 787 ЦК України зазначається, що договір прокату є договором приєднання, а в ч. 3 ст. 787 ЦК України міститься вказівка, що такий договір є публічним.

Частина 1 ст. 633 ЦК України не дає чіткої відповіді на запитання: яку стадію договірних відносин регулює публічний договір? Формулювання ч. 1 ст. 633 ЦК України «... взяла на себе обов'язок здійснювати продаж товарів, виконання робіт або надання послуг» з першого погляду можна розцінювати як договір, уже укладений і який поширює свою дію на невизначений проміжок часу, протягом якого підприємець здійснює один або декілька видів зазначеної діяльності. Оскільки згідно із ч. 1 ст. 638 ЦК України договір уважається укладеним тільки за умови досягнутої угоди за всіми істотними умовами, то публічний договір не може бути договором, якщо в ньому не визначено будь-яку істотну умову.

З іншого боку, розцінювати ст. 633 ЦК України як таку, що регулює тільки укладений договір, було б теж неправильно. Адже тоді немає сенсу говорити про надання переваг споживачам при укладенні договору (ч. 3 ст. 633 ЦК України), про відмову від укладення договору (ч. 4 ст. 633 ЦК України) або про умови, обов'язкові при укладенні та виконанні договору (ч. 5 ст. 633 ЦК України). Саме останнє застереження і наводить на думку, що публічний договір є правовою конструкцією, яка регулює як переддоговірну (стадію укладення), так і стадію виконання договору.

Якщо розглядати публічний договір, ураховуючи публічну діяльність як якісь дії, що свідчать про намір підприємця укладати договір з кожним, хто до нього звернеться, то можна сказати, що здійснення такої діяльності вже є офертою. Початок здійснення публічної діяльності можна розцінювати як дії, направлені на укладення публічного договору.

З точки зору способу укладення договору слід зазначити, що укладення договору шляхом конклюдентних дій може бути здійснено тільки в тому випадку, якщо закон дозволяє такий вид угоди укладати в усній формі. Тоді ж, коли угода повинна бути вчинена письмово, конклюдентні дії можуть випливати тільки як акцепт, як

відповідь на письмову оферту[1]. Цивільний кодекс України тільки один раз прямо зазначає про оферту щодо невизначеного кола осіб, зроблену у вигляді конклюдентних дій. Йдеться про ч. 2 ст. 699 ЦК України, відповідно до якої виставляння в місці продажу товарів і т.п. визнається публічною пропозицією незалежно від того, чи зазначена ціна й інші істотні умови договору роздрібної купівлі-продажу, за винятком випадків, коли продавець явно визначив, що відповідні товари не призначені для продажу. Однак ч. 2 ст. 699 ЦК України — це виняток із правила про те, що воля укласти договір і всі істотні умови договору повинні бути чітко визначені в оферті (ч. 1 ст. 641 та ч. 2 ст. 699 ЦК України).

При розгляді питання щодо строку дії оферти (строку для її акцепту), по-перше, слід виходити з того, чи зазначений такий строк в оферті. У разі якщо відповідь позитивна, то акцепт повинен бути отриманий упродовж зазначеного часу (ст. 643 ЦК України). У випадку, коли строк дії оферти не визначений, а остання зроблена в письмовій формі, акцепт має бути спрямований протягом строку, визначеного актом цивільного законодавства, або протягом нормально необхідного для цього часу (ст. 644 ЦК України).

З точку зору важливості дотримання гарантій, установлених ст. 633 ЦК України, важливим моментом є визначення строку, упродовж якого споживач може розраховувати на рівні з іншими споживачами умови в аналогічних договорах. Зміна умов договору зумовлена економічними чинниками і вимагати від підприємця дотримання однакових умов протягом невизначеного часу було б несправедливим, а з часом взагалі могло б призвести до його банкрутства. Але для того, щоб споживач міг розраховувати на рівні умови, а також з метою визначення питання дотримання підприємцем принципу «рівних умов» такі умови повинні діяти впродовж більш-менш тривалого часу. Але визначити такий час досить складно.

Оскільки цивільне законодавство не містить обмежень щодо порядку визначення такого строку, то уявляється доцільним залишити за підприємцем право на визначення строку дії рівних умов, що узгоджується з принципом свободи і самостійності підприємницької діяльності. По-перше, такий підхід не позбавляє споживача в конкретному випадку, якщо він вважає, що стосовно нього порушено зазначений принцип, звернутися до суду і вимагати відповідних правових наслідків недотримання правил про публічний договір. Тоді підприємець повинен буде довести, пославшись на відповід-

[1] *Калашникова Г. А.* Публичный договор: Дис. ... канд. юрид. наук. — Краснодар, 2002. — С. 149—153.

ні обставини (економічного, політичного, природного, соціального тощо характеру), що діяв правомірно.

У ст. 633 ЦК України не встановлюється певна єдина форма публічних договорів. Тому при вирішенні питання про форму укладення того чи іншого публічного договору необхідно керуватися загальними положеннями ЦК про форму правочинів (статті 205—209), відповідними статтями ЦК про окремі види договорів та спеціальними нормами окремих актів цивільного законодавства, зокрема Закону України «Про захист прав споживачів».

Глава 10

ОСОБЛИВОСТІ ГОСПОДАРСЬКИХ ДОГОВОРІВ

§ 1. Поняття та ознаки господарського договору

Конструкція договору як засобу саморегуляції різноманітних суспільних відносин використовується різними галузями права (міжнародним, конституційним, адміністративним, цивільним, господарським, трудовим, земельним, екологічним тощо) незалежно від ступеня імперативності правового регулювання певного виду суспільних відносин та взаємного правового становища суб'єктів цих відносин (субординації чи автономії). Адекватно сферам життєдіяльності суспільства, в яких виникають певні відносини, договір набуває специфічних рис, які мають юридично закріплюватися в різногалузевих правових нормах, що відображають відповідні компоненти договору, моделі, зміст, форму, порядок укладення, правові наслідки тощо[1]. Господарський договір є однією з ключових для господарського права конструкцій, що стала об'єктом уваги як в численних роботах радянського періоду[2],

[1] *Красавчиков О. А.* Гражданско-правовой договор: понятие, содержание и функции //Антология уральской цивилистики. 1925—1989: Сборник статей. — М.: Статут, 2001. — С. 171.

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

так і в сучасному українському правознавстві[1]. Виокремлення правових норм, що регулюють господарські відносини, які виникають у процесі організації та здійснення господарської діяльності, в тому числі договірні, від норм цивільного законодавства, що мають предметом регулювання особисті немайнові та майнові відносини (цивільні відносини), є результатом галузевої (предметної) спеціалізації в праві. У зв'язку з цим слід звернути увагу на те, що в країнах, де історично склався так званий дуалізм приватного права (зокрема, в Німеччині, Франції), питання про співвідношення цивільного і торгового законодавства не є проблемним: норми торгового права розглядаються у сукупності із цивільним правом, і норми останнього мають приходити на допомогу тоді, коли відсутнє спеціальне регулювання, встановлене торговим правом[2].

В Цивільному кодексі України 2003 р. (далі — ЦК) загальні положення про договори, які (норми) були відсутні в ЦК УРСР 1963 р., є нічим іншим, аніж виокремленням конструкції цивільно-правового договору (дво- або багатостороннього правочину) як з інституту правочину (глава 16 ЦК), так і з загальних положень про зобов'язання (глави 47—53 ЦК). Іншими словами, в цивільному законодавстві договір відмежований від односторонніх правочинів та недоговірних зобов'язань, і можна констатувати наявність правил про збірне поняття цивільно-правового договору, певну абстракцію, адже в реальному майновому обороті застосовуються конкретні договірні конструкції (купівлі-продажу, найму тощо), відповідно і переважну частину книги п'ятої ЦК «Зобов'язальне право» становлять саме норми про окремі види договірних зобов'язань. Загальні положення про цивільно-правовий договір виконують важливу роль у правовому регулюванні договірних відносин і тоді, коли відсутні спеціальні

---

[1] *Кузнецова Н.С.* Подрядные договоры в инвестиционной деятельности в строительстве. — К.: Наукова думка., 1993. — 159 с.; *Беляневич О. А.* Господарський договір та способи його укладання: Дис. ... канд. юрид. наук. — К, 1999; *Луць В. В.* Контракти у підприємницькій діяльності: Навч. посібник. — К.: Юрінком Інтер, 1999. — 560 с.; *Клепікова О. В.* Правове регулювання перевезень вантажів морським транспортом: Автореф. ... канд. юрид. наук. — К., 2003. — 20 с.; *Луць А. В.* Свобода договору у цивільному праві України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2001. — 20 с.; *Мілаш В. С.* Підприємницький (комерційний) договір: поняття та правові особливості. — Полтава: АСМІ, 2004. — 148 с.; *Чучковська А. В.* Правове регулювання господарських договорів, що вчиняються через мережі електрозв'язку: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2004. — 20 с.

[2] *Бергман В., Комаров А. С.* Введение в основные понятия немецкого торгового права и права хозяйственных организаций // Германское право. Ч. II. Торговое уложение и другие законы / Пер. с нем. — М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996. — С. 5.

правила ЦК про окремі види договорів, і тоді, коли укладається договір непоіменований або змішаний.

В процесі сучасної кодифікації господарського законодавства також відбулося виокремлення загальних положень: 1) про господарські зобов'язання в главах 19, 22 Господарського кодексу України (далі — ГК); 2) про господарські договори в главі 20 ГК. При цьому в главі 20 ГК шляхом узагальнення достатньо великого законодавчого масиву про окремі види господарських договорів визначено найбільш істотні вимоги щодо їх змісту, порядку їх укладення, зміни та розірвання.

Основне призначення загальних положень про господарські договори, розміщених в главі 20 ГК, полягає у створенні загальних підвалин їх правового режиму[1] та доповненні спеціального правового регулювання окремих видів договорів (у випадку відсутності деталізованих приписів). Правовий режим господарських договорів між непідпорядкованими один одному суб'єктами господарювання («по горизонталі»), в яких реалізуються насамперед приватні інтереси контрагентів, згідно із загальнодозвільним типом правового регулювання формується в основному за рахунок норм — дозволянь (господарсько-правових, цивільно-правових), що випливають із норм-принципів (свободи підприємницької діяльності тощо), і доповнюються як нормами — заборонами (зокрема, законодавства про захист економічної конкуренції), так і нормами-приписами, які зобов'язують суб'єктів до визначеного варіанту поведінки (позитивними зобов'язуваннями).

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

Загальні положення про господарські договори мають застосовуватися у тих випадках, коли ГК або іншим законом не встановлено

---

[1] В найзагальніших рисах правовий режим визначається як порядок регулювання, що виражений в комплексі правових засобів, які характеризують особливе сполучення взаємодіючих між собою дозволянь, заборон, позитивних зобов'язувань та створюють особливу спрямованість регулювання (*Алексеев С. С.* Теория права. — М.: Изд-во БЕК, 1994. — С. 170).

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

Зважаючи на функціональні зв'язки норм про договори, зобов'язання та окремі види зобов'язань, що містяться в Цивільному та Господарському кодексах, господарські договори регулюються:

загальними нормами ГК, якими регулюються господарські зобов'язання та господарські договори за відсутності інших законодавчих приписів;

спеціальними нормами господарського законодавства, які регулюють договірні відносини певного виду із врахуванням їх особливостей;

спеціалізованими нормами ГК (нормами-дефініціями, декларативними нормами або нормами-принципами, оперативними нормами), які не є самостійною нормативною основою для виникнення правовідносин, а утворюють єдиний регулятор лише у сукупності із регулятивними та охоронними нормами[1].

Загальні норми ЦК про правочини, зобов'язання та про договори, поширюють свою дію на господарські договори за відсутності спеціальних приписів ГК та інших законодавчих актів.

В Господарському кодексі визначення господарського договору відсутнє. В законодавстві та науковій літературі термін «господарський договір» вживається в декількох смислових значеннях, які мають своє коріння в цивілістиці, серед яких основними є угода та

[1] Наприклад, норми розділу XI ГК «Прикінцеві положення» та «Прикінцевих та перехідних положень» ЦК, що визначають дію нормативно-правових актів у часі (порядок набуття чинності нормами права, припинення їх дії, вибір належних в часовому аспекті норм, що мають бути застосовані до певних відносин), або *темпоральні* норми, мають важливе значення для практики правозастосування.

зобов'язання[1]. Господарський договір є збірним (узагальнюючим) поняттям, до якого відносяться різні договірні типи (купівлі-продажу, поставки, перевезення, оренди, підряду на капітальне будівництво та ін.), що мають схожі принципи нормативної регламентації.

І в ГК, і в ЦК норми, що регулюють господарські угоди та правочини (в розумінні їх як юридичних фактів), загальні положення про договори (які повинні застосовуватися разом із нормами про конкретні види договорів, зобов'язання та окремі види договірних зобов'язань) розташовані в різних розділах, але в своїй сукупності утворюють цілісний регулятор договірних відносин. Причому в ЦК ціла низка статей, що включені в розділ II Книги п'ятої «Зобов'язальне право», регламентують саме права та обов'язки сторін договору як зобов'язання. Розташування масиву норм про договори та його обсяг (як загальних положень про договори, так і окремих видів) саме в цій книзі є одним з аргументів на користь того, що договір слід розуміти не тільки і не стільки як правочин/угоду, але й насамперед як зобов'язальне правовідношення. Застосування до договору норм про правочини *є юридико-технічним засобом*, який використовується для економічності викладення законодавчого матеріалу, і не породжує ототожнення правочину та договору.[2]

Господарський договір *як дво- або багатостороння угода*[3] являє собою дії сторін, що спрямовані на досягнення певного правового результату — виникнення господарського зобов'язання[4]. Втім,

---

[1] У праві взагалі досить поширеним є охоплення різних понять одним і тим самим терміном (наприклад, право в об'єктивному розумінні та право в суб'єктивному розумінні, зобов'язання як правовідношення та зобов'язання як елемент правовідношення тощо). Питання ж щодо багатозначності поняття «договір» є предметом давньої наукової дискусії. Корені її — в римському праві, де договори (contractus) можливо було розглядати як підставу виникнення правовідношення, власне правовідношення як форму, яку приймає відповідне правовідношення. Тільки після поділу підстав виникнення зобов'язань на договори та делікти contractus став розглядатися як забезпечене позовом conventio (угода) на відміна від такої самої угоди, позбавленої захисту (pactum). Власне, така полісемічність терміна виявляється і при аналізі змісту Господарського кодексу.

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

[3] Термін «угода», що вживається в ГК, слід розглядати як синонім терміна «правочин» (ст. 202 ЦК).

[4] В літературі зверталася увага на те, що під договором слід розуміти ті групи угод, які спрямовані на встановлення зобов'язальних правовідносин, а згоду сторін на зміну або припинення вже існуючих договірних відносин (або окремих прав та обов'язків) слід іменувати угодою. *Мозолин В. П., Фарнсворт Е. А.* Договорное право в США и СССР. История и общие концепции. — М.: Наука, 1988. — С. 169.

в цьому випадку поняття господарського договору звужується до значення юридичного факту, який сам по собі не має матеріального змісту. Таке смислове значення не дозволяє виявити всі істотні ознаки господарського договору, оскільки угода сторін не є договірним відношенням, а лише спрямована на його встановлення. Але сутність договору є значно ширшою, аніж акт, який юридично опосередковує товарний обмін, оскільки договори забезпечують вирішення множини організаційних, економічних та технічних питань, що виникають між сторонами[1]. Договір міг би бути оцінений суто як юридичний факт, напевне, лише в такій ідеальній ситуації, коли найдетальніша регламентація законом умов договору повністю виключала б можливість узгодження сторонами інших умов.

В понятті юридичного факту діалектично поєднуються два суперечливих моменти: це явище дійсності — подія або дія (матеріальний момент), яке породжує в силу приписів норм права певні правові наслідки (юридичний момент)[2]. Але якщо значення події обмежується настанням правових наслідків, визначених законом, то договір як акт вольового характеру (дія) визначає, крім того, відповідно до вимог закону конкретний зміст правомочностей та обов'язків учасників породжуваних ним правовідносин. Якщо змістом договору є сукупність його *умов*, визначених сторонами або законом, то зміст зобов'язання становлять *права та обов'язки* сторін (причому суб'єктивне право іменується правом вимоги, а обов'язок — боргом)[3].

Договір в значенні угоди, тобто підстави виникнення прав та обов'язків, становить ступінь в класифікації юридичних фактів, з цієї точки зору його можна поставити в один ряд з односторонніми угодами, юридичними вчинками, адміністративними актами тощо. Сутністю угоди є співпадіння волі сторін або, якщо фіксувати увагу на зовнішній формі, яку приймає угода, — єдиний вольовий акт сторін. Проте О. О. Красавчиков називав договір юридичним фактом особливого роду, який відрізняється від подій та від інших видів юридичних дій (правопорушень, юридичних вчинків)[4]. Разом з тим, через поняття угоди (правочину) регулятивні властивості договору

---

[1] *Пугинский Б. И.* Правовые средства обеспечения эффективности производства. — М.: Юрид. лит. 1980. — С. 20.

[2] Общая теория государства и права. Академический курс в 2-х томах / Под ред. проф. М. Н. Марченко. Т. 2. Теория права. — М.: Зерцало, 1998. — С. 281.

[3] *Иоффе О.С.* Избранные труды: В 4 т. Т.III. Общее учение об обязательствах. — СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2004. — С. 54, 76.

[4] *Красавчиков О. А.* Гражданско-правовой договор: понятие, содержание и функции /Антология уральской цивилистики. 1925—1989: Сборник статей. — М.: Статут, 2001. — С. 169.

як раз і не розкриваються, адже юридичні факти не здійснюють правового регулювання, а лише дають підстави застосовувати правові норми, що розраховані на певні обставини[1].

В ГК немає сформованого у вигляді певної сукупності норм інституту господарської угоди. Відповідно до ст. 174 ГК господарські зобов'язання можуть виникати з господарських угод, причому в цій статті аналогічно правилу ч. 1 ст. 11 ЦК закріплюється правило про те, що такими угодами є як передбачені законом, так і не передбачені, але такі, що йому не суперечать[2]. Норми глав 16, 17 ЦК про правочини мають загальний характер, поширюючи свою дію і на господарські угоди (за винятком тих, що слугують підставою виникнення організаційно-господарських відносин).

Складність і багатогранність договору розкривається при дослідженні його як *зобов'язання* — абстрактної моделі правовідношення, в якому управомоченій особі протистоїть конкретний зобов'язаний суб'єкт і де праву однієї особи протистоїть обов'язок іншої особи до відповідної поведінки.

В теорії господарського права господарське зобов'язання визначається як правовідношення, в якому один суб'єкт (боржник) зобов'язаний вчинити на користь іншого суб'єкта (кредитора) певну дію господарського характеру, а кредитор має право вимагати від боржника виконання його обов'язку[3]. В дещо зміненому вигляді це визначення знайшло закріплення в ч.1 ст. 173 ГК. В зазначеній статті закріплено юридичні ознаки господарського зобов'язання, які відображають його специфіку: 1) сторони зобов'язання — зобов'язана сторона (в тому числі боржник) та управнена сторона (в тому числі кредитор); 2) юридичний об'єкт — певні дії господарського чи управлінського характеру (зокрема, виконання робіт, передача майна, сплата грошей, надання інформації тощо) або утримання від певних дій.

Суб'єктивному праву управомоченої сторони господарського зобов'язання, втіленому у форму права вимоги, кореспондує обов'язок іншої виконати певні дії господарського чи управлінсько-господарського характеру або утриматися від певних дій[4].

---

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

[2] Загалом несприйняття законодавцем принципу numeras clausus свідчить про важливе значення саморегуляції (договірного регулювання) суспільних відносин, в тому числі в сфері господарювання.

[3] *Танчук И. А., Ефимочкин В. П., Абова Т. Е.* Хозяйственные обязательства. — М.: Юрид. лит., 1970. — С. 30.

[4] Загалом визначення господарського зобов'язання є схожим із визначенням, наведеним в ч. 1 ст. 509 ЦК, але є ширшим і за суб'єктною ознакою, і за об'єктом.

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

Відповідно до ч. 3 ст. 173 ГК господарські зобов'язання поділяються на майново-господарські та організаційно-господарські, що загалом відповідає поділу господарських відносин на ті, що виникають: 1) у процесі організації та 2) безпосереднього здійснення господарської діяльності (ст. 1 ГК). Майново-господарські зобов'язання, що виникають між суб'єктами господарювання на підставі господарських договорів, названі в ч. 1 ст. 175 ГК цивільно-правовими зобов'язаннями і регулюються Цивільним кодексом з урахуванням особливостей, передбачених ГК. Разом з тим, не всі види майнових зобов'язань можуть кваліфікуватися як цивільно-правові з огляду на їх суб'єктний склад та зміст, а, по-друге, господарсько-майнові зобов'язання як особливий вид зобов'язань підлягають спеціальному регулюванню (як на рівні ГК, так і інших законодавчих актів) і лише за його відсутності можна говорити про застосування загальних положень ЦК.

Узагальнюючи викладене, **господарський договір можна визначити 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 і обов'язки сторін у галузі господарської діяльності.**

Взаємна згода суб'єктів господарювання, які не знаходяться у відносинах субординації, є необхідною умовою встановлення господарських зв'язків між ними. Встановлення такого зв'язку, як пра-

вило, відбувається згідно з передбаченою законодавством типовою моделлю договірного зв'язку, проте суб'єкти господарювання можуть моделювати договірне зобов'язання самостійно, керуючися загальнодозвільним принципом правового регулювання. Хоча орган господарського управління і має відносно суб'єктів господарювання владні повноваження, його правосуб'єктність обмежена законом за принципом «дозволено те, що прямо дозволено». Це означає, що не субординація сама по собі надає органу господарського керівництва право вимагати певної дії від суб'єкта господарювання, а закон, що значною мірою згладжує юридичну нерівність сторін договірного відношення[1].

Таким чином, кваліфікуючими ознаками господарського договору є:

1) сфера господарювання як особлива сфера суспільних відносин. Особлива цільова спрямованість господарських договорів виявляється в обслуговуванні безпосередньої господарської діяльності (як основної, так і допоміжної) та організації такої діяльності. Зобов'язання майнового характеру, які виникають між суб'єктами господарювання та негосподарюючими суб'єктами—громадянами, не є господарськими і регулюються іншими актами законодавства (ч. 3 ст. 175 ГК);

2) сторони зобов'язання — зобов'язана сторона (в тому числі боржник) та управнена сторона (в тому числі кредитор), які є суб'єктами господарювання або іншими учасниками відносин у сфері господарювання.

Однією з головних умов здійснення господарської діяльності є державне підтвердження законності входження суб'єктів до сфери господарського обороту. Процедура легітимації — визнання державою за суб'єктом відповідного статусу (суб'єкта господарювання), елементами якої є: 1) відповідно до ст. 58 ГК обов'язкова державна реєстрація суб'єктів господарювання, крім випадків, передбачених ГК (внаслідок чого виникає загальна компетенція); 2) відповідно до ст. 14 ГК ліцензування та патентування, що спрямовуються на забезпечення єдиної державної політики у сфері господарювання та захист економічних і соціальних інтересів держави, суспільства та окремих споживачів (внаслідок яких виникає спеціальна правосуб'єктність). Отже, без легітимації правомірна участь суб'єктів господарювання в економічному обороті є неможливою. Поняття господарської компетенції як одна із ознак суб'єкта господарювання розкривається в ч. 1 ст. 55 ГК як сукупність прав та обов'язків. В сучасній госпо-

[1] *Танчук И. Е., Ефимочкин В. П., Абова Т. Е.* Хозяйственные обязательства. — М.: Юрид. лит., 1970. — С. 116.

дарсько-правовій літературі господарська компетенція визначається як сукупність законодавчо закріплених за суб'єктом прав, обов'язків та конкретних правомочностей, які необхідні йому для здійснення передбачених статутом функцій господарювання. Господарська компетенція в цілому пов'язується із легітимацією суб'єкта господарювання, а її обсяг може залежати від сфери діяльності, яка піддається спеціальному законодавчому регулюванню. Крім того, реалізація господарської компетенції залежить від правового титулу майна, яке використовується суб'єктом в своїй господарській діяльності (право власності, право господарського відання, право оперативного управління, користування майном на договірних засадах).

Перелік суб'єктів господарських зобов'язань визначений статтями 55, 175, 176 ГК. Такими є:

— суб'єкти господарювання — господарські організації та фізичні особи, що здійснюють господарську діяльність та зареєстровані відповідно до закону як підприємці. Необхідними і достатніми ознаками цих суб'єктів є виробничий (господарський) характер діяльності, наявність виокремленого майна господарського призначення, виокремленого від майна інших суб'єктів господарювання та закріпленого за ним на визначеному правовому титулі (праві власності, господарського відання, оперативного управління, користування), наявність у суб'єкта господарської компетенції;

— суб'єкти організаційно-господарських повноважень (органи державної влади та органи місцевого самоврядування, наділені господарською компетенцією, а також власники, які є засновниками суб'єкта господарювання)[1].

До суб'єктного складу майнового господарського зобов'язання не включаються негосподарюючі суб'єкти—громадяни, отже, відносини за їх участю регулюються іншими актами законодавства;

3) юридичний об'єкт — певні дії господарського чи управлінського характеру (зокрема, виконання робіт, передача майна, сплата грошей, надання інформації тощо) або утримання від певних дій. На наш погляд, утримання від певних дій може бути тільки субсидіарним об'єктом господарського зобов'язання, який доповнює основний (активні дії щодо передачі матеріальних благ як результатів господарської діяльності або виконання певних дій організаційного характеру).

---

[1] Господарські відносини між суб'єктами господарювання, які знаходяться в юридично нерівному становищі (відносинах субординації), можуть мати як договірний, так і недоговірний характер. У тому випадку, коли юридичною підставою виникнення господарського правовідношення є угода, між такими суб'єктами має місце господарсько-договірний зв'язок.

Лише за наявності зазначених ознак можна визначати відносини, що склалися між сторонами внаслідок угоди як господарсько-договірні з поширенням на них норм спеціального законодавства, що регулює окремі види господарських договорів, порядок їх укладання і виконання, зміст, застосування різних видів господарсько-правової відповідальності за неналежне виконання.

Примітно, що і в законодавстві зарубіжних країн, які відносяться як до континентальної системи права, так і системи загального права, різниця між комерційним договором і договором цивільно-правовим проводиться як за суб'єктами, так і за спрямованістю договору.

Так, в торговельному праві Німеччини чільне місце посідає поняття комерсанта (індивідуальний або колективний суб'єкт), яке класифікується за видами («за обов'язком», «за необхідністю», «за бажанням», «в силу реєстрації», «невеликий комерсант», «за формою»). Відповідно до параграфів 343, 344 Торговельного уложення Німеччини торговельними є всі угоди комерсанта, що належать до ведення його торговельного промислу і застосовується презумпція торговельної угоди: «Юридичні угоди, здійснювані комерсантом, у випадку сумніву вважаються такими, що належать до ведення його торговельного промислу»[1]. Єдиний комерційний кодекс США містить таке визначення: «Комерсант» — це той, хто здійснює операції з товарами певного роду або будь-яким іншим чином за родом своїх занять веде себе так, ніби-то він володіє особливими знаннями чи досвідом у відношенні операцій або товарів, які є предметом угоди, а також той, хто може розглядатися як такий, що володіє такими знаннями чи досвідом внаслідок того, що він використовує послуги агента, брокера або особистого посередника, який веде себе так, ніби-то він володіє такими знаннями або досвідом». Відповідно комерційною угодою визнається будь-яка угода, відносно якої обидві сторони вважаються такими, що володіють знаннями чи досвідом комерсантів (статті 2—104)[2].

Розмежування комерційних договорів та договорів, укладених з метою, не пов'язаною із виробничою, торговою або іншою професійною діяльністю, здійснено у Конвенції Організації Об'єднаних

---

[1] Торговое уложение Германии. Закон об акционерных обществах. Закон об обществах с ограниченной ответственностью. Закон о производственных и хозяйственных кооперативах = Deutsches Handelsgesetzbuch, Aktiengesetz, GmbHGesetz, Genossenschaftsgesetz / Пер. с нем.; сост. В. Бергманн. — М.: Волтерс Клувер, 2005. — 624 с.

[2] Единообразный торговый кодекс США: Пер. с англ./Серия: Современное зарубежное и международное частное право. — М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996. — С. 58.

Націй про договори міжнародної купівлі-продажу товарів від 11 квітня 1980 року: ця Конвенція не застосовується до продажу, зокрема, товарів, придбаних для особистого, сімейного чи домашнього використання (п. а) ст. 2 Конвенції)[1].

Слід зазначити, що поняття господарського договору не є тотожнім поняттю підприємницького договору. Останній за буквальним тлумаченням опосередковує відносини, що складаються при здійсненні підприємницької діяльності. Проте господарська діяльність охоплює не лише підприємницьку, але й суспільно необхідну: в економіці будь-якої країни, в тому числі й України, функціонують суб'єкти господарювання, метою діяльності яких є не отримання прибутку, а задоволення суспільних потреб у товарах, роботах, послугах певного виду (відповідно до ч.2 ст. 62 ГК підприємства можуть створюватися як для здійснення підприємництва, так і для некомерційної господарської діяльності). Нормативне регулювання господарських договорів відрізняється досить широким застосуванням спрямованих на захист інтересів суспільства публічно-правових регуляторів, які регулюють договірні відносини або безпосередньо (зокрема, через встановлення спеціального порядку укладення, підстав зміни або розірвання договорів окремих видів, визначення прав та обов'язків сторін в імперативних нормах закону[2], відповідальності за порушення договірних зобов'язань[3]), або опосередковано (встановлення розмірів податків, рівня цін і тарифів, встановлення відповідальності за зловживання монопольним становищем на ринку і т.ін.).

Принципи господарських договорів в ГК спеціально не визначені, і тому вони можуть виводитися або із закріплених в ст. 6 ГК загальних принципів господарської діяльності (в першу чергу, державного регулювання економічних процесів у зв'язку із необхідністю забезпечення соціальної спрямованості економіки, добросовісної конкуренції у підприємництві, безпеки суспільства і держави), або із норм окремих статей ГК.

На господарські договори поширюються загальні засади цивільного законодавства (ст. 4 ЦК), серед яких слід особливо виділити справедливість, добросовісність та розумність[4].

---

[1] Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров. Комментарий. — М.: Юрид. лит., 1994. — 12—16.

[2] Статті 17, 18 Закону України «Про концесії», статті 11, 12, 13 Закону України «Про транспортно-експедиторську діяльність».

[3] Закон «Про транспорт» (ст. 13), Закон «Про державний матеріальний резерв» (ст. 14), Закон «Про угоди про розподіл продукції» (ст. 29).

[4] Як вихідні ідеї, справедливість, добросовісність та розумність виявляють свою регулятивну силу в різних галузях права, доповнюючись галузевими принципами та утворюючи разом з ними системи галузевих правових принципів.

Для потреб правореалізації та правозастосування важливо визначити, як співвідноситься цивілістичний принцип свободи договору та засади регулювання договірних відносин, встановлені ГК, оскільки останні, як уявляється, не конфліктують із принципом договірної свободи, а доповнюють, конкретизують його відповідно до особливостей сфери господарювання. Так, суд має застосувати принципи свободи договору в усіх тих випадках, коли сторони змоделювали свої відносини на власний розсуд, не порушивши при цьому нормативні заборони або позитивні зобов'язування, в тому числі у випадках, коли закон «мовчить», адже застосування принципів права має значення не тільки для інтерпретації норм закону, але в значно більшому ступені — для згладжування «правової пустоти»[1], тобто прогалин у праві.

На відміну від ЦК, в якому принцип свободи договору сформульований як норма-принцип, в ГК принцип свободи договору може бути визначений як принцип, що виводиться із норм: як такий він безпосередньо в кодексі не названий, а зміст його розчиняється в окремих нормах (зокрема, ст. 44 ГК про самостійне формування підприємцем програми діяльності, вибору постачальників і споживачів продукції, що виробляється, залучення матеріально-технічних, фінансових та інших видів ресурсів, використання яких не обмежено законом, ст. 67 ГК щодо можливості підприємств вільно обирати предмет договору, визначати зобов'язання, інші умови господарських взаємовідносин, що не суперечать законодавству України).

Деталізований в ст. 627 ЦК принцип свободи договору включає в себе можливості:

— укладення договору на вільний розсуд сторін;

— вільного вибору контрагента;

— вільного визначення сторонами умов договору з урахуванням вимог цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості.

В літературі в якості складових принципу свободи договору виділяють також свободу вибору сторонами форми договору, право сторін укладати як договори, передбачені законом, так і договори, законом не передбачені, але такі, що йому не суперечать, право сторін за своєю угодою змінювати, розривати або продовжувати дію укладеного ними договору, визначати способи забезпечення договірних зобов'язань, право встановлювати форми (міри) відповідальності за порушення договірних зобов'язань [2].

---

[1] *Бержель Ж.-Л.* Общая теория права/ Под общ. ред. В. И. Даниленко; Пер. с фр.— М.: Издательский Дом NOTA BENE. — 2000. — С. 180—181.

[2] *Луць А. В.* Свобода договору у цивільному праві України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2001. — С. 5—6.

В сфері господарювання принцип свободи договору діє з певними обмеженнями, визначеними в главі 20 ГК, зокрема, визначення обов'язковості укладення господарських договорів певними суб'єктами господарювання (частини 3, 6 ст. 179 ГК)[1], обов'язковості відповідності умов господарського договору певного виду типовим договорам, затвердженим Кабінетом Міністрів України або іншим органом державної влади (абз. 4 ч. 4 ст. 179 ГК), правилами щодо визначення змісту державних контрактів (ч. 5 ст. 179 ГК) та договорів приєднання (абз. 5 ч. 4 ст. 179 ГК). Як правило, в господарських договірних відносинах, обтяжених публічним компонентом (державні контракти, договори, що укладаються в процесі приватизації, оренди, концесії державного майна тощо), межі дії принципу свободи договору визначаються публічною, соціальною спрямованістю таких договорів, їх юридичною метою та об'єктом.

Не обтяжені публічним компонентом договірні відносини формально рівних суб'єктів господарювання, які встановлюються на їх власний розсуд, теоретично ґрунтуються на принципах, визначених ЦК. Але, враховуючи сучасні економічні реалії, можна стверджувати, що в абсолютному вигляді принцип свободи договору діє тільки тоді, коли сторони договору є рівними не тільки у формально-правовому сенсі, але й економічно. Зокрема, наявність ринкової влади у однієї зі сторін a priori зумовлює вірогідність зловживання нею (нав'язування умов договору, невигідних контрагенту, часткової або повної відмови від придбання або реалізації товару за відсутності альтернативних джерел реалізації чи придбання тощо) та, відповідно, необхідність юридичних механізмів захисту інтересів слабкішої сторони в договорі[2].

Якщо системно витлумачити положення статей 6, 627 ЦК, то цивілістичний принцип свободу договору виявляється урізаним цілою низкою імперативних норм (зокрема, статтями 203, 215, 628, 633, 634 ЦК). Ці норми розпорошені по тексту ЦК, проте всі вони, як уявляється, значною мірою засновані на положеннях ст. 13 ЦК «Межі здійснення цивільних прав», яку можна було б назвати стрижневою, концептуальною, адже використання цивільних прав з метою неправомірного обмеження конкуренції, зловживання монопольним становищем, недобросовісна конкуренція, недодержання моральних засад суспільства тягнуть за собою можливість відмови у судовому захисті цивільних прав та інтересів особи (ч. 3 ст. 16 ЦК).

---

[1] Найчастіше такими є суб'єкти, що діють в сфері природних монополій та на суміжних ринках. Зазначені сфери визначені статтями 5, 6 Закону «Про природні монополії».

[2] Прикладом можуть слугувати правила ч. 2 ст. 207 ГК про недійсність умов договорів приєднання.

Розглядаючи обмежувачі договірної свободи в сфері господарювання в ширшому контексті, то можна сказати, що вони знаходяться в різних площинах:

1) нормативно-правовій, де вони об'єктивовані у нормах законодавства і існують у вигляді імперативних приписів (заборон або позитивних зобов'язань)[1];

2) позаюридичній, в якій вони існують у неформалізованому вигляді як певні загальні ідеї («правила чесної поведінки», «принципи гуманності та моралі» тощо), яких мають дотримуватися усі учасники господарських правовідносин[2].

Загалом принцип свободи договору в сучасних умовах не може претендувати на аксіоматичність та абсолютний характер. Цей принцип, закладений в цивілістичну нормативно-правову матерію, діє не сам по собі, а через відповідну юридичну норму та/або через акти правореалізації та правозастосування. Проголошена в новому ЦК свобода договору значною мірою є даниною цивілістичній традиції, започаткованій західноєвропейським законодавцем на початку XIX сторіччя[3], і в сучасних соціально-економічних умовах України в цілому відображує лібералізацію її правової системи. Проте досвід Заходу свідчить, що ліберальне законодавство про договори наразі поступається місцем суворо структурованому, орієнтованому на соціальну державу договірному праву, і в реальності свобода договору стає скоріше винятком, а його змістовна «визначеність» — правилом[4]. Не випадково в деяких дослідженнях правознавців висловлюється думка щодо заміни або доповнення принципу свободи принципом справедливості договору[5] або принципом сумірності (пропорцій-

---

[1] Так, відповідно до ч. 2 ст. 198 ГК грошові зобов'язання учасників господарських відносин повинні бути виражені і підлягають оплаті у гривнях.

[2] Ці обмежувачі або безпосередньо існують у свідомості учасника договірних відносин, або інтерпретуються судом при здійсненні правосуддя, наповнюючись конкретним змістом з урахуванням обставин конкретного спору.

[3] На те, що законодавство того періоду, зокрема Французький цивільний кодекс, через об'єктивні причини (відсутність масового промислового виробництва) не могло бути соціальним, тобто захищати економічно слабшого, вказують компаративісти (*Цвайгерт К., Кетц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2-х т. — Т. 1. Основы / Пер. с нем. — М.: Международные отношения, 1998. — С. 144).

[4] *Зеккер Ф. Ю.* Общие основы частного права // Проблемы гражданского и предпринимательского права Германии / Пер. с нем. — М.: Изд-во БЕК, 2001. — С. 3; *Ансон В.* Договорное право / Пер. с англ. — М.: Юрид. лит., 1984. — С. 15; *Берман Г. Дж.* Западная традиция права: эпоха формирования / Пер. с англ. — М. Изд-во МГУ, 1994 — С. 51.

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

ності)[1]. Принцип пропорційності фактично був визнаний Судом ЄС загальноєвропейським принципом права і закріплений в Договорі про заснування Європейського співтовариства (§ 3 ст. 5, раніше — ст. 3b): «Будь-які дії Співтовариства не повинні йти далі того, що є необхідним для досягнення мети цього Договору». Відповідно до принципу пропорційності органи влади не можуть покладати на громадян такі зобов'язання, що перевищують встановлені межі необхідності, яка витікає із публічного інтересу, для досягнення цілі будь-якого заходу. Якщо встановлені заходи явно непропорційні цілям, такі заходи мають бути анульованими. Це передбачає наявність розумного співвідношення між цілями та засобами їх досягнення. Водночас під цим розуміється, що обрані розумні засоби, які повинні забезпечити досягнення цілі, і що шкода для тих, чиї інтереси порушуються, не повинна бути непропорційного результату, отриманому в публічних інтересах[2].

Таким чином, для господарських договорів встановлений особливий правовий режим господарських договорів пов'язаний з тим, що професійна господарська діяльність вимагає спеціального правового регулювання, пов'язаного з її специфічними тонкощами, які не охоплюються загальними нормами цивільного права.

Значна частина норм, що регулюють господарські договірні відносини, залишається розосередженою в численних законах України, серед яких: Закон України від 14 березня 1995 р. «Про оренду державного та комунального майна»,[3] Закон України від 10 листопада 1994 р. «Про транспорт»,[4] Кодекс торговельного мореплавства від 23 травня 1995 р.,[5] Закон України від 22 грудня 1995 р. (в редакції від 15 грудня 2005) «Про державне замовлення для задоволення пріоритетних державних потреб»,[6] Закон України від 15 травня 1996 р. «Про приватизацію невеликих державних підприємств (малу приватизацію),[7] Закон України від 24 січня 1997 р. «Про державний матеріальний резерв»,[8] Закон України від 19 лютого 1997 р. «Про приватизацію державного майна»,[9] Закон України від 16 жовтня 1997 р.

---

[1] *Дедов Д. И.* Общеправовой принцип соразмерности и ограничение свободы предпринимательства // Вестник Московского университета. Серия 11. Право.— 2002. — № 6. — С. 22—36.

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

[3] Відомості Верховної Ради України. — 1995. — № 15. — Ст. 99.

[4] Там само. — 1994. — № 51, ст. 446.

[5] Там само. — 1995. — № 47—52. — Ст. 349

[6] Там само. —2006. — № 4. — Ст. 118.

[7] Там само. — 1996. — № 34. — Ст. 160.

[8] Там само. — 1997. — № 13. — Ст. 112.

[9] Там само. — 1997. — №17. — Ст. 122.

«Про електроенергетику»,[1] Закон України від 16 липня 1999 р. «Про концесії»,[2] Закон України від 14 вересня 1999 р. «Про угоди про розподіл продукції»,[3] Закон України 14 грудня 1999 р. «Про концесії на будівництво та експлуатацію автомобільних доріг»,[4] Закон України від 22 лютого 2000 р. «Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти»,[5] Закон України від 11 грудня 2003 р. «Про фінансовий лізинг»[6] та інші. Положення зазначених законів в частині регулювання договірних відносин деталізуються в численних нормативно-правових актах, які видаються Кабінетом Міністрів та уповноваженими органами державної виконавчої влади (Статут автомобільного транспорту УРСР, затверджений постановою Ради Міністрів УРСР № 401 від 27 червня 1969 р.,[7] Правила перевезень вантажів автомобільним транспортом в Україні, затверджено наказом Міністерства транспорту України від 14 жовтня 1997 р. №363,[8] Статут залізниць України, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 6 квітня 1998 р. № 457,[9] Загальні умови укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві, затверджені постановою КМУ від 1 серпня 2005 р. № 668[10] та інші). Крім того, слід звернути увагу на типові і примірні договори як особливі нормативно-правові акти, їх місце у вертикальній ієрархії нормативно-правових актів, залежить від органу виконавчої влади, яким затверджено типовий або примірний договір. Затвердження таких договорів уповноваженими державними органами є формою державного регулювання договірних відносин у сфері господарювання. Основне призначення цих джерел полягає в тому, що вони визначають необхідну або бажану з точки зору держави модель договірного зобов'язання, також спрощують процес укладення конкретних господарських договорів (узгодження умов договору). Відповідно до ч. 4 ст. 179 ГК типові договори затверджуються Кабінетом Міністрів України[11] або у випадках,

---

[1] Відомості Верховної Ради України. — 1998. — № 1. — Ст.1

[2] Там само. — 1999. — № 41. — Ст. 372.

[3] Там само. — 1999. — № 44. — Ст. 391

[4] Там само. — 2000. — № 3. — Ст. 21

[5] Там само. — 2000. — № 20. — Ст. 148 (Закон втратив чинність).

[6] Там само. — 2004. — № 15. — Ст. 231

[7] Зібрання Постанов УРСР. —1969. — № 7 — Ст. 88.

[8] ОВУ. — 1998. — № 8. — Ст. 312.

[9] Там само. — 1998. — № 14. — Ст. 548.

[10] Урядовий кур'єр. — 2005. — № 163. — 31 серпня.

[11] Наприклад, Типовий концесійний договір, затверджений постановою КМУ від 12 квітня 2000 р. № 643 //ОВУ. — 2000. — № 15; Типовий договір (контракт) на реалізацію інвестиційного проекту на території пріоритетного розвитку, в спеціальній (вільній) економічній зоні, затверджено постановою КМУ від 5 липня 1999 р. №1199// ОВУ. — 1999. — № 27. — Ст. 1333.

передбачених законом, іншим органом державної влади[1]. Головною юридичною ознакою типових договорів як нормативно-правових актів є їх обов'язковість. Типові договори можуть включати умови, які, по-перше, імперативно встановлюють права та обов'язки сторін (в тому числі відтворюючи відповідні положення закону, на підставі якого вони приймаються), а, по-друге, умови, які підлягають деталізації сторонами або можуть бути визначені в договорі на їх розсуд. Примірні договори за смислом абз. 3 ч. 4 ст. 179 ГК мають рекомендаційний характер, оскільки визначають *бажану* з точки зору законодавця договірну модель.[2] При цьому примірні договори можна розглядати як «м'яку» модель державного регулювання господарських договірних відносин, оскільки недодержання такого роду рекомендаційних норм не тягне настання негативних наслідків для сторін договору. Оскільки реалізація рекомендаційних норм, які вказують лише на можливість і бажаність діяти певним чином і недотримання яких адресатом не тягне негативних юридичних наслідків, сторони повинні мати право не тільки змінювати за взаємною згодою окремі умови, передбачені примірними договорами, і доповнювати їх зміст (як це передбачено абз. 3 ч. 4 ст. 179 ГК), але й повністю відійти від тексту примірного договору.

Право видання (рекомендації) примірного договору відповідно до абз. 3 ч. 4 ст. 179 ГК належить органу управління суб'єкта. Таке «авторство» примірних договорів викликає заперечення. За змістом окремих положень ГК в термін «орган управління» повинні бути

---

[1] Типовий договір оренди цілісного майнового комплексу державного підприємства (структурного підрозділу підприємства), затверджений наказом Фонду державного майна України від 23 серпня 2000 р. №1774// ОВУ. — 2000. — № 52. — Ст. 2281; Типовий договір про перевезення вантажів автомобільним транспортом у місцевому та міжміському сполученні, що є Додатком №1 до Правил перевезення вантажів автомобільним транспортом, затверджених наказом Міністерства транспорту України від 14 жовтня 1997 р. №363// ОВУ. — 1998. — № 8. — Ст. 312; Типовий депозитарний договір, затверджений наказом Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку України від 14 липня 1998 р. № 87// ОВУ. — 1998. — № 34. — Ст. 1291; Типовий договір про відкриття рахунку у цінних паперах, затверджений наказом Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку України від 14 липня 1998 р. № 87// ОВУ. — 1998. — № 34. — Ст. 1291; Типовий договір про обслуговування емісії цінних паперів, затверджений наказом Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку України від 14 липня 1998 р. № 87// ОВУ. — 1998. — № 34. — Ст. 1291 тощо.

[2] Примірний договір про відшкодування витрат балансоутримувача на утримання орендованого нерухомого майна та надання комунальних послуг орендарю, затверджений наказом Фонду державного майна України від 23 серпня 2000 р. №1774// ОВУ. — 2000. — № 52. — Ст. 2281; Примірний договір фінансового лізингу, затверджений наказом Міністерства України у справах науки і технологій від 3 березня 1998 р. № 59// ОВУ. — 1998. — № 13. — Ст. 507 та ін.

включені різноплощинні органи: як органи державної влади або місцевого самоврядування, наділені господарською компетенцією, до сфери управління яких входять відповідно державні унітарні підприємства та комунальні унітарні підприємства (статті 73, 78 ГК), так і органи управління окремих суб'єктів господарської діяльності: від колегіальних органів господарського товариства (ст. 89 ГК) до одноособових — керівника підприємства, посадової особи господарського товариства (статті 73, 89 ГК).

Зберігають чинність окремі акти Союзу РСР на підставі постанови Верховної Ради України від 12 вересня 1991 р. «Про порядок тимчасової дії на території України окремих актів законодавства Союзу РСР»,[1] в частині, що не суперечить Конституції і Законам України. Такими актами, зокрема, є Статут внутрішнього водного транспорту, затверджений постановою Ради Міністрів СРСР від 15 жовтня 1955 р. № 1801, Положення про поставки продукції виробничо-технічного призначення та Положення про поставки товарів народного споживання, затверджені постановою Ради Міністрів СРСР від 25 липня 1988 р. № 888[2].

Особливістю усіх господарських договорів є наявність в їх змісті елементів майнового та немайнового (організаційного) характеру, що зумовлюється єдністю організаційних та майнових відносин в сфері господарювання. Оскільки однією з головних функцій господарського договору в сучасних умовах є програмно-координаційна, всі господарські договори, як правова форма господарських відносин, в тому чи іншому ступені мають організаційні властивості.

Організаційний господарський договір можна визначити як двоабо багатосторонню угоду немайнового характеру між суб'єктами господарювання та/або угоду між суб'єктом (суб'єктами) господарювання і суб'єктами організаційно-господарських повноважень, мета яких (угод) полягає у забезпеченні організованості процесу господарської діяльності, в тому числі створення передумов для існування майново-господарських зобов'язань.

В чинному законодавстві поняття організаційного договору відсутнє, але воно безпосередньо пов'язане із іншим поняттям — організаційно-господарського зобов'язання, яке було введено в нормативний обіг із кодифікацією господарського законодавства, і закріпленно в загальних положень про господарські зобов'язання (глава 19 ГК).

Згідно з ч. 1 ст. 176 ГК організаційно-господарськими визнаються зобов'язання, що виникають у процесі управління господарською

---

[1] Відомості Верховної Ради України. — 1991. — № 46. — Ст. 621.

[2] СП СССР. — 1988. — № 24 — 25. — Ст. 70.

діяльністю між суб'єктом господарювання та суб'єктом організаційно-господарських повноважень, в силу яких зобов'язана сторона повинна здійснити на користь другої сторони певну управлінсько-господарську (організаційну) дію або утриматися від певної дії, а управнена сторона має право вимагати від зобов'язаної сторони виконання її обов'язку.

В рамках теорії господарських зобов'язань, яка була розроблена І. А. Танчуком, В. П. Єфімочкіним та Т. Є. Абовою, було виділено та досліджено три типи господарських зобов'язань як правових форм відповідних господарських відносин: зобов'язання товарно-грошового характеру, внутрішньо-господарські зобов'язання та господарсько-управлінські зобов'язання. Останні були визначені як форма організації певних господарських відносин, що складаються в процесі управління соціалістичною економікою[1].

Значний внесок в розробку теорії організаційних відносин як предмета регулювання цивільного права був зроблений О. О. Красавчиковим, хоча його концепція викликала неоднозначну реакцію в колі цивілістів[2]. Вчений звернув увагу на те, що організація як форма діяльності людей не є самоціллю, і щоразу вона за своїм змістом та формами реалізації зумовлюється змістом тих цілей, на досягнення яких спрямовує свою діяльність особа або відповідне соціальне утворення, хоча організаційне відношення має і власну безпосередню мету — упорядкованість, організованість відповідного процесу по передачі майна, виконанню робіт тощо. За визначенням О. О. Красавчикова, організаційними є відносини, засновані на координації або субординації соціальних зв'язків, спрямовані на упорядкування (нормалізацію) інших суспільних відносин, дій їх учасників або формування соціальних утворень[3]. Теорія організаційних (немайнових) цивільно-правових зобов'язань в цілому не була сприйнята цивілістичною думкою, хіба що за винятком можливості включення в предмет цивільно-правового регулювання тих відносин, в яких організаційні елементи пов'язуються із соціально значущою метою надання учасникам цих відносин права самостійно упорядковувати організацію своїх відносин (зобов'язань з організаційних

---

[1] *Танчук И. А., Ефимочкин В. П., Абова Т. Е.* Хозяйственные обязательства. — М., Юрид. лит., 1970. — С. 83—122.

[2] Огляд позицій див.: Мезрин Б.Н. Моделирование гражданско-правовых неимущественных обязательств // Антология уральской цивилистики. 1925—1989: Сборник статей. — М.: Статут, 2001. — С. 191—196.

[3] *Красавчиков О.А.* Гражданские организационно-правовые отношения // Антология уральской цивилистики. 1925—1989: Сборник статей. — М.: Статут, 2001. — С. 162—163.

договорів та деяких інших)[1]. Організаційні властивості притаманні довгостроковим господарським договорам (угодам про розподіл продукції, концесії державного та комунального майна, оренди цілісних майнових комплексів, комерційної концесії, ліцензійним договорам на передачу результатів науково-технічної творчості, в тому числі ноу-хау, торговельних марок, на виконання науково-дослідних, дослідно-конструкторських та технологічних робіт тощо). Специфіка організаційного змісту довгострокових господарських договорів зумовлює те, що договір з правового інструменту, що опосередковує сферу товарного обігу, перетворюється на інструмент, що регламентує певною мірою виробничий процес відповідного суб'єкта. Короткостроковий договір, як правило, не може впливати на організацію та процес виробництва, сторони при укладенні таких договорів виходять з того, які умови склалися на виробництві, а найчастіше умови виробничої діяльності, зокрема постачальника, об'єктивно диктують і зміст договору.

Організаційні договори координаційного виду (між непідпорядкованими суб'єктами господарювання). Організаційні договори цього виду є найбільш поширеними в практиці господарювання.

Найчастіше організаційні договори укладаються в сфері перевезення вантажів різними видами транспорту та сфері електроенергетики, що зумовлюється особливостями господарської діяльності та необхідністю планування господарської діяльності в цих галузях, причому в ряді випадків обов'язковість укладення таких договорів передбачена законодавцем.

Частиною 3 ст. 307 ГК передбачається, що вантажовідправник і перевізник у разі необхідності здійснення *систематичних* впродовж певного строку перевезень вантажів можуть укласти *довгостроковий* договір, за яким перевізник зобов'язується у встановлені строки приймати, а вантажовідправник — подавати до перевезення вантажі у погодженому сторонами обсязі. Схожа за змістом норма міститься в ч.2 ст. 914 ЦК. Крім того, відповідно до положень зазначеної статті у довгостроковому договорі перевезення вантажу встановлюються обсяг, строки та інші умови надання транспортних засобів і передання вантажу для перевезення, порядок розрахунків, а також інші умови перевезення. Навряд чи узагальнюючий по відношенню до такого виду договорів на транспорті термін «довгостроковий» є вдалим, особливо в контексті ГК. Так чи інакше він орієнтує скоріше на термін дії такого договору, ніж на його сутність. Принагідно за-

[1] *Мезрин Б. Н.* Моделирование гражданско-правовых неимущественных обязательств // Антология уральской цивилистики. 1925—1989: Сборник статей. — С. 201.

значимо, що термін «довгостроковий договір» використовується законодавцем у ст. 267 ГК для позначення договору поставки, укладеного на строк більше одного року. Оскільки ст. 306 ГК перевезення вантажів визначається як господарська діяльність, пов'язана із переміщенням продукції виробничо-технічного призначення та виробів народного споживання різними видами транспорту, логічно було б серед відносин, що виникають в процесі здійснення господарської діяльності такого виду (надання послуг перевезення), виділяти саме організаційні і відповідно узагальнюючим терміном «організаційні» позначати перераховані в ч.4 ст. 307 ГК види договорів (довгостроковий — на залізничному і морському транспорті, навігаційний — на річковому транспорті (внутрішньому флоті), спеціальний — на повітряному транспорті, річний — на автомобільному транспорті).

Організаційні договори координаційного виду в рамках загальних положень ГК про господарські договори чітко не виписані, принаймні, ані стаття 176 ГК, ані стаття 186 ГК про укладення організаційно-господарських договорів, не створюють цілісне регулювання такого виду договорів. В цілому це можна оцінити як крок назад у порівнянні із досягненнями господарсько-правової науки, в якій було концептуально розроблено питання організаційних господарських договорів в горизонтальних відносинах.

Сучасні організаційні договори дозволяють упорядковувати господарські відносини в різних сферах. Так, важливе значення для нормального функціонування сфери електроенергетики має Договір оптового ринку, невід'ємною частиною якого є Правила оптового ринку електричної енергії України, що визначають механізм функціонування цього ринку, порядок розподілу навантажень між генеруючими джерелами електричної енергії, формування ринкової ціни на електричну енергію та розрахунку платежів за електричну енергію (ст. 15 Закону України «Про електроенергетику»)[1].

Організаційні господарські договори, як і раніше, широко застосовуються в сфері перевезення вантажів різними видами транспорту (навігаційні договори на річковому транспорті, річні договори автомобільного перевезення вантажів, довгострокові договори на перевезення морським транспортом, спеціальний договір на повітряному транспорті). Основна мета організаційних договорів на транспорті полягає в погодженні обсягів перевезень і регулювання взаємовідносин сторін щодо створення необхідних умов для майбутніх перевезень, через що такі договори знаходяться за межами цивільно-правового регулювання. Причому організаційні договори можуть мати й елементи майнового характеру у вигляді майнових

[1] Відомості Верховної Ради України. — 1998. — № 1. — Ст. 1.

санкцій за невиконання чи неналежне виконання зобов'язань, але такі елементи не змінюють організаційного характеру договору.[1]

Крім того, не слід випускати з поля зору функцію планування (у формі самопланування), яку виконують такі організаційні договори. Ця функція достатньо чітко простежується в транспортних статутах та правилах перевезення (зокрема, в ст. 36 Статуту автомобільного транспорту Української РСР, затвердженого Постановою Ради Міністрів УРСР від 27 червня 1969 р. №401[2], пункті 3.6 Правил перевезень вантажів автомобільним транспортом в Україні, затвердженими наказом Міністерства транспорту України від 14 жовтня 1997 р. №363[3], ст. 18 Статуту залізниць України, затвердженого постановою Кабінет Міністрів України від 6 квітня 1998 р. № 457,[4] в Правилах планування перевезення вантажів (статтях 17—21 Статуту), затверджених наказом Міністерства транспорту України від 9 грудня 2002 р. № 873). Таким чином, зазначені договори опосередковують процес самоорганізації господарської діяльності, або, іншими словами, — невладної організації, організації господарської діяльності «по горизонталі» не підпорядкованими один одному суб'єктами.

При кодифікації господарського та цивільного законодавства організаційний договір на транспорті отримав назву довгострокового (ст. 307 ГК, ст. 914 ЦК України). При цьому законодавець визначив, що: 1) вантажовідправник та перевізник укладають такий договір у разі необхідності здійснення систематичних перевезень; 2) визначив, що зазначені суб'єкти можуть, тобто мають право, укладати довгострокові договори. Але, як уявляється, це право повинно існувати лише для вантажовідправника, але для перевізника укладення такого договору слід визначати як обов'язок. Відповідно до законодавства (насамперед, ст. 178 ГК, ст. 633 ЦК, ст. 12 Закону Україні «Про транспорт»[5]) договір перевезення вантажу є публічним договором, що означає можливість спонукання перевізника до укладення як разового договору перевезення, так і довгострокового договору в судовому порядку.

Об'єктом організаційних договорів на транспорті є визначення умов взаємних дій сторін з виконання договорів або порядку вико-

---

[1] *Быков А. Г.* План и хозяйственный договор. — М., Изд-во Московского университета, 1975. — 158 с.; *Васева Н. В.* Имущественные и организационные гражданско-правовые договоры //Гражданско-правовой договор и его функции. Межвузовский сборник научных трудов. — Свердловск: УрГУ, 1980. — С. 53—69.

[2] ЗП УРСР. — 1969. — № 7. — Ст. 88.

[3] ОВУ. — 1998. — № 8. — Ст. 312.

[4] ОВУ — 1998. — № 14. — Ст. 548.

[5] Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 51. — Ст. 446.

нання окремих організаційно-розпорядчих функцій (річні договори на перевезення вантажів автомобільним транспортом, договори на експлуатацію залізничних під'їзних колій, подачу та прибирання вагонів тощо), оскільки основна мета їх укладення полягає в погодженні обсягів перевезень і регулювання взаємовідносин сторін щодо створення необхідних умов для майбутніх перевезень. Такого роду договори встановлюють правила здійснення багатьох виробничих операцій і їх укладення не знімає з транспортного підприємства та вантажовідправника обов'язку щодо оформлення перевезення конкретного вантажу договором перевезення відповідно до встановлених організаційним договором вимог.

Порядок укладення та зміст річного договору на автомобільному транспорті визначається статтями 34—36 Статуту автомобільного транспорту Української РСР, затвердженого Постановою Ради Міністрів УРСР від 27 червня 1969 р. № 401: в річному договорі на автомобільне перевезення вантажів встановлюються обсяги та умови перевезень, порядок розрахунків, визначаються раціональні маршрути та схеми вантажопотоків. Правилами перевезень вантажів автомобільним транспортом в Україні, затвердженими наказом Міністерства транспорту України від 14 жовтня 1997 р. № 363, передбачено, що згідно з укладеним договором перевізник і замовник в межах квартального плану за 10 днів до початку кожного місяця визначають місячні плани з декадними плановими завданнями на перевезення вантажів (пункт 3.6.). Перевезення вантажів здійснюються в межах укладеного договору на перевезення вантажів на підставі належним чином оформлених заявок замовника. Отже, в межах єдиного організаційного господарського договору виникає, реалізується і припиняється ряд відносно незалежних одне від одного правовідносин щодо погодження специфікацій, відвантаження окремих партій продукції, її приймання, оплати тощо.

Організаційні договори мають важливе значення і в галузі морських перевезень вантажів. Стаття 128 КТМ передбачає, що перевізник та власник вантажів за необхідності здійснення систематичних перевезень вантажів можуть укладати довгострокові договори про організацію морських перевезень. Водночас окремі перевезення в межах такого договору здійснюються на підставі договорів морського перевезення вантажів, наявність і зміст яких підтверджується рейсовими чартерами, коносаментами та іншими письмовими доказами (ст. 134 КТМ).

Що ж стосується договорів третього (координаційно-субординаційного) виду, то сферою їх застосування є відносини між суб'єктами господарювання (асоційованими підприємствами, холдинговими

компаніями), що ґрунтуються на економічній та/або організаційній залежності (простій або вирішальній) у формі участі у статутному фонді та/або управлінні. Важливо, що в таких відносинах юридичної підпорядкованості може не бути. При вивченні таких договорів корисним може бути досвід німецького законодавця, який в книзі 3 «Пов'язані підприємства» Закону про акціонерні товариства від 6 вересня 1965 р. (із наступними змінами до 27 грудня 2004 р.) регламентує так звані договори між підприємствами (договір про підпорядкування, договір про відрахування прибутку та інші).[1]

§ 2. Особливості змісту господарських договорів

Загальні вимоги щодо змісту будь-якого господарського договору викладені в ст. 180 ГК. Господарський договір вважається укладеним, якщо між сторонами у передбачених законом порядку та формі досягнуто згоди щодо усіх його істотних умов.

Істотними є умови, визнані такими за законом чи необхідні для договорів даного виду, а також умови, щодо яких на вимогу однієї зі сторін повинна бути досягнута згода (ч. 2 ст. 180 ГК). При укладенні господарського договору сторони зобов'язані у будь-якому разі погодити предмет, ціну та строк дії договору (ч. 3 ст. 180 ГК).

*Так, рішенням господарського суду Дніпропетровської області було частково задоволено позов ВАТ «**» до ТОВ «***» про спонукання укласти договір, зобов'язано відповідача підписати проект договору в 20-денний строк з дня набрання судовим рішенням законної сили; в разі непідписання відповідачем проекту договору договір вважати укладеним на умовах позивача з дня вступу рішення в законну силу; з відповідача також стягнуті судові витрати. Апеляційною інстанцією судове рішення скасоване, в позові відмовлено з тих підстав, що у спірному договорі фактично не визначений строк його дії. В постанові ВГС України, якою постанова апеляційної інстанції залишена в силі, зазначено, що позивачем не визначено належним чином у договорі таку істотну умову, як строк його дії. Тому договір не можна вважати укладеним, навіть якщо сторони його підпишуть, оскільки у договорі відсутня така істотна умова, як однозначно встановлений строк його дії*[2].

---

[1] Торговое уложение Германии. Закон об акционерных обществах. Закон об обществах с ограниченной ответственностью. Закон о производственных и хозяйственных кооперативах = Deutsches Handelsgesetzbuch, Aktiengesetz, GmbHGesetz, Genossenschaftsgesetz / Пер. с нем.; сост. В. Бергманн. — М.: Волтерс Клувер, 2005. — 624 с.

[2] Постанова ВГСУ від 13 червня 2007 р. № 5/168 (35/306) http://www.arbitr.gov.ua/docs/28_1608833.html

Істотною слід вважати також умову, яка міститься в проекті договору або у протоколі розбіжностей, складеному адресатом оферти в порядку, передбаченому статтею 181 ГК, хоча відсутність в тексті договору умов, які визначають порядок виконання договірного зобов'язання, сама по собі не впливає на дійсність договору.

Так, позивач в обґрунтування позовних вимог про стягнення безпідставно отриманих сум за контрактом посилався на те, що контракт є неукладеним, оскільки сторонами не було досягнуто згоди за усіма істотними умовами, а саме про транспортні реквізити для поставки товару. Разом з тим, відсутність підписаного сторонами додатку із зазначенням транспортних реквізитів не свідчить про те, що контракт є неукладеним, оскільки кожна зі сторін договору має право вимагати зазначення таких реквізитів в Додатку до цього контракту[1].

Вимоги щодо змісту господарських договорів окремих видів можуть встановлюватися іншими актами господарського законодавства, причому останнім часом спостерігається тенденція до встановлення все ширшого кола істотних умов для договорів певного виду[2].

Предметом договору (предметом договірного зобов'язання) є дії (або утримання від дій), які повинна виконати (або утриматися від виконання) зобов'язана сторона.

Майново-господарські зобов'язання між суб'єктами господарювання, які виникають на підставі господарських договорів, мають складний предмет, до якого входять дії сторін, тобто юридичний об'єкт, та майно (речі, права, обов'язки), що є об'єктом матеріальним. Вимоги щодо предмету господарського договору викладено в окремих положеннях ГК та в інших законодавчих актах, що регулюють відповідні відносини.

Обмеження щодо предмету договору можуть встановлюватися чинним законодавством.

Так, позивачем заявлено вимогу про повернення майна, набутого без достатньої правової підстави. Рішенням місцевого господарського суду позов було задоволено з підстав визнання договору неукладеним. Перевіряючи юридичну оцінку встановлених судом фактичних обставин справи та їх повноту, ВГС України рішення змінив, а договір визнано недійсним. Зокрема, ВГС України зазначив, що майно, яке є предметом договору купівлі-про-

---

[1] Постанова ВГС України від 20 червня 2006 р. № 6/423/04-нр http://www.arbitr.gov.ua/docs/28_1312400.html

[2] Загальні умови укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві, затверджені постановою КМ України від 1 серпня 2005 р. № 668, ст. 10 Закону «Про оренду державного та комунального майна», ст. 9 Закону «Про концесії» тощо.

дажу, укладеного між сторонами у справі, набуте позивачем у власність шляхом його приватизації. Відповідно до абз. 18 ч. 2 ст. 27 Закону України «Про приватизацію майна державних підприємств» відчуження майна, обтяженого зобов'язаннями, можливе виключно за згодою державного органу приватизації, який зобов'язаний вимагати від нового власника виконання зобов'язань, визначених договором купівлі-продажу об'єкта приватизації і застосовувати до нього у разі їх невиконання санкції згідно із законом. Договір, за яким було передане спірне майно, було укладено всупереч вимогам законодавства, зокрема, Порядку надання державними органами приватизації згоди на подальше відчуження об'єктів, придбаних покупцями державного майна за договором купівлі-продажу, а тому визнається недійсним з застосуванням правових наслідків, визначених ст. 216 ЦК України[1].

Імовірною є така ситуація, коли природа договору, а отже і його предмет як істотна умова, визначається в тексті договору недостатньо чітко.

Так, 2 січня 1993 року сторонами було укладено договір про співробітництво і спільну господарську діяльність та додаткові угоди до нього, за умовами яких сторони зобов'язалися надавати консультаційну, маркетингову, комерційну, фінансову, виробничу й іншу допомогу при проведенні заходів комерційного характеру, передавати товарно-матеріальні цінності, розрахунки за які проводити шляхом взаємозаліку. Справа про стягнення боргу за поставлені за договором нафтопродукти розглядалася господарськими судами протягом 1997—2004 років. Судова палата у господарських справах ВС України, залишаючи в силі рішення суду першої інстанції про задоволення позову, зазначила, що за відсутності істотних умов будь-якого цивільно-правового договору відносини між сторонами повинні регулюватися статтями 151, 217 ЦК 1963 р., тобто фактично визнала наявний договір підставою виникнення зобов'язання, хоча і не кваліфікувала його як непоіменований[2].

Відповідно при правозастосуванні може виникнути потреба у тлумаченні договору, яке здійснюється за правилами статтями 213, 637 ЦК. При цьому тлумачення судом предмету договору слід відрізняти від тлумачення сутності договору. Так, ще в 1925 році Пленум Верховного Суду РРФСР зазначив, що при тлумаченні договору слід виходити не з його букви і не тієї назви, яку сторони дали йому, а

---

[1] Постанова ВГС України від 20.06.2006 р. №6/423/04-нр http://www.arbitr.gov.ua/docs/28_1312400.html

[2] Постанова Судової палати у господарських справах Верховного Суду України від 21 грудня 2004 р. у справі за позовом прокурора м. Саки в інтересах держави в особі господарської асоціації «Йодобром» до ВАТ «Науково-виробниче об'єднання «Йодобром»// Постанови Верховного Суду України та Вищого господарського суду України у господарських справах. — 2005. — Випуск 6 (21). — С. 35—38.

із змісту договору, із сутності відносин між ними[1]. Причому як свідчить судова практика, необхідність кваліфікації договору як договору певного виду постає перед судом досить часто, і від правильності цієї кваліфікації, яка значною мірою зумовлюється тлумаченням змісту договору, залежить винесення законного рішення по справі.

Так, рішенням господарського суду Харківської області було частково задоволено позов ПСП «» до ВАТ «***» про стягнення боргу, при цьому суд визнав, що договір за своєю суттю є договором про спільну діяльність, а тому витрати, які понесли сторони в процесі спільної діяльності, підлягають відшкодуванню за правилами ст. 433 ЦК 1963 р. Зазначене рішення було скасовано апеляційною інстанцією, яка дійшла висновку про те, що між сторонами склалися відносини підряду на вирощування сільськогосподарської продукції. ВГС України та ВС України було підтримано висновок апеляційної інстанції про те, що за відсутності в договорі істотних умов договору про сумісну діяльність місцевий господарський суд неправильно застосував до спірних правовідносин сторін статті 430, 431, 432 ЦК 1963 р., до яких, виходячи із фактичних обставин справи, повинні застосовуватися правила глави 28 ЦК УРСР 1963 р. про договір підряду*[2].

Судове тлумачення договору повинно відбуватися в певних межах, які не може порушувати суддівський розсуд, оскільки під виглядом тлумачення судом може здійснюватися зміна умов договору. Таке «тлумачення» є неприпустимим, особливо у випадку, коли йдеться про істотні умови договору, зокрема предмет договору[3].

Так, ТОВ «» звернулося до господарського суду із позовом до Центральної спілки споживчих товариств України про тлумачення змісту договору купівлі-продажу, відповідно до якого позивач придбав у відповідача Підприємство (єдиний майновий комплекс) «**». Уточнивши позовні вимоги, ТОВ «*» просило суд постановити рішення, яким, зокрема: 1) визнати, що*

---

[1] Сборник определений Верховного Суда РСФСР. — 1925. — № 99. — № 211. Подається за: *Новицкий И. Б.* Курс советского гражданского права. Сделки. Исковая давность. — М.: Юрид. лит., 1954 — С. 129.

[2] Інформаційний лист Вищого господарського суду України від 10. 03. 2005 р. № 01-8/375 «Про практику Верховного Суду України у справах зі спорів, пов'язаних з виконанням зобов'язань за договорами підряду»// Вісник господарського судочинства. — 2005. — № 3. — С. 79—80.

[3] Попри різні підходи ЦК та ГК до визначення кола істотних умов договору, очевидно, що в будь-якому разі сторони повинні узгодити між собою предмет договору, за необхідності достатньо деталізувавши його (наприклад, як передбачено ст. 266 ГК предмет поставки визначається родовими ознаками продукції, виробів із найменуванням, зазначеними у стандартах, технічних умовах, документації до зразків (еталонів), прейскурантах чи товарознавчих довідниках). Наявність різного розуміння змісту предмета договору ставить під сумнів сам факт існування договору.

предметом договору купівлі-продажу підприємства є частка у розмірі 100% у статутному фонді Підприємства, об'єкти нерухомого майна, розташовані за відповідною адресою та рухоме майно, перелік якого наведено у додатку № 2 до договору купівлі-продажу; 2) виключити з предмету договору купівлі-продажу оборотні активи та поточні зобов'язання (у визначених у договорі сумах), власником яких, на думку позивача має залишатися Підприємство, на балансі якого вони обліковуються. Рішення місцевого господарського суду, яким зазначені вимоги було задоволено, стало об'єктом перевірки в апеляційному та касаційному порядку. Судова палата у господарських справах ВС України, скасовуючи прийняті у справі судові акти і передаючи її на новий розгляд до суду першої інстанції, вказала на те, що сторони, укладаючи зазначений правочин, чітко висловили своє волевиявлення щодо умов про предмет договору. В постанові вказується на те, що подаючи позов про тлумачення умов договору купівлі-продажу, позивач фактично поставив питання про їх зміну, що вбачається навіть із змісту заяви про уточнення позовних вимог, в якій позивач просить змінити умови договору щодо вартості предмета договору. Суд першої інстанції, не надав належної оцінки зазначеним обставинам і своїм рішенням, з яким погодився і ВГС України, постановив рішення, яким фактично змінив пункти 1.1, 1.2 умов договору щодо предмета договору, зазначивши у резолютивній частині про виключення із складу предмета договору купівлі-продажу частки майна. Зазначені дії суду за своєю суттю суперечать правилам тлумачення змісту правочину, встановлених ст. 213 ЦК України[1].

Строком дії господарського договору є час, впродовж якого існують господарські зобов'язання сторін, що виникли на основі цього договору. Закінчення строку дії господарського договору не звільняє сторони від відповідальності за його порушення, що мало місце під час дії договору (ч. 7 ст. 180 ГК) [2]. Судова практика дає негативну відповідь на питання про те, чи може розглядатися закінчення строку дії договору як підстава припинення зобов'язання.

Так, в постанові Судової палати у господарських справах ВС України від 25 березня 2002 р. у справі за позовом ВАТ «Нікопольський завод феросплавів» до ВАТ «Дніпровський металургійний комбінат ім. Дзержинського» вказується на те, що закінчення строку дії контракту не є підставою для припинення зобов'язання, що виникають з такого договору, у тому числі щодо умов передачі прав та обов'язків за контрактом третім особам[3].

---

[1] Постанова Судової палати у господарських справах від 11 жовтня 2005 р. у справі за позовом «*» до Центральної спілки споживчих товариств України про тлумачення змісту договору// Архів ВС України за 2005 р.

[2] В законодавстві можуть встановлюватися спеціальні правила на випадок відсутності в договорі умови про строк. Див, наприклад, правила ч. 1 ст. 267 ГК про строк дії договору поставки, ч. 3 ст. 1110 ЦК про строк ліцензійного договору.

[3] Постанови Верховного Суду України та Вищого господарського суду України у господарських справах. — 2003. — Випуск 2. — С. 59—61.

В постанові ВГС України від 23 вересня 2004 р. у справі № 10/23 зазначається, що закінчення строку дії укладених сторонами договорів не звільняє відповідача від обов'язку оплати отриманої ним продукції[1].

Умова господарського договору про строк його дії, безумовно, виступає важливим чинником порядку у договірних відносинах. Зокрема, оскільки дотримання умови щодо строку (терміну) виконання зобов'язання є підставою для визнання виконання у цій частині належним, строк є критерієм оцінки правомірності поведінки суб'єктів зобов'язання з точки зору її своєчасності[2]. Особливого значення умова про строк набуває для тих видів господарських договорів, які обтяжені публічним компонентом (і — особливо — у випадках, коли договір укладається у конкурентний спосіб), зокрема:

— в концесійних договорах — як фактор стабільності умов господарювання для інвестора (концесіонера) та забезпечення потреб громадян України в певних товарах, роботах, послугах;

— в договорах купівлі-продажу об'єктів приватизації — як фактор належного виконання покупцем своїх інвестиційних зобов'язань у економічній та в соціальній сферах[3], досягнення мети приватизації — підвищення соціально-економічної ефективності виробництва та залучення коштів на структурну перебудову економіки України;

— в договорах поставки товарів, робіт, послуг для забезпечення пріоритетних державних потреб — як фактор вчасного забезпечення цих потреб;

— договорах, що опосередковують функціонування державного матеріального резерву — як фактор підтримання матеріальних цінностей в належному обсязі та стані протягом відповідного періоду.

За загальним правилом, господарське зобов'язання припиняється належним виконанням, якщо виконання прийнято управненою стороною (ч. 1 ст. 203 ГК). Закінчення строку дії договору дає можливість кредитору в конкретній ситуації обрати певний варіант поведінки: 1) вимагати від боржника реального виконання зобов'язання, якщо інтерес до цього кредитором ще не втрачений; 2) або вимагати застосування до порушника заходів господарсько-правової відповідальності, як це передбачає ч. 7 ст. 180 ГК.

---

[1] Вісник господарського судочинства. — 2005. — № 1. — С. 197—199.

[2] *Боднар Т. В.* Теоретичні проблеми виконання договірних зобов'язань (цивільно-правовий аспект). Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. — Київ, 2005. — С. 15.

[3] Див., напр.: Умови проведення конкурсу з продажу пакета акцій ВАТ «Криворізький гірничо-металургійний комбінат «Криворіжсталь», затверджені розпорядженням Кабінету Міністрів України від 9 серпня 2005 р. № 322-р // УК. — 13 серпня 2005 р. — № 150.

В практиці ділового обороту, яка відобразилася і міжнародних конвенціях (зокрема, Віденській конвенції про договори міжнародної купівлі-продажу товарів), і lex mercatoria (Принципи УНІДРУА), і в національних законодавствах (в тому числі ЦК України), склалися правила щодо так званих розумних строків, тобто таких, що не визначаються формалізовано, а існують як звичайні для ділової практики[1]. В деяких договірних відносинах визначити строк через категорію звичайного або розумного в принципі неможливо, зважаючи на унікальність їх об'єкта. Так, в ліцензійних договорах умова про строк дії договору (початок і кінцевий строк використання об'єкта інтелектуальної власності) не тільки захищає інтереси ліцензіара, але й забезпечує стабільність становища ліцензіата як інвестора (адже впровадження науково-технічних досягнень, доведення їх до стану працюючих вимагає значних капіталовкладень).

Сама лише відсутність в тексті договору умови про строк не тягне за собою неможливості його виконання, і в такому випадку мають застосовуватися правила ч. 2 ст. 530 ЦК щодо виконання боржником зобов'язань, строк (термін) виконання яких не встановлений або визначений моментом пред'явлення вимоги.

Ціна (тариф) договору за визначенням частини 1 ст. 189 ГК є формою грошового визначення вартості продукції (робіт, послуг), яку реалізують суб'єкти господарювання, а тому істотність умови про ціну в майнових господарських договорах має економічне підґрунтя і пов'язується зі складними процесами ціноутворення[2]. Ціна не може визнаватися істотною для організаційно-господарських договорів, які є немайновими.

Слід звернути увагу на те, що в ч. 4 ст. 632 ЦК закладений механізм визначення ціни, якщо ціна в договорі не встановлена і не може бути визначена виходячи з його умов: в такому випадку вона визначається виходячи із звичайних цін, що склалися на аналогічні товари, роботи або послуги на момент укладення договору. Попри проблемність визначення звичайної ціни, вона може слугувати критерієм для встановлення ціни у господарському договорі, хоча

---

[1] В літературі звертається увага на те, що термін «звичайний строк» є більш корисним, ніж «розумний строк», оскільки слово «розумний» потребує оцінки не з позицій світової практики, а більш складних категорій сумлінності (добросовісності) і чесності // *Боднар Т. В.* Виконання договірних зобов'язань у цивільному праві: Монографія. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — С. 117.

[2] *Подцерковный О. П.* Ціна як умова господарського договору// Вісник господарського судочинства. — 2005. — № 6. — С. 145—146; Науково-практичний коментар Господарського кодексу України/ Кол. авт.: *Г. Л. Знаменський, В. В. Хахулін, В. С. Щербина* та ін.; За заг. ред. В. К. Мамутова. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — С. 12.

загалом це не сприяє його належному виконанню, принаймні, перешкод для застосування судом при розгляді спору положень ст. 632 ЦК немає. Обмеження для застосування цієї статті існують на той випадок, коли ціна в принципі не може бути визначена через звичайну (наприклад, в ліцензійних договорах на використання об'єктів інтелектуальної власності або договорів комерційної концесії з огляду на унікальність нематеріальних об'єктів — результатів творчої діяльності). Досить часто в тексті договору безпосередньо ціна не встановлюється, але міститься порядок або спосіб її обчислення на момент виконання обов'язку по оплаті поставленої продукції, виконаних робіт тощо. Така умова договору дозволяє гнучко поєднувати інтереси контрагентів в господарських договорах, у тих випадках, коли договір укладається на тривалий строк, коли на виконання договору можуть істотно впливати різного роду економічні фактори (коливання кон'юнктури ринку, курсу гривні відносно іноземних валют тощо).

В літературі зазначалося, що можна пом'якшити жорсткий підхід законодавця до істотних умов господарських договорів в частині строку їх дії, послідовно запроваджуючи в практику розуміння здійснення фактичних дій на виконання договору за умови фактичного визнання іншою стороною відповідності цих дій договору як підтвердження того, що сторони договір уклали[1].

Проте це в будь-якому випадку не означає, що для забезпечення ефективності господарських договірних відносин достатньо сторонам узгодити лише умову про предмет договору. Програмно-регулятивні функції господарського договору можуть повною мірою розкриватися лише за ретельної розробки взаємної програми дій між контрагентами. В умовах, коли більшість господарських договорів не є безумовно імперативними законодавчими конструкціями, акцент у забезпеченні правопорядку у договірних відносинах зміщений на саморегулятивний рівень. Від рівня договірної роботи суб'єкта господарювання, починаючи зі стадії укладення господарських договорів, ретельної підготовки проекту договору, комплексного економіко-правового аналізу умов договору, в тому числі запропонованих контрагентом, залежить ритмічність виробництва, мінімізація витрат, ефективне використання основних фондів, ліквідація невиробничих витрат[2].

Як зазначалося вище, на господарські договори поширюються загальні правила ЦК про правочини, зокрема, зміст господарського

---

[1] Проблемні питання у застосуванні Цивільного та Господарського кодексів України / За ред. А. Г. Яреми, В. Г. Ротаня. — К.: Реферат, 2005. — С. 38, 127.

[2] *Замойский И. Е.* Предотвращение нарушений договорных обязательств на предприятии. — К.: Выща школа, 1978. — С. 14, 15.

договору не може суперечити ЦК, іншим актам цивільного законодавства, а також моральним засадам суспільства (ч. 1 ст. 203 ЦК). Положення ЦК про правові наслідки недодержання сторонами при вчиненні правочину вимог закону застосовуються до господарських договорів із врахуванням особливостей, передбачених статтями 207, 208 ГК.

Слід звернути увагу на те, що за змістом ст. 20 ГК одним із способів захисту прав суб'єктів господарювання є визнання недійсними господарських угод з підстав, передбачених законом. Проте в ст. 207 ГК сформульовані підстави недійсності (*оспорюваності*) господарських зобов'язань: 1) невідповідність вимогам закону; 2) вчинення з метою, яка завідомо суперечить інтересам держави і суспільства; 3) порушення хоча б одним з учасників господарських відносин господарської компетенції (спеціальної правосуб'єктності). Враховуючи, що в ЦК та ГК, в інших законах терміни «зобов'язання», «договори», «правочини» часто використовуються як тотожні, положення статей 207, 208 ГК мають тлумачитися як такі, що стосуються недійсності правочинів[1].

Необхідно зауважити, що відповідно до абз. 2 ч. 5 ст. 216 ЦК суд може застосувати наслідки недійсності нікчемного правочину з власної ініціативи. Оскільки ст. 207 ГК встановлено перелік оспорюваних господарських договорів, у суду відсутні правові підстави застосування з власної ініціативи наслідків недійсності оспорюваного правочину[2].

На відміну від норми ч. 5 ст. 216 ЦК, якою передбачено, що вимога про застосування наслідків недійсності нікчемного правочину може бути пред'явлена будь-якою заінтересованою особою, право заявити вимогу про визнання господарського договору недійсним повністю або частково може або одна із сторін договору, або відповідний орган державної влади (ч.1 ст. 207 ГК). Так, ч. 2 ст. 121 Конституції України на прокуратуру покладено функції представництва інтересів держави в суді у випадках, визначених законом.

---

[1] Проблемні питання у застосуванні Цивільного та Господарського кодексів України / За ред. А. Г. Яреми, В. Г. Ротаня. — К.: Реферат, 2005. — С. 285—316.

[2] Умисел діяти всупереч інтересам держави і суспільства має бути встановлений на момент виникнення господарського зобов'язання. Наявність умислу повинна доводитися позивачем, а правила ст. 614 ЦК, що покладають на порушника обов'язок доводити відсутність своєї вини, не можуть бути застосовані за аналогією до відносин з приводу недійсності господарського договору. Господарський суд, до підвідомчості якого належать такі спори, зазвичай не має достатніх засобів для встановлення умислу сторін, і може це зробити лише за наявності вироку суду у кримінальній справі або постанови про припинення провадження у кримінальній справі з підстав, що не реабілітують обвинуваченого// Зазнач. праця. — С. 88.

Відповідно до статей 2, 29 Господарського процесуального кодексу України передбачено, що господарський суд порушує справи за позовними заявами прокурорів та їх заступників, які звертаються до господарського суду в інтересах держави.

Як зазначається в рішенні Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями Вищого арбітражного суду України та Генеральної прокуратури України щодо офіційного тлумачення положень ст. 2 Арбітражного процесуального кодексу України (справа про представництво прокуратурою України інтересів держави в арбітражному суді) від 8 квітня 1999 р. № 3-рп/99. Із врахуванням того, що «інтереси держави» є оціночним поняттям, прокурор чи його заступник у кожному конкретному випадку самостійно визначає з посиланням на законодавство, на підставі якого подається позов, в чому саме відбулося чи може відбутися порушення матеріальних або інших інтересів держави, обґрунтовує у позовній заяві необхідність їх захисту та зазначає орган, уповноважений державою здійснювати відповідні функції у спірних відносинах. В контексті ч. 2 ст. 2 АПК поняття «орган, уповноважений державою здійснювати відповідні функції у спірних відносинах» означає орган, на який державою покладено обов'язок щодо здійснення конкретної діяльності у відповідних правовідносинах, спрямованої на захист інтересів держави. Таким органом, відповідно до статей 6, 7, 13 та 143 Конституції України, може виступати орган державної влади чи орган місцевого самоврядування, якому законом надано повноваження органу виконавчої влади[1].

Підстави недійсності господарських зобов'язань (договорів) відповідно до ст. 207 ГК значною мірою є тим нормативним матеріалом, який раніше містився в статтях 48, 49, 50 ЦК 1963 р. І раніше, в ЦК УРСР 1963 р., і на цей час основне призначення конструкції недійсності угод (договорів) полягає, насамперед, у забезпеченні захисту публічних інтересів в широкому їх розумінні: і у випадку, коли сторонами порушуються імперативні норми законів, призначені для підтримання правопорядку в різних сферах суспільства; і у випадку, коли умисел сторін угоди є несумісним з інтересами держави та суспільства; і у випадку, коли наявні дефекти правосуб'єктності сторони угоди (його господарської компетенції або спеціальної правосуб'єктності)[2].

[1] ОВУ. — 1999. — № 15. — Ст. 614.

[2] Про питання застосування норм цивільного та господарського законодавства при розгляді цієї категорії справ див.: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 28 квітня 1978 р. № 3 «Про судову практику в справах про визнання угод недійсними» (Постанови Пленуму Верховного Суду України 1972—2002: Офіц. вид. / За заг. ред. В. Т. Маляренка. — К.: А.С.К., 2003. — С. 74—80); Роз'яснення Вищого арбітражного суду України № 02-5/111 від 12 березня 1999 р. «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з визнанням угод недійсними» (Юридичний вісник України. — 2002. — № 26).

В літературі обґрунтовано зверталася увага на те, що невідповідність угоди вимогам закону не підлягає розширеному тлумаченню, яке поширює поняття закону і на нормативно-правові (підзаконні) акти[1].

Під вимогами закону, невідповідність яким господарської угоди є підставою її недійсності, слід розуміти імперативні норми кодексів та спеціальних законів, якими регулюються окремі види господарських відносин. Так, якщо за загальними правилами про договори в ЦК та ГК невиконання чи неналежне виконання договору не тягне за собою правових наслідків у вигляді визнання його недійсним, а заінтересована сторона має право вимагати розірвання договору або застосування інших, передбачених законом чи договором наслідків, то відповідно до ч. 5 ст. 27 Закону України «Про приватизацію державного майна» на вимогу однієї зі сторін договір купівлі-продажу може бути розірвано або визнано недійсним за рішенням суду в разі невиконання іншою стороною зобов'язань, передбачених договором купівлі-продажу, у визначені строки. Частиною 9 цієї самої статті встановлюється правовий наслідок розірвання в судовому порядку договору купівлі-продажу об'єкта приватизації у зв'язку з невиконанням покупцем договірних зобов'язань у вигляді *повернення приватизованого об'єкту у державну власність*[2].

Окремим випадком недійсності господарського договору як такого, що не відповідає вимогам закону, слід вважати недотримання встановленого законом спеціального порядку укладення госпо-

---

[1] Науково-практичний коментар Господарського кодексу України / Кол. авт.: *Знаменський Г. Л., Хахулін В. В., Щербина В. С.* та ін.; За заг. ред. В. К. Мамутова. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — С. 343.

[2] Це правило відрізняється від правила частини 4 ст. 653 ЦК про те, що сторони не мають права вимагати повернення того, що було виконане ними за зобов'язанням до моменту розірвання договору. Слід звернути увагу на те, що нормою про наслідки розірвання договору купівлі-продажу об'єкта приватизації ст. 27 Закону «Про приватизацію державного майна» була доповнена лише у 2000 р., хоча практика застосування приватизаційного законодавства задовго до того виявила недосконалість Закону, адже загальними положеннями про зобов'язання ЦК УРСР 1963 р. не встановлювалися правові наслідки зміни або припинення договору у вигляді повернення переданого сторонами одна одній в процесі його виконання, тим більше не було підстав застосовувати двосторонню реституцію внаслідок розірвання договору через невиконання покупцем його умов. На це звертав увагу і ВАС України у п. 1 роз'яснення № 02-5/111 від 12 березня 1999 р. «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з визнанням угод недійсними»: за загальним правилом невиконання чи неналежне виконання угоди не тягне за собою правових наслідків у вигляді визнання угоди недійсною. У такому разі заінтересована сторона має право вимагати розірвання договору або застосування інших передбачених законом чи договором наслідків, а не визнання угоди недійсною.

дарського договору певного виду. Як правило, це стосується конкурентних способів укладення господарських договорів, які мають важливе соціально-економічне значення (насамперед договорів, що укладаються в процесі приватизації державного майна)[1].

В судовій практиці досить непоодинокими є випадки, коли сутність правовідносин, що склалися між сторонами, безпосередньо не пояснюється назвою договору, а тому потребує тлумачення судом змісту господарського договору з подальшим співставленням результатів тлумачення із нормами чинного законодавства.

Так, рішенням господарського суду було відмовлено у задоволенні позову Миколаївського морського торговельного порту до ТОВ «Укрчартер» про стягнення основного боргу за договором експлуатаційного управління судном та збитків, спричинених неналежним виконанням зобов'язань за договором. Суд дійшов висновку, що вимоги позивача про стягнення заборгованості за щомісячними платежами понад суми отриманих відповідачем доходів від експлуатації судна суперечать умовам укладеного між сторонами договору експлуатаційного керівництва (менеджменту) судна, оскільки цей договір, на думку суду, за своєю правовою природою є договором морського агентування — різновидом договору доручення, представництва (ст. 386 ЦК 1963 р.), а тому для оплати щомісячно певної грошової суми потрібно існування двох обставин: наявність прибутку від експлуатації судна та реальні витрати позивача. ВГС України, переглядаючи справу в касаційному порядку, дійшов висновку про змішану природу договору, оскільки частина умов договору відповідає відносинам фрахтування, а умова договору про обов'язок сплачувати судновласнику доходи від експлуатації для покриття його витрат є характерною ознакою сумісної діяльності з розмежуванням функцій. ВС України, скасовуючи судові акти першої, апеляційної та касаційної інстанцій, зазначив, що суди виходили із помилкового уявлення про правову природу спірних відносин, і передаючи справу на новий розгляд до господарського суду першої інстанції, вказав, що зміст договору, зокрема, підпорядкування екіпажу судна відповідачу, покладення на нього керівництва питаннями фрахту, що включає без обмеження такі функції, як організацію відповідних платежів судновласнику, взяття на себе відповідачем повноважень з керівництва питаннями фрахту та фрахтування, дає підстави для кваліфікації відповідно до положень КТМ України укладеного договору як договору фрахту[2].

Відповідно до ч. 8 ст. 181 ГК у разі, якщо сторони не досягли згоди з усіх істотних умов господарського договору, такий до-

---

[1] *Беляневич О. А.* Господарський договір та способи його укладання. — К.: Наукова думка, 2002. — С. 169—197.

[2] Інформаційний лист Вищого господарського суду України від 25 березня 2005 р. № 01-8/486 «Про практику Верховного Суду України у справах зі спорів, пов'язаних з перевезенням вантажів морським транспортом»// Вісник господарського судочинства. — 2005. — № 3. — С. 87—90.

говір вважається неукладеним (таким, що не відбувся). Якщо одна із сторін здійснила фактичні дії щодо його виконання, правові наслідки таких дій визначаються нормами Цивільного кодексу України. Як зазначається в пункті 17 роз'яснення президії ВГС України від 12 березня 1999 р. «Про деякі питання практики розгляду спорів, пов'язаних із визнанням угод недійсними», *недійсною може бути визнана лише укладена угода*, тобто в якій сторонами в необхідній формі досягнуто згоди за всіма істотними умовами. Якщо ж про розгляді спору було встановлено, що угода сторонами фактично не була укладена, господарському суду слід припиняти провадження у справі з тієї підстави, що відсутній предмет спору. Таким чином, ВГС України визнав, що договір, який не було укладено, не може вважатися недійсним.

Проте недійсна угода не повинна бути змішувана із такою, що не відбулася, коли сторони не дійшли до повної згоди, необхідної для сили угоди[1].

Разом з тим слід враховувати, що якщо особа, яка одержала пропозицію укласти договір у межах строку для відповіді вчинила дію відповідно до зазначених у пропозиції умов договору (відвантажила товари, надала послуги, виконала роботи, сплатила відповідну суму грошей тощо), яка засвідчує її бажання укласти договір, ця дія є прийняття пропозиції, якщо інше не зазначено в пропозиції укласти договір або не встановлено законом (ч. 2 ст. 642 ЦК). Можливість акцепту із застереженнями передбачена і Конвенцією Організації Об'єднаних Націй про договори міжнародної купівлі-продажу товарів від 11 квітня 1980 р.: відповідь на оферту, яка має на меті бути акцептом, але містить додаткові чи відмінні умови, які істотно не змінюють умов оферти, є акцептом, якщо оферент без невиправданої затримки не заперечить усно проти цих розходжень або не надішле повідомлення про це. Якщо він цього не робить, то умовами договору будуть умови оферти зі змінами, що містяться в акцепті (ч. 2 ст. 19).

При розгляді питання про те, чи був укладений договір, необхідно розрізняти випадки: 1) відсутності фіксації в тексті договору істотної умови; 2) фактичного недосягнення сторонами згоди по істотній умові (умовах), коли розбіжності, які заявлено стороною, що отримала оферту, та оформлено протоколом розбіжностей, не було врегульовано сторонами.

Практика судового правозастосування свідчить про те, що визнання договору неукладеним в судовому порядку досить часто

[1] *Шершеневич Г. Ф.* Учебник русского гражданского права. — СПб., 1907. — С. 172—173.

є фактичною (і юридичною) підтримкою недобросовісного контрагента, який не просто не бажає виконувати договір з певних причин, але й при цьому не бажає, дотримуючись загального правила про обов'язковість договору (ст. 629 ЦК), йти правовим шляхом припинення відносин, що склалися (наприклад, ставити питання про зміну умов договору, його розірвання, якщо первісно визначені умови перестали відповідати інтересам контрагента, або використати такий спосіб припинення зобов'язання, як передача відступного).

Кількість істотних умов договору має визначатися не лише видом договору, але і особливостями його суб'єктного складу, метою договору тощо. Наведемо характерний приклад. Перелік істотних умов договору оренди, встановлений ст. 284 ГК, практично відтворює ст. 10 Закону України «Про оренду державного та комунального майна» (станом на 16 січня 2003 р. — дату прийняття ГК)[1]. Порівняльний аналіз положень ГК про оренду (статті 283—291) та зазначеного Закону свідчить про те, що в процесі кодифікації до ГК були перенесені основні положення спеціального закону, який покликаний, відповідно до преамбули, забезпечити підвищення ефективності використання саме державного та комунального майна та застосування якого до оренди майна інших форм власності може бути виключене договором оренди (ч. 3 ст. 1 Закону).

Рішенням господарського суду міста Києва було задоволено позов АБ «Д...» до ТОВ «А...» про виселення з приміщення, суд визнав договір найму виробничого приміщення неукладеним, в договорі відсутня частина умов, що визнаються ст. 284 ГК істотними (зокрема, про вартість майна з урахуванням індексації, про порядок використання амортизаційних відрахувань). Апеляційний господарський суд, скасовуючи це рішення, відмовив у задоволенні позову і зазначив, що договір не можна вважати неукладеним, оскільки він виконувався сторонами, а за відсутності згоди сторін щодо умов договору будь-яка з них має право звернутися до суду із позовом про внесення змін до договору або про спонукання до укладення договору[2].

Верховний Суд України зазначив, що у випадку, коли об'єктом користування за договором є майно інших форм власності, такі відносини користування є відносинами майнового найму, що регулю-

---

[1] Законом України від 29 червня 2004 р. ст. 10 зазначеного Закону була доповнена ще двома істотними умовами: про забезпечення виконання зобов'язань неустойкою (штрафом, пенею), порукою, завдатком, гарантією тощо; про порядок здійснення орендодавцем контролю за станом об'єкта оренди.

[2] Справа № 22/177 за позовом АБ «Д...» до ТОВ «А...» про виселення з виробничого приміщення // Архів господарського суду міста Києва. 2005 р.

ються нормами Цивільного кодексу. До майна інших форм власності передбачена лише можливість застосування Закону про оренду, за умови, якщо інше не передбачено законодавством та договором оренди (ч. 4 ст. 1 Закону). Якщо об'єктом найму (оренди) за договором є майно колективної форми власності, норми Цивільного кодексу мають переважне значення порівняно з нормами Закону України «Про оренду державного та комунального майна»[1].

Проблема «неукладеного договору» була предметом обговорення в юридичній літературі, при цьому висловлювалися протилежні точки зору про правові наслідки визнання договору неукладеним[2].

Недійсний договір та неукладений договір (договір, що не відбувся) не є тотожними поняттями, оскільки неукладений договір просто не існує як юридичний факт і до нього не застосовуються правила щодо недійсності угод. Правові наслідки, пов'язані зі встановленням факту неукладеності договору, полягають в такому:

— якщо зобов'язана сторона не розпочала виконання договору, то господарський суд повинен відмовити у задоволенні позовних вимог іншої сторони про спонукання боржника до виконання своїх обов'язків або про застосування до нього заходів господарсько-правової відповідальності за невиконання зобов'язань за договором;

— якщо ж сторона вже передала певне майно іншій стороні, то при кваліфікації господарським судом такого договору неукла-

[1] Постанова Судової палати у господарських справах Верховного Суду України від 29 жовтня 2002 р. у справі за позовом ЗАТ «Атек» до ОП «Спортивний комплекс» «Атек»// Постанови Верховного Суду України та Вищого господарського суду України у господарських справах. — Вип. 2 (5), 2004. — С. 72—75.

[2] Так, свого часу Н. В. Рабинович було запропоновано теоретичні підстави розмежування недійсних угод та угод, що не відбулися. На її думку, недійсна угода — це угода, яка відбулася, але через притаманні їй недоліки визнається позбавленою правової сили. Угода ж, що не відбулася, ніколи не існувала і існувати не може, через що правової сили не має і тому позбавлена її бути не може (*Рабинович Н. В.* Недействительность сделок и ее последствия. — Изд-во ЛГУ, 1960. — С. 21). Це питання, на думку В. П. Шахматова, має термінологічне підґрунтя, а не розбіжності в оцінці правової природи угод. Заперечуючи Н. В. Рабинович, В. П. Шахматов зазначав, що й нікчемні угоди ніколи не мають законної сили, але закон беззастережно відносить їх до недійсних угод, крім того, така угода визнається недійсною з самого початку, ніби то вона ніколи і не існувала. Всі угоди, що «не відбулися», не відповідають тим чи іншим вимогам норм права, а тому вони є недійсними. Виділення ж в самостійну групу угод, що не відбулися, не має практичного значення, оскільки наслідки таких угод визначаються за правилами, встановленими для недійсних угод (*Шахматов В. П.* Составы противоправных действий и обусловленные ими последствия. — Изд-во Томского университета. — 1967. — С. 90, 93).

деним, можливо подання позову щодо незаконного збагачення, а у випадку знищення чи пошкодження майна — позову про відшкодування заподіяної шкоди.

Отже, за відсутності в договорі істотної умови/умов правові наслідки вчинення однією зі сторін певних дій по передачі майна, виконанню робіт, наданню послуг тощо визначаються нормами ЦК про зобов'язання, які виникають внаслідок придбання або збереження майна за рахунок коштів іншої особи без достатніх підстав[1]. На цей час остаточна ясність в питання «неукладеності» договору внесена ВС України: вимога про визнання угоди неукладеною не може бути предметом позову у справі, оскільки ЦК не встановлено відповідного способу захисту цивільного права. По суті, така вимога спрямована на встановлення факту, що має юридичне значення, а не на поновлення порушеного права або захист охоронюваного законом інтересу[2]. Такої позиції дотримуються господарські суди при здійсненні судочинства[3], підтримують її і вітчизняні правознавці[4].

Як зазначається в п. 15 інформаційного листа Вищого господарського суду України від 20 жовтня 2006 р. № 01-8/2351 «Про деякі питання практики застосування норм Господарського процесуального кодексу України порушені у доповідних записках про роботу господарських судів у 2005 році та в першому півріччі 2006 року», про визнання договору неукладеним може зазначатися виключно у мотивувальній частині рішення як про обставину справи, встановлену господарським судом (п. 3 ч. 1 ст. 84 ГПК).

---

[1] *Беляневич О. А.* Господарський договір та способи його укладання: Навч. посібник. — К.: Наукова думка, 2002. — С. 117—125.

[2] Постанова Судової палати у господарських справах Верховного Суду України від 14 січня 2002 р. у справі за позовом АТ «Сантехмонтаж» до МПП фірма «Барвінок», АТ «Капітал» та АТ «Барвінок»// Постанови Верховного Суду України та Вищого господарського суду України у господарських справах. — 2003. — Вип. 1. — С. 154—158.

[3] Так, ГОТ «**» подано позов до Бахчисарайської районної ради та «***» про визнання договору неукладеним у зв'язку з відсутністю у договорі всіх істотних умов, передбачених чинним законодавством для договору оренди землі. Рішенням господарського суду АР Крим, залишеним без змін апеляційною інстанцією та касаційною інстанціями, в задоволенні позовних вимог в зв'язку з обранням позивачем способу захисту цивільних прав, який не відповідає вимогам ст. 16 Цивільного кодексу України// Постанова ВГС України від 31. 05. 2007 р. № 2-2/1100.1-2006 (2-13/1100-06, 2-13/6097-05) http://www.arbitr.gov.ua/docs/28_1597047.html.

[4] *Гусак М., Данішевська В., Попов Ю.* Нікчемні та оспорювані правочини: регулювання за Цивільним кодексом УРСР// Підприємництво, господарство і право. — 2006. — № 3. — С. 81—82.

§ 3. Особливості укладення, зміни та розірвання господарських договорів

Роль і значення господарського договору в сфері господарювання обумовили підвищену увагу з боку законодавця до порядку укладення господарських договорів. Важливо, щоб будь-який господарсько-договірний зв'язок був раціональним, надійно функціонуючим — незалежно від строку, на який укладається господарський договір. Тому одне з головних завдань законодавчого регулювання порядку укладення господарських договорів повинно полягати в тому, щоб за допомогою правових засобів забезпечувати їх стійкість та здійсненність.

Відповідно до ч. 2 ст. 180 ГК господарський договір вважається укладеним, якщо між сторонами у передбачених законом порядку та формі досягнуто згоди щодо усіх його істотних умов.

Порядок укладення, зміни та розірвання договору — це нормативно закріплені взаємні дії сторін, спрямовані відповідно на встановлення господарсько-договірних відносин і визначення змісту договірного зобов'язання, їх зміну або припинення.

Специфічні властивості господарського договору обумовлюють особливості його укладення порівняно з правилами укладення цивільно-правового договору, встановленими в главі 53 ЦК.

Відповідно до ч. 2 ст. 638 ЦК договір укладається шляхом пропозиції однієї сторони укласти договір (оферти) і прийняття пропозиції (акцепту) другою стороною. При оформленні господарських договірних відносин традиційна цивілістична схема укладення договору «оферта — акцепт» звужується і має місце лише тоді, коли юридично вільної угоди достатньо для встановлення відносно простих за змістом договірних відносин. Зокрема, це зумовлюється відсутністю в ряді випадків однієї з важливих передумов використання традиційної схеми — юридично вільного волевиявлення сторін, оскільки воно не слугує єдиною і конститутивною підставою виникнення господарського зобов'язання; складністю багатьох господарських зв'язків, яка часто зумовлює недостатність здійснення двох дискретних дій; тією обставиною, що сторони, які домовляються, далеко не завжди рівно компетентні у визначенні предмету майбутнього зобов'язання (наприклад, у відносинах щодо виконання науково-дослідних робіт)[1].

За правилами ст. 646 ЦК відповідь про згоду укласти договір на інших, ніж було запропоновано, умовах визнається відмовою від

[1] Хозяйственный договор. Общие положения/ Отв. ред. Д. Н. Сафиуллин. — Свердловск: Свердлов. юридический институт им. Руденко, 1986. — С. 31.

одержаної пропозиції і водночас новою пропозицією особі, яка зробила попередню пропозицію.

Відповідно до ст. 181 ГК загальний порядок укладення господарського договору складається з:

— стадії проекту договору;

— стадії протоколу розбіжностей;

— стадії безпосереднього врегулювання розбіжностей;

— стадії судового розгляду переддоговірного спору[1].

На кожній з цих стадій процес укладення договору може бути завершений, якщо сторони дійшли згоди з усіх його істотних умов. У випадку недосягнення такої згоди між сторонами, процес укладення договору переходить до наступної стадії.

Проект договору є офертою, яка адресована іншій визначеній стороні або сторонам у випадку укладення багатостороннього договору. Проект договору або інший письмовий документ повинен виражати намір особи, яка її зробила, вважати себе зобов'язаною у разі її прийняття і містити всі істотні умови договору, укладення якого має на меті автор проекту договору.

Зважаючи на те, що в сучасних умовах більшість господарських договорів укладається за вільним волевиявленням сторін, в якості оферента може виступити будь-яка сторона. У випаду, коли конкретний адресат оферти (або невизначене коло адресатів при публічній оферті) відізветься і у відповідній формі висловить згоду укласти договір на зазначених в оферті умовах, договір є укладеним.

Оскільки ГК не встановлює спеціального правила щодо моменту укладення договору, застосовується норма ст. 640 ЦК, відповідно до якої договір є укладеним з моменту одержання особою, яка направила пропозицію укласти договір, відповіді про прийняття цієї пропозиції. Якщо господарський договір укладається у письмовій формі (у вигляді єдиного документа, або у спрощеній формі шляхом обміну документами або підтвердженням прийняття замовлення до виконання), підписання адресатом запропонованого проекту договору без заперечень щодо його умов (надсилання відповіді на лист, факсограму) слід вважати акцептом. Якщо для укладення договору необхідні також передання майна або вчинення іншої дії, договір є укладеним з моменту передання відповідного майна або вчинення певної дії (наприклад, передачі вантажу для перевезення).

За наявності заперечень щодо окремих умов договору сторона, яка одержала проект договору, складає протокол розбіжностей, про що робиться застереження у договорі, та у двадцятиденний строк надсилає другій стороні два примірники протоколу розбіжностей разом з підписаним договором.

---

[1] Вирішення переддоговірних спорів судом передбачено ст. 649 ЦК України.

В таких випадках акцепт на інших умовах не вважається новою офертою і укладання договору переходить до стадії протоколу розбіжностей (з перспективою проходження наступних стадій).

На стадії протоколу розбіжностей фактичний склад (оферта — акцепт), достатній для укладення договору, доповнюється врегулюванням розбіжностей протягом встановленого законом строку: сторона, яка одержала протокол розбіжностей до договору, зобов'язана протягом двадцяти днів розглянути його, в цей самий строк вжити заходів для врегулювання розбіжностей з другою стороною та включити до договору всі прийняті пропозиції, а ті розбіжності, що залишилися неврегульованими, передати в цей самий строк до суду, якщо на це є згода другої сторони.

В сучасних умовах існування стадій протоколу розбіжностей та безпосереднього врегулювання розбіжностей обмежується через розширення сфери дії договорів, які укладаються вільною угодою сторін. Тому імовірною є така ситуація, коли сторона, яка отримала протокол розбіжностей, може і не вживати жодних дій щодо їх врегулювання. В такому випадку у іншої сторони відсутні правові підстави для позову про спонукання до укладання договору. Відповідно, за відсутності згоди оферента із протоколом розбіжностей, а також за відсутності згоди сторін на передачу розбіжностей на розгляд суду, процес укладення договору припиняється.

Разом з тим в законодавстві для певних випадків закріплений пріоритет автора протокола розбіжностей. Якщо сторона, яка одержала протокол розбіжностей щодо умов договору, заснованого на державному замовленні або такого, укладення якого є обов'язковим для сторін на підставі закону, або сторона — виконавець за договором, що в установленому порядку визнаний монополістом на певному ринку товарів (робіт, послуг), яка одержала протокол розбіжностей, не передасть у зазначений двадцятиденний строк до суду розбіжності, що залишилися неврегульованими, то пропозиції другої сторони вважаються прийнятими (ч. 7 с. 181 ГК). Іншими словами, договір вважається укладеним на умовах, запропонованих автором протоколу розбіжностей.

Безпосереднє врегулювання розбіжностей являє собою діяльність контрагентів з ліквідації конфліктів, які виникають при укладенні господарського договору. Оскільки сторони, які спорять, не мають юрисдикційних повноважень, спір не вирішується, а усувається з правовідносин шляхом погодження сторонами змісту договірного зобов'язання. Така угода може бути досягнута шляхом взаємних поступок, відмови однієї сторони від своїх умов, прийняття оферентом пропозицій іншої сторони тощо.

Спори, що виникають при укладенні господарських договорів (переддоговірні спори), поділяються на спори про спонукання до укладення договору та спори щодо умов договору. Ухилення суб'єкта господарювання від здійснення дій, які згідно із чинним законодавством є необхідними для встановлення договірних відносин (ненаправлення оферентом проекту договору, неповернення акцептантом підписаного договору тощо) є підставою виникнення спорів про спонукання до укладення господарського договору.

Відповідно до ч. 1 ст. 12 Господарського процесуального кодексу України господарський суд розглядає справи у спорах, що виникають при укладенні, зміні, розірванні і виконанні господарських договорів, у тому числі щодо приватизації майна. Проект договору та протокол розбіжностей є документами, що підтверджують існування спору, який виник при укладенні договору і який сторони передають на вирішення господарського суду.

У випадку, коли договір, що укладається, не заснований на обов'язковому для суб'єктів господарювання плановому акті (державному замовленні) або укладення договору не є обов'язковим в силу прямої вказівки закону, спір про спонукання до укладення договору може бути розглянутий господарським судом, якщо сторона, яка звернулася до господарського суду з позовом, обґрунтує свої вимоги відповідними доказами (наприклад, існуванням попереднього договору або угодою про передачу переддоговірного спору на розгляд суду).

У зв'язку із розширенням договірної свободи в господарських відносинах відбулося значне скорочення чисельності видів господарських договорів, обов'язкових до укладення. Споживачам продукції (робіт, послуг) надається право на укладення господарських договорів на власний розсуд. Імперативні приписи встановлені лише для визначеного кола суб'єктів, в тому числі державних органів господарського керівництва, стосовно окремих видів господарських договорів. Зокрема, за змістом ч. 8 ст. 9 Закону України «Про оренду державного та комунального майна» у разі відмови в укладенні договору оренди майна з підстав, не передбачених абз. 7 ч. 4 ст. 9 цього Закону, а також неодержання відповіді у встановлений термін заінтересована особа має право звернутися до господарського суду із заявою про спонукання компетентного органу (підприємства) укласти договір оренди[1].

---

[1] Роз'яснення президії ВАС України від 25 травня 2000 р. № 02-5/237 «Про деякі питання практики застосування Закону України «Про оренду державного та комунального майна»// http://www.arbitr.gov.ua/documents/02-5_237_2000-05-25.html

В тому випадку, коли укладення господарського договору проходить стадію судового рішення, день набрання чинності рішенням суду, яким вирішено питання щодо переддоговірного спору, *вважається* днем укладення відповідного господарського договору, якщо рішенням суду не визначено інше.

Чинним законодавством не встановлений обов'язок сторони у переддоговірному спорі щодо підписання договору у вигляді одного документа, в якому були б зафіксовані всі істотні умови договору (як ті, з яких було досягнуто згоди сторін, так і ті, що були включені до договору рішенням господарського суду), оскільки його зміст фіксується комплектом документів: самим договором, протоколом розбіжностей, протоколом погодження розбіжностей або іншими документами, що підтверджують вжиття сторонами заходів щодо врегулювання розбіжностей, та рішенням господарського суду з переддоговірного спору.

В динаміці договірного зобов'язання його зміна є одним із найбільш складних етапів. Зміна може відбуватися як в суб'єктному складі зобов'язання (заміна кредитора та/або боржника), так і в його змісті (зміна прав та обов'язків сторін правовідношення).

В ідеальному варіанті сторони самостійно, за взаємною згодою і без зовнішнього — судового — втручання можуть внести будь-які зміни до договору (зрозуміло, що при цьому повинні бути дотримані імперативні приписи закону, якщо такі передбачені для договору даного виду). При цьому внесення змін до договору може бути пов'язаним із порушенням договірного зобов'язання, а може зумовлюватися обставинами, не пов'язаними із порушеннями. Законодавець же загалом надзвичайно стримано ставиться до закріплення в нормах законодавчих актів підстав для зміни договору, що логічно витікає із принципу свободи договору (ст. 627 ЦК): якщо сторони, укладаючи договір, вільні у визначенні його умов договору, вони так само вільні за взаємною згодою їх змінити, за винятком випадків, коли відносно певних видів договорів зазначений принцип діє із певними обмеженнями. В ЦК ціла низка статей визначає підстави для розірвання окремих видів договорів (зокрема, статей 727, 740, 755, 783, 784, 825, 834, 852, 935, 997, 1025, 1075 ЦК) і вкрай нечисленними є правила про підстави зміни договорів (наприклад, статті 844, 878, 1061 ЦК).

З огляду на зафіксовані в ст. 179 ГК особливості дії принципу свободи договору в сфері господарських договірних відносин при укладенні господарських договорів:

1) сторони вільні вносити зміни до господарського договору тоді, коли при його укладенні вони на власний розсуд погоджують будь-які умові, що не суперечать законодавству;

2) за смислом ч. 4 ст. 179 ГК сторони можуть вносити зміни до договорів, які укладалися на основі примірних договорів, рекомендованих суб'єктам господарювання. В ГК зазначається, що сторони можуть змінювати окремі умови примірного договору або доповнювати його зміст, але, на наш погляд, саме рекомендаційний характер таких договорів та призначення цих договорів (полегшувати процес формулювання умов договорів певного виду) дає можливість сторонам взагалі відступити від умов примірного договору та визначити свої права та обов'язки на власний розсуд;

3) можливість внесення змін до тих господарських договорів, які укладаються на основі типових договорів, які затверджуються Кабінетом Міністрів України, чи у випадках, передбачених законом, іншим органом державної влади, обмежується. Оскільки типові договори є нормативно-правовими актами, обов'язковими для виконання, сторони можуть вносити зміни до таких договорів тоді, коли це не суперечитиме змісту типового договору. Такі зміни можуть стосуватися тих умов договору, які не сформульовані в типовому договорі імперативно і були конкретизовані сторонами при укладенні договору.

Зміна договору та його розірвання пов'язуються із юридичним фактом — діями сторін по внесенню змін до договору (як правило, у вигляді додаткової угоди до договору). Зміна або розірвання господарського договору досить часто пов'язані із неналежним виконанням зобов'язання. Відповідно до ч. 2 ст. 651 ЦК договір може бути змінено за рішенням суду на вимогу однієї зі сторін: 1) у разі *істотного* порушення договору другою стороною та 2) в інших випадках, встановлених договором або законом. Істотним є таке порушення стороною договору, коли внаслідок завданої цим шкоди друга сторона значною мірою позбавляється того, на що вона розраховувала при укладенні договору[1]. Під терміном «шкода» при цьому слід розуміти не тільки можливі додаткові витрати, неодержання прибутку, але і інші наслідки, що істотно впливають на інтереси сторони.

Так, до суду звернулося ТОВ «Р...» із позовом до приватного підприємця К... про стягнення 37500 грн. у зв'язку із невиконанням відповідачем умов договору (пізніше позовні вимоги було уточнено і позивач просив розірвати договір). ВГС України, переглядаючи судові акти, прийняті у справі місцевим та апеляційним судами, звернув увагу на те, що відповідно до договору від

[1] Так, істотним порушенням є поставка товарів якості нижчої, ніж це вимагається стандартом, технічними умовами чи зразком (еталоном), відповідно покупець має право відмовитися від прийняття і оплати товарів, а якщо товари уже оплачені покупцем, — вимагати повернення сплаченої суми (ч. 5 ст. 268 ГК).

4 лютого 2004 р. на перебуріння свердловини підрядник (відповідач) в 50-денний термін зобов'язаний був виконати об'єм робіт, зазначений у кошторисі, а замовник — прийняти і оплатити роботи. Підрядник у встановлений договором строк роботи не виконав, внаслідок чого замовник позбавився можливості користуватися водою у літній період, тобто того, на що розраховував при укладенні договору. Зазначене порушення договору ВГС України було визнано істотним[1].

Зміна або розірвання договору можуть зумовлюватися і іншими причинами, не пов'язаними із порушенням умов договору, зокрема, у зв'язку із істотною зміною обставин (ст. 652 ЦК) або втратою інтересу однієї із сторін до виконання.

Договірні відносини, особливо в сфері господарювання, знаходяться під впливом двох різноспрямованих факторів. Наріжним каменем договірного права залишається принцип pacta sunt servanda, і стабільність та порядок у договірних відносинах значною мірою залежатимуть від того, чи будуть виконуватися договори належним чином відповідно до узгоджених сторонами умов. Разом з тим після укладення договору можуть виникати різноманітні обставини, за яких продовження договірних відносин на визначених раніше умовах може виявитися для сторін невигідним, обтяжливим, неможливим тощо. В деяких випадках внесення змін до укладених договорів потребуватимуть публічні інтереси (як це може мати місце, зокрема, при внесенні змін до державного замовлення та пов'язаною із цим зміною умов державного контракту). Тому законодавець відходить від абсолютизації принципу «святості» договору, встановлюючи підстави для зміни договору та допускаючи її в судовому порядку з тим, щоб усунути фундаментальне порушення рівноваги у відносинах контрагентів.

Господарський та Цивільний кодекси України, так само, як і раніше Цивільний кодекс УРСР 1963 р., виходять із принципу належного виконання договору: за правилами ст. 526 ЦК зобов'язання має виконуватися належним чином відповідно до умов договору, вимог цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, а за відсутності таких умов і вимог — відповідно до звичаїв ділового обороту або інших вимог, що зазвичай ставляться. Відповідно до ст. 193 ГК зобов'язання має виконуватися відповідно до закону, інших правових актів, договору, а за відсутності конкретних вимог щодо виконання зобов'язання — відповідно до вимог, що у певних умовах зазвичай ставляться.

У ст. 188 ГК законодавець не встановлює загальних підстав для зміни та розірвання господарських договорів, через що мають за-

[1] Постанова ВГС України від 01.07.2005 у справі № 18/349 // Вісник господарського судочинства. — 2005. — № 5. — С. 101—104.

стосовуватися підстави, передбачені нормами спеціальних законодавчих актів, якими регулюються окремі види договорів, а за їх відсутності — в силу вказівки ч. 1 ст. 175 ГК підлягають застосуванню норми ЦК, в тому числі статей 651, 652 ЦК.

Так, достатньо детально в законодавстві регулюються питання зміни умов договору оренди. Стаття 26 Закону України «Про оренду державного та комунального майна» визначено, що у разі *невиконання* сторонами своїх зобов'язань договір оренди може бути достроково розірвано в судовому порядку. Враховуючи зміст відсилочної норми ч. 32 ст. 291 ГК, підставами для розірвання договору оренди повинні визнаватися встановлені в статтях 783, 784 ЦК види порушень договору найму, вчинені наймодавцем та наймачем. За змістом ч. 2 ст. 21 Закону «Про оренду державного та комунального майна» зміна умови договору оренду щодо розміру орендної плати не залежить від виконання договору: розмір орендної плати може бути змінено на вимогу однієї зі сторін, якщо з незалежних від них обставин істотно змінився стан об'єкта оренди, а також в інших випадках, встановлених законодавчими актами України. В роз'ясненні Вищого господарського суду України № 02-5/237 від 25 травня 2000 р. «Про деякі питання практики застосування Закону України «Про оренду державного та комунального майна» зазначається таке: в ст. 10 Закону встановлено загальне правило, згідно з яким прийняті після укладення договору оренди законодавчі акти, які погіршують становище орендаря, не поширюються на взаємини останнього з орендодавцем за раніше укладеним договором. Винятком з цього правила є ст. 21 Закону, згідно з якою збільшення цін і тарифів може бути підставою для відповідної зміни на вимогу однієї з сторін розміру орендної плати, хоча б це і погіршувало фінансове становище орендаря. Отже, збільшення цін і тарифів *може* тягти за собою внесення відповідних змін до договору оренди, і зміна умови договору щодо ставок орендної плати, пов'язана із таким збільшенням, може мати місце лише за погодженням сторін (пункти 8, 14.2 роз'яснення). Слід звернути увагу і на те, що відповідно до ч. 2 ст. 17 цього самого Закону у разі відсутності заяви однієї зі сторін про припинення або зміну умов договору оренди протягом одного місяця після закінчення терміну дії договору він вважається продовженим на той самий термін і на тих самих умовах, які були передбачені договором.

Відповідно до ч. 5 ст. 27 Закону України «Про приватизацію державного майна» в разі *невиконання* іншою стороною зобов'язань, передбачених договором купівлі-продажу, у визначені строки на вимогу однієї із сторін договір купівлі-продажу може бути розірвано або визнано недійсним за рішенням суду.

Відповідно до ст. 188 ГК зміна та розірвання господарських договорів в односторонньому порядку не допускаються, якщо інше не передбачено законом або договором. Таким чином, *за загальним правилом* зміна або розірвання договору мають бути узгоджені сторонами.

Сторона договору, яка вважає за необхідне змінити або розірвати договір, повинна надіслати пропозиції про це другій стороні за договором.

Пропозиція щодо внесення змін до договору або його розірвання може виходити від будь-якої сторони і повинна бути викладена письмово.

Дії сторін щодо внесення змін до договору або його розірвання спрямовуються на зміну або припинення правовідносин, отже є правочином, який має відповідати загальним положенням цивільного законодавства про правочини. Оскільки за загальним правилом ст. 181 ГК господарські договори мають письмову форму, досягнута згода сторонами про зміну або розірвання договору також повинна бути зафіксована письмово.

Після одержання пропозиції про зміну або розірвання договору сторона може прийняти таку пропозицію або відхилити її. Сторона, яка виступила із такою пропозицією, повинна бути поінформована про результати її розгляду у двадцятиденний строк. Якщо пропозиція приймається іншою стороною, договір вважається зміненим або розірваним.

У разі якщо сторони не досягли згоди щодо зміни (розірвання) договору або у разі неодержання відповіді у встановлений строк з урахуванням часу поштового обігу, заінтересована сторона має право передати спір на вирішення суду. До відсутності згоди однієї зі сторін на внесення змін до договору або його розірвання прирівнюється і неодержання відповіді на пропозицію змінити або розірвати договір. Норма ч. 4 ст. 188 ГК встановлює *право сторони передати спір*, що виник при внесенні змін до договору або його розірванні, до суду. Ця норма слугує однією із правових підстав позову і відповідно до вимог ст. 54 ГПК України має зазначатися у позовній заяві.

Право сторони на односторонню зміну або розірвання господарського договору може бути закріплено в договорі. Такі заходи оперативного впливу на правопорушника з метою припинення або попередження повторення порушень зобов'язання, що використовуються суб'єктами зобов'язання в одностороньому порядку, отримали назву оперативно-господарських санкцій (ст. 235 ГК). Оперативні заходи впливу загалом мають організаційний характер та безпосередньо спрямовані на перетворення структури правовідно-

шення (зміни послідовності виконання зобов'язання, припинення або зупинення виконання тощо). *Заходи (міри) оперативного впливу* були визначені в цивілістичній літературі *як юридичні засоби* правоохоронного характеру, які застосовуються до порушника цивільних прав та обов'язків безпосередньо управомоченою особою як стороною у *зобов'язальному* правовідношенні без звернення за захистом права до компетентного органу. Іншими словами, такі заходи виступають правовими гарантіями, спрямованими на забезпечення належного виконання зобов'язання через надання правомочній стороні права безпосереднього впливу на несправного контрагента[1]. Перераховані в ст. 236 ГК оперативно-господарські санкції (заходи впливу) залежно від правового результату, який настає внаслідок їх застосування до несправного контрагента, можна поділити на дві основні групи:

1) заходи, застосування яких призводить до зміни змісту господарського зобов'язання (прав та обов'язків сторін);

2) заходи, застосування яких тягне за собою припинення господарського зобов'язання.

У випадку, коли в договорі зафіксовано умову про право сторони на відповідну зміну або розірвання договору як санкцію за конкретне порушення обов'язку іншою стороною, немає потреби у здійсненні передбачених ст. 188 ГК дій. Заінтересована сторона може реалізувати це право в позасудовому порядку. У випадку, коли одностороння зміна умов договору передбачена договором або законом: 1) відсутня необхідність додатково отримувати згоду контрагента на це; 2) сторона, наділена правом на односторонню зміну умов договору, може скористатися ним без звернення до суду.

Дотримання нормативно встановленого порядку зміни або розірвання договорів сприяє тому, щоб об'єктом судового розгляду були лише ті спори, в яких сторони не змогли домовитися і дійти взаємної згоди. Частина 4 ст. 188 ГК передбачає, що у разі якщо сторони не досягли згоди щодо зміни (розірвання) договору або у разі неодержання відповіді у встановлений строк з урахуванням часу поштового обігу, заінтересована сторона має право передати спір на вирішення суду. Оскільки господарським судам підвідомчі *справи у спорах*, в тому числі тих, що виникають при зміні або розірванні договорів (ст. 12 ГПК), тільки дотримання сторонами встановленого ст. 188 ГК України порядку зміни та розірвання договору і недосягнення при цьому згоди *може свідчити про наявність між ними спору*. Якщо ж сторона, яка бажає змінити або розірвати договорів,

[1] *Грибанов В. П.* Пределы осуществления и защиты гражданских прав// Осуществление и защита гражданских прав. — М.: Статут, 2000. — С. 117, 132.

не зверталася із відповідною пропозицією до контрагента, то немає підстав і стверджувати про існування такого спору між сторонами, адже контрагент був позбавлений можливості волевиявлення.

Суд може задовольнити позов про зміну або розірвання договору лише за наявності відповідного законодавчого припису. Так, за відсутності правової підстави для зміни умов договору суд не може своїм рішенням примушувати одну із сторін до продовження договірних відносин на інших умовах, тобто необхідно розрізняти право на звернення до суду із вимогою про зміну господарського договору та право на задоволення позову.

У січні 2004 р. ДП «Енергоринок» звернулося із позовом до ВАТ «Енергопостачальна організація «Одесаобленерго» із позовом про стягнення суми, який був мотивований тим, що відповідач не виконує своїх зобов'язань щодо погашення боргу згідно із договором про реструктуризацію заборгованості від 28 грудня 2002 р., який виник на підставі договору купівлі-продажу електроенергії від 14 листопада 1998 р. Відповідач, не визнаючи позов через його безпідставність, пред'явив зустрічний позов про внесення змін до договору про реструктуризацію заборгованості від 28 грудня 2002 р. Рішенням місцевого господарського суду, яке було залишено без змін апеляційним судом та ВГС України, у задоволенні первісного позову було відмовлено, а зустрічний позов задоволено з тих підстав, що було прийнято чимало нормативних актів, які істотно обмежили можливості ВАТ погасити заборгованість за отриману електроенергію, а також з огляду на скрутний фінансовий стан ВАТ та відсутність його вини у порушенні договірних зобов'язань. Верховний Суд України, скасовуючи судові акти, прийняті у справі та передаючи її на новий розгляд, зазначив, що відповідно до ч. 1 ст. 625 ЦК боржник не звільняється від відповідальності за неможливість виконання ним грошового зобов'язання, і така відповідальність настає незалежно від наявності вини. Крім того, ВС України звернув увагу на приписи ст. 121 ГПК, яка дає можливість, залежно від обставин справи, відстрочити або розстрочити виконання судового рішення, змінити спосіб або порядок виконання[1].

В деяких випадках умови та порядок внесення змін до окремих видів договорів, особливо обтяжених публічними інтересами (державні контракти, договори купівлі-продажу об'єктів приватизації), імперативно визначені законодавством. Так, ст. 134 Державної програми приватизації на 2000—2002 роки, затвердженої Законом України від 18.05.2000[2] передбачено, що до договорів купівлі-продажу, укладених у процесі приватизації, за згодою сторін можуть вноситися зміни, але вони не можуть передбачати: 1) зменшення

[1] Постанова ВС України від 22 лютого 2005 р. у справі № 25/21-04-275// Вісник господарського судочинства. — 2005. — № 3. — С. 98—100.

[2] Відомості Верховної Ради України. — 2000 р. — № 33—34. — Ст. 272.

відповідальності покупця за невиконання ним зобов'язань; 2) зменшення загального обсягу інвестицій, визначених договором купівлі-продажу. Процедура внесення змін до договорів купівлі-продажу державного майна (пакетів акцій відкритих акціонерних товариств), укладених органами приватизації, регулюється Положенням про внесення змін до договорів купівлі-продажу державного майна, затвердженим наказом Фонду державного майна України від 29 жовтня 1998 р. № 2041. Зазначеним Положенням передбачено, що право внесення пропозицій стосовно змін умов договору має будь-яка із сторін договору купівлі-продажу. Внесення змін до договору купівлі-продажу можливе тільки *після повної оплати вартості* придбаного державного майна (крім договорів купівлі-продажу об'єктів незавершеного будівництва, умовами яких для покупців передбачена розстрочка щодо розрахунків за ці об'єкти). Внесення змін до договору купівлі-продажу об'єкта незавершеного будівництва, умовами якого передбачена розстрочка щодо розрахунків покупця за цей об'єкт, можливе за умови відсутності на момент унесення змін заборгованості покупця з платежів, згідно з порядком, визначеним договором купівлі-продажу, та сплати штрафних санкцій за простроченими платежами відповідно до умов договору купівлі-продажу та вимог чинного законодавства. Крім того, якщо внесення змін до договору купівлі-продажу передбачає продовження строків виконання зобов'язань, то при укладенні додаткової угоди про внесення змін до договору необхідно обов'язково враховувати знецінення грошової одиниці, визначеної договором (на момент фактичного виконання зобов'язань). Процедура внесення змін до договору купівлі-продажу передбачає також наявність письмової згоди з проектом додаткової угоди підприємства або акціонерного товариства, майно (пакет акцій) якого було об'єктом купівлі-продажу (відповідно до статуту письмова згода керівника, рішення правління або загальних зборів, завірене печаткою). У разі потреби орган приватизації має право вимагати від покупця подання інших документів для з'ясування доцільності прийняття рішення щодо внесення змін до договору (матеріалів, що підтверджують фінансове становище покупця, документів, які підтверджують сплату штрафів і пені, нарахованих за невиконання умов договору, тощо).

Глава 11

ЗОВНІШНЬОЕКОНОМІЧНІ ДОГОВОРИ

§ 1. Поняття та загальна характеристика зовнішньоекономічного договору

Основною правовою формою, що опосередковує господарські зв'язки суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності України та іноземних суб'єктів господарської діяльності, стимулює розвиток економічних зв'язків та співробітництва між ними, є зовнішньоекономічний договір.

Узагальнене поняття зовнішньоекономічного договору (контракту) дано в ч. 6 ст. 1 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність»[1]: *під зовнішньоекономічним договором* розуміється «матеріально оформлена угода двох або більше суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності та їх іноземних контрагентів, спрямована на встановлення, зміну або припинення їх взаємних прав та обов'язків у зовнішньоекономічній діяльності».

Це визначення можна вважати узгодженим зі ст. 202 ЦК України[2], згідно з якою «правочином є дія особи, спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків», а «правочини можуть бути односторонніми та дво- чи багатосторонніми (договори)». Звичайно слід враховувати термінологічну заміну слова «угода» (ст. 41 ЦК УРСР)[3], до якого здійснювалася прив'язка визначення зовнішньоекономічного договору у Законі України «Про зовнішньоекономічну діяльність», на термін «правочин» (ст. 202 ЦК України).

---

[1] Відомості Верховної Ради України. — 1991. — № 29. — Ст. 377.
[2] Там само. — 2003. — № 40—44. — Ст. 356.
[3] Там само. — 1963. — № 30. — Ст. 463.

При цьому, суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності можуть бути тільки суб'єкти господарювання, що слідує зі змісту ч. 1 ст. 377 ГК України[1]. Це дозволяє віднести зовнішньоекономічні договори до господарських з поширенням на них правового регулювання відповідних норм ГК України.

Відповідно до ч. 7 ст. 179 ГК України, господарські договори укладаються за правилами, встановленими ЦК України з урахуванням особливостей, передбачених ГК України, іншими нормативно-правовими актами щодо окремих видів договорів, зокрема, у зовнішньоекономічних відносинах, Законами України «Про зовнішньоекономічну діяльність», «Про регулювання товарообмінних (бартерних) операцій у галузі зовнішньоекономічної діяльності», «Про операції з давальницькою сировиною у зовнішньоекономічних відносинах» тощо.

Ознаки зовнішньоекономічного договору. З визначення зовнішньоекономічного договору, наведеного у Законі України «Про зовнішньоекономічну діяльність», слідують дві кваліфікуючі ознаки такого договору, що повинні бути наявними у сукупності:

1) спрямованість на забезпечення господарської (зовнішньоекономічної) діяльності сторін договору;

2) різна державна належність сторін договору.

При визначенні другого критерію слід враховувати певну особливість його застосування. Останнім часом міжнародно-правові документи, а також спеціальні закони (якими регулюються відносини у зовнішньоекономічній діяльності) для цілей встановлення міжнародного характеру договору віддають перевагу іншому критерію — місцезнаходженню комерційного підприємства, під яким розуміють постійне місце регулярного здійснення ділових операцій.[2]

Таке твердження знаходить своє відображення у міжнародних договорах, зокрема:

— Віденській конвенції про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 року[3] (ст. 1);

— Гаазькій конвенції про право, що застосовується до договорів міжнародної купівлі-продажу товарів 1986 р.[4] (ст. 1);

— Нью-Йоркській конвенції про позовну давність у міжнародній купівлі-продажу товарів 1974 р.[5] (ст. 2);

---

[1] Відомості Верховної Ради. — 2003. — № 18—22. — Ст. 144.

[2] *Поєдинок В. В.* Правове регулювання зовнішньоекономічної діяльності: Навч. посібник. — К.: Юрінком Інтер, 2006. — С. 83—84.

[3] Зібрання чинних міжнародних договорів України. — 1990. — № 1. — С. 116.

[4] *Розенберг М. Г.* Контракт международной купли-продажи. Современная практика заключения. Разрешение споров. — М.: Международный центр финансово-экономического развития. — 1996. — С. 209—220.

[5] Офіційний вісник України. — 2006. — № 36; 2004. — № 44; 2006. — № 38. — С. 285, С. 253. — Ст. 2539.

— Протоколі про зміну Конвенції про позовну давність у міжнародній купівлі-продажу товарів 1980 р.[1] (ст. 1);

— Оттавській конвенції УНІДРУА про міжнародний фінансовий лізинг 1988 р.[2] (ст. 3);

— Оттавській конвенції УНІДРУА про міжнародний факторинг 1988 р.[3] (ст. 2).

Таким чином, не буде визнаний зовнішньоекономічним договір, укладений між суб'єктами господарювання різної національної належності, які знаходяться на території однієї держави. Водночас вважатиметься зовнішньоекономічним договір, укладений між суб'єктами господарювання однієї національної належності, які знаходяться (комерційні підприємства яких знаходяться) в різних державах.

При цьому слід враховувати, що для визначення національної приналежності держав, у міжнародному приватному праві можуть використовуватися різні доктрини.

Інші ознаки, характерні для зовнішньоекономічних договорів (перетин предметом договору митного кордону, розрахунок у валюті, яка є іноземною хоча б для однієї сторони договору, підсудність спорів міжнародному комерційному арбітражу тощо), є факультативними. Наявність цих ознак є наслідком міжнародного характеру відповідних договорів, а відтак вони (ознаки) не можуть розглядатися як кваліфікуючі ознаки зовнішньоекономічного договору. Окрім того, ці ознаки присутні не у будь-якому зовнішньоекономічному договорі (не мають універсального характеру).[4]

Сторони зовнішньоекономічного договору. У чинному законодавстві України досить послідовно дотримується позначення сторін зовнішньоекономічних відносин двома термінами:

1) суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності;

2) іноземні суб'єкти господарської діяльності.

Спробуємо проаналізувати ці два поняття. Відповідно до ст. 378 ГК України суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності є суб'єкти господарювання, зазначені в пунктах 1, 2 ч. 2 ст. 55 ГК України, тобто:

1) господарські організації—юридичні особи, створені відповідно до ЦК України, державні, комунальні та інші підприємства, ство-

---

[1] Офіційний вісник України. — 2004. — № 44; 2005. — № 31. — С. 706, С. 373. — Ст. 2943.

[2] Там само. — 2006. — № 6. — Ст. 278. — С. 11.

[3] Там само. — 2006 р. № 6. — Ст. 279. — С. 18.

[4] *Поєдинок В.В.* Правове регулювання зовнішньоекономічної діяльності: Навч. Посібник. — К.: Юрінком Інтер, 2006. — С. 85.

рені відповідно до ГК України, а також інші юридичні особи, які здійснюють господарську діяльність та зареєстровані в установленому законом порядку;

2) громадяни України, іноземці та особи без громадянства, які здійснюють господарську діяльність та зареєстровані відповідно до закону як підприємці.

Детальніший перелік суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності міститься у ст. 3 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність», згідно з якою суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності в Україні є:

— фізичні особи — громадяни України, іноземні громадяни та особи без громадянства, які мають цивільну правоздатність і дієздатність згідно з законами України і постійно проживають на території України;[1]

— юридичні особи, зареєстровані як такі в Україні і які мають постійне місцезнаходження на території України, в тому числі юридичні особи, майно та/або капітал яких є повністю у власності іноземних суб'єктів господарської діяльності;

— об'єднання фізичних, юридичних, фізичних і юридичних осіб, які не є юридичними особами згідно з законами України, але які мають постійне місцезнаходження на території України і яким цивільно-правовими законами України не заборонено здійснювати господарську діяльність;

— структурні одиниці іноземних суб'єктів господарської діяльності, які не є юридичними особами згідно з законами України (філії, відділення тощо), але мають постійне місцезнаходження на території України;

— спільні підприємства за участю суб'єктів господарської діяльності України та іноземних суб'єктів господарської діяльності, зареєстровані як такі в Україні і які мають постійне місцезнаходження на території України;

— інші суб'єкти господарської діяльності, передбачені законами України.

Вище зазначалося, що однією з кваліфікуючих ознак договору як зовнішньоекономічного є місцезнаходження суб'єкта господарювання. Не важко помітити, що українське законодавство викорис-

[1] *Примітка:* Відповідно до ч. 2 ст. 5 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» фізичні особи мають право здійснювати зовнішньоекономічну діяльність з моменту набуття ними цивільної дієздатності згідно з законами України. Фізичні особи, які мають постійне місце проживання на території України, мають зазначене право, якщо вони зареєстровані як підприємці згідно з Законом України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб—підприємців».

товує поняття «суб'єкт зовнішньоекономічної діяльності» саме до тих юридичних осіб, місцезнаходженням яких є Україна, а також до структурних підрозділів нерезидентів, однак, які пройшли певну легалізацію в Україні.

До суб'єктів господарювання, місцезнаходження яких не є Україна, застосовується поняття «іноземний суб'єкт господарської діяльності».

Таке чітке розмежування має велике значення при здійсненні державного регулювання зовнішньоекономічної діяльності (як тарифного, так і нетарифного), оскільки дає змогу чітко розуміти, до якої сторони договору виставляються певні вимоги.

Суб'єкти, які є сторонами зовнішньоекономічного договору, мають бути здатними до його укладення відповідно до законів України та/або закону місця укладення договору (ст. 6 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність». При цьому вони мають право укладати будь-які зовнішньоекономічні договори, крім тих, укладення яких заборонено законодавством України (ч.1 ст. 382 ГК України, ч. 1 ст. 6 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність»).

Форма зовнішньоекономічного договору. Зовнішньоекономічний договір, як і будь-який договір українським законодавством розглядається в якості дво- чи багатостороннього правочину (ч. 2 ст. 202 ЦК). Відповідно до ст. 31 Закону України «Про міжнародне приватне право», якщо інше не передбачено законом, форма правочину має відповідати вимогам права, яке застосовується до змісту правочину, але достатньо дотримання вимог права місця його вчинення, а якщо сторони правочину знаходяться в різних державах, — права місця проживання сторони, яка зробила пропозицію, якщо інше не встановлено договором.

Форма правочину щодо нерухомого майна визначається відповідно до права держави, у якій знаходиться це майно, а щодо нерухомого майна, право на яке зареєстроване на території України, — права України.

Спеціальні норми щодо дво- та багатосторонніх правочинів (договорів) у зовнішньоекономічній діяльності чітко закріплюють просту письмову форму зовнішньоекономічного договору, якщо інше не вимагається законом.

Так зовнішньоекономічний договір, якщо хоча б однією стороною є громадянин України або юридична особа України, укладається в письмовій формі незалежно від місця його укладення, якщо інше не встановлено законом або міжнародним договором України. Це підтверджується цілим рядом норм актів законодавства — ч. 3 ст. 31 Закону України «Про міжнародне приватне право», частин 2

та 3 ст. 382 ГК України, ч. 2 ст. 6 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність».

При цьому, зовнішньоекономічний договір укладається з врахуванням особливостей, визначених Законом України «Про зовнішньоекономічну діяльність» та інших законів України з урахуванням міжнародних договорів України.

Щодо вимог міжнародних договорів до форми зовнішньоекономічних договорів (зокрема, купівлі-продажу), то узагальнено підхід викладено у ст. 11 Віденської конвенції про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 р., яка по праву відноситься до універсальних міжнародно-правових договорів: «не вимагається, щоб договір купівлі-продажу укладався чи підтверджувався в письмовій формі або підпорядковувався іншій вимозі щодо форми. Він може доводитися будь-якими засобами, включаючи свідчення». Однак і у цьому випадку Україна проявила послідовність, ратифікувавши дану Конвенцію із застереженням такого змісту: «Українська Радянська Соціалістична Республіка відповідно до статей 12 та 96 Конвенції заявляє, що будь-яке положення статті 11, статті 29 або частини II Конвенції, яке допускає, щоб договір купівлі-продажу, його зміна або припинення угодою сторін чи оферта, акцепт або будь-яке інше вираження наміру здійснювались не в письмовій, а в будь-якій формі, незастосовне, якщо хоча б одна із сторін має своє комерційне підприємство в Українській Радянській Соціалістичній Республіці».

Вимоги щодо форми зовнішньоекономічних договорів часто закріплюються і у регіональних міжнародних договорах. Так, згідно з п. «г» статті 11 Угоди СНД про порядок вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності[1] (ратифіковано Постановою ВР України № 2889-12 від 19 грудня 1992 р.) форма правочину визначається за законодавством місця його вчинення. При цьому форма правочинів з приводу будівель, іншого нерухомого майна і права на нього визначається за законодавством місця знаходження такого майна.

Таким чином, узагальнюючи підхід українського законодавства до форми зовнішньоекономічного договору можна стверджувати, що вчинення зазначених договорів в усній формі не допускається, а письмова нотаріальна форма застосовується, якщо цього вимагає законодавство. Загальним правилом є укладення договорів у простій письмовій формі.

Мова зовнішньоекономічного договору. Під час укладення зовнішньоекономічних договорів лінгвоетнічний бар'єр набуває нових

[1] Офіційний вісник України. — 2005. — № 12. — Ст. 587. — С. 190.

характеристик — правового контексту. Відтак, досягнення та формальне закріплення сторонами домовленості залежить від їхнього розуміння положень договору, сформульованих специфічною термінологією, мовним вживанням як відображенням культури і правом як проявом та відбиттям культури, яка перебуває під впливом внутрішніх і зовнішніх чинників.

Зовнішньоекономічний договір на практиці найчастіше укладається двома мовами. Слід зазначити, що законодавство України імперативно не встановлює двомовності зовнішньоекономічних договорів. Тому не рідкісними є випадки, особливо між суб'єктами господарських відносин країн колишнього СРСР, укладення договорів тільки російською мовою. Хоча, виходячи зі змісту статей 10 та 92 Конституції України та ст. 24 Закону України «Про мови в Українській РСР» певні вчені—правники визнають обов'язковість викладення зовнішньоекономічних договорів української мовою, поряд з іноземною[1].

Цікавим питанням є вибір іноземної мови договору (як другої). Практика укладання зовнішньоекономічних договорів виробила ряд способів на перевагу вибору тієї чи іншої мови, виходячи як з прагнення сторін максимально досягнути консенсусу, так і намагання полегшити, зробити доступно-зрозумілим для використання договір для обох його сторін у майбутньому після підписання. Так, іншою мовою, окрім обов'язкової української, може бути:

1) мова іншої сторони (контрагента), яка укладає договір, що є логічним кроком, проте не завжди доцільним через сильну диференціацію юридичної практики, культури, звичаїв, традицій;

2) мова, якою ведуться переговори, позитивом чого є те, що сторони досягають згоди при укладенні договору на єдиному понятійному апараті, що якісно поліпшує його понятійне та змістове наповнення;

3) мова інших документів, наприклад, міжнародних договорів, що дасть можливість безперешкодно та комфортно користуватися відповідною правовою базою, яка становить основу у відповідному договорі.

Враховуючи мовне розмаїття в світі рекомендується другою мовою обирати одну з офіційних мов ООН (англійську, російську, французьку, китайську, іспанську, арабську), що має полегшити процес тлумачення норм міжнародних договорів та/або зовнішньоекономічних договорів арбітражними (господарськими) судами при виникненні господарського спору.

---

[1] *Бігун В'ячеслав.* Мовно-правничі аспекти зовнішньоекономічних договорів (контрактів) // Юридичний журнал. — 2004. — № 2.

§ 2. Джерела регулювання зовнішньоекономічних договорів

Зовнішньоекономічний договір складається відповідно до законів України з урахуванням міжнародних договорів України. Суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності при складанні тексту зовнішньоекономічного договору мають право використовувати відомі міжнародні звичаї, рекомендації міжнародних органів та організацій, якщо це не заборонено прямо та у виключній формі законами України.

Саме застосування норм міжнародних договорів (публічно-правового характеру), а також можливість використання сторонами договору міжнародних звичаїв надає значних особливостей зовнішньоекономічним договорам (приватноправовим) та потребує певної характеристики цих джерел права.

Міжнародні договори України. Відповідно до ст. 2 Закону України «Про міжнародні договори України»[1] міжнародний договір України — укладений у письмовій формі з іноземною державою або іншим суб'єктом міжнародного права, який регулюється міжнародним правом, незалежно від того, міститься договір в одному чи декількох пов'язаних між собою документах, і незалежно від його конкретного найменування (договір, угода, конвенція, пакт, протокол тощо). Якщо до цього визначення додати те, що такий договір є джерелом права, а отже, містить норми, що регулюють відносини як між державами, так і між фізичними та/або юридичними особами цих держав, то можна прийти до висновку, що без врахування таких міжнародних договорів здійснювати зовнішньоекономічну діяльність неможливо.

При цьому, саме цей Закон встановлює порядок укладення, виконання та припинення дії міжнародних договорів України з метою належного забезпечення національних інтересів, здійснення цілей, завдань і принципів зовнішньої політики України, закріплених у Конституції України та законодавстві України.

Застосовуючи норми міжнародного договору, слід визначати дію цих норм у часі та просторі відповідно до вимог розділу 2 частини III Віденської конвенції про право міжнародних договорів від 23 травня 1969 р.[2] (приєднання до Конвенції із застереженнями та заявою оформлено указом Президії Верховної Ради УРСР № 2077-XI від 14 квітня 1986 р.[3]). У застосуванні норм міжнародного договору сто-

[1] Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 50. — Ст. 540.
[2] Відомості Верховної Ради УРСР. — 1986. — № 17. — Ст. 343.
[3] Там само. — 1986. — № 17. — С. 343.

ронам або суду слід виходить з того, що тлумачення міжнародних правил здійснюється у порядку, визначеному розділом 3 частини III названої Конвенції, у якому встановлено загальне правило тлумачення договору, додаткові засоби тлумачення договорів, а також тлумачення договорів, автентичність тексту яких було встановлено двома або кількома мовами.

Відповідно до статей 6 та 7 Закону України «Про правонаступництво України»[1] Україна підтвердила свої зобов'язання за міжнародними договорами, укладеними Українською РСР до проголошення незалежності України та заявила, що є правонаступником прав і обов'язків за міжнародними договорами Союзу РСР, які не суперечать Конституції України та інтересам республіки. При цьому, правонаступництво України за зазначеними договорами не наступає автоматично, а потребує вчинення ряду дій Міністерством закордонних справ України, зокрема направлення відповідних нот до країн депозитаріїв або обмін нотами по двосторонніх договорам.

Порядок і терміни набрання чинності міжнародними договорами України визначається такими договорами або в інший спосіб, узгоджений сторонами такого міжнародного договору.

При укладенні та виконанні зовнішньоекономічних договорів купівлі-продажу або поставки, сторони такого договору мають враховувати як мінімум положення:

• Віденської конвенції про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 р.;

• Гаазької конвенції про право, що застосовується до договорів міжнародної купівлі-продажу товарів 1986 р.;

• Нью-Йоркської конвенції про позовну давність у міжнародній купівлі-продажу товарів 1974 р.;

• Протоколу про зміну Конвенції про позовну давність у міжнародній купівлі-продажу товарів 1980 року (Україна не є учасницею Протоколу, однак він може застосовуватися, якщо колізійні норми міститимуть відсилку на право країни—учасниці Протоколу);

• Угоди СНД про Загальні умови поставок товарів між організаціями держав—учасниць Співдружності Незалежних Держав 1992 р.;

• При укладенні та виконанні зовнішньоекономічних договорів фінансового лізингу сторони такого договору мають враховувати дію Оттавської конвенції УНІДРУА про міжнародний фінансовий лізинг 1988 р.;

• При укладенні та виконанні зовнішньоекономічних договорів міжнародного факторингу сторони такого договору мають врахову-

[1] Відомості Верховної Ради України. — 1991. — № 46. — Ст. 617.

вати дію Оттавської конвенції УНІДРУА про міжнародний факторинг 1988 р.

При укладенні та виконанні транспортних договорів у зовнішньоекономічній діяльності сторони таких договорів мають враховувати дію:

1) *при перевезенні залізничним транспортом*[1]:

• Конвенції про міжнародні залізничні перевезення (КОТІФ) від 9 травня 1980 р., зміненої Протоколом від 3 червня 1999 р. (приєднання до Конвенції з застереженнями здійснено Законом України № 943-IV від 5 червня 2003 р.[2]);

• Угоди про міжнародне вантажне сполучення (УМВС) 1951 року;

• Європейської угоди про міжнародні магістральні залізничні лінії 1985 року (Док. ООН ECE/TRAS/63);

2) *при перевезенні автомобільним транспортом*[3]:

• Європейської угоди про міжнародні автомагістралі від 15 листопада 1975 р.;

• Конвенції про дорожній рух від 08 листопада 1968 року — набрала чинності 21 травня 1977 р. (з поправками від 3 березня 1993 р. — набрали чинності 3 вересня 1993 року);

• Європейської Угоди, що доповнює Конвенцію про дорожній рух від 7 червня 1979 р.;

• Конвенції про дорожні знаки і сигнали від 8 листопада 1968 р.;

• Європейської Угоди, що доповнює Конвенцію про дорожні знаки і сигнали від 3 серпні 1979 р.;

• Протоколу про розмітку доріг від 1 березня 1968 р.;

• Угоди про прийняття єдиних технічних приписів для колісних транспортних засобів, предметів обладнання та частин, які можуть бути встановлені та/або використані на колісних транспортних засобах, і про умови взаємного визнання офіційних затверджень, виданих на основі цих приписів від 20 березня 1958 р. з поправками, внесеними 16 жовтня 1995 р.;

• Європейської Угоди про міжнародне дорожнє перевезення небезпечних вантажів (ДОПНВ) від 30 вересня 1957 р.;

• Митної конвенції про міжнародне перевезення вантажів із застосуванням книжки МДП (Конвенція МДП) від 14 листопада 1975 р.;

• Митної конвенції, що стосується контейнерів від 2 грудня 1972 р.;

---

[1] *Примітка.* Укрзалізниця стала членом Міжнародного союзу залізниць 10 червня 1992 р.

[2] Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 39. — Ст. 342.

[3] *Примітка.* Міністерство транспорту України увійшло до Європейської конференції міністрів транспорту (ЄКМТ) у 1996 р.

3) *при перевезенні повітряним транс*портом[1]:

• Варшавської конвенції для уніфікації деяких правил, що стосуються міжнародних повітряних перевезень 1929 р.;

4) *при перевезенні морським транспортом*[2]:

• Конвенції про запобігання забрудненню моря скиданням відходів та інших матеріалів 1972 р.;

• Міжнародної конвенції про охорону людського життя на морі (СОЛАС) 1960 року;

• Конвенції про безпечні контейнери 1972 р.

• Звичайно ж наведені переліки міжнародних договорів не є виключними та постійно поновлюються.

• Міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, відповідно до ст. 9 Конституції України є частиною національного законодавства, а відповідно до ч. 2 ст. 10 ЦК України та ст. 3 Закону України «Про міжнародне приватне право», якщо у чинному міжнародному договорі України, укладеному у встановленому законом порядку, містяться інші правила, ніж ті, що встановлені відповідним актом цивільного законодавства, застосовуються правила відповідного міжнародного договору України.

Міжнародні звичаї. Як зазначалося вище, сторони зовнішньоекономічного договору можуть застосовувати міжнародні торгові звичаї.

Звичаї у сфері зовнішньоекономічних зв'язків у ряді випадків тлумачаться міжнародними організаціями. Прикладом можуть бути розроблені Міжнародною торговою палатою Уніфіковані правила та звичаї для документарних акредитивів (редакція 1993 року, видання МТП № 500), Уніфіковані правила по інкасо (редакція 1978 року, видання МТП № 322), Офіційні правила тлумачення торговельних термінів «Інкотермс» (редакція 2000 року, видання МТП № 560).

Про згадані міжнародні звичаї мова йтиме нижче, оскільки вони є обов'язковими для застосування суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності згідно з відповідними указами Президента України.

Однак згідно зі ст. 6 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності при складанні тексту зовнішньоекономічного договору (контракту) мають право використовувати відомі міжнародні звичаї, якщо це не заборонено прямо та у виключній формі цим та іншими законами України. Таких звичаїв є надзвичайно багато.

---

[1] *Примітка.* Україна членом Міжнародної організації цивільної авіації (ІКАО) з 1992 року та членом Європейської конференції цивільної авіації з 1999 р.

[2] *Примітка.* Україна є членом Міжнародної морської організації з 1994 р. та Членом Дунайської комісії з 1964 р.

Законодавством України щодо регулювання зовнішньоекономічних відносин є достатньо розгалуженим і складається зі значної кількості нормативно-правових актів, які не використовуються у відносинах, у яких відсутній іноземний елемент.

§ 3. Колізійні норми зобов'язального права в зовнішньоекономічних договорах

Колізійний метод є необхідним для регулювання приватноправових відносин, регламентація яких не узгоджена, а також у разі потреби зробити вибір між нормами права. Отже, потреба у застосуванні колізійного методу може виникати як у випадку не ідентичності законодавства різних правових систем з одного і того самого питання, так і у випадку їх абсолютної схожості.

Отже, для прийняття рішення сторонами при укладенні зовнішньоекономічних договорів або винесення рішення судом слід насамперед зробити вибір між законодавством держав, тобто звернутися до колізійних норм. Власне, існування різних правових систем, між нормами правових джерел яких необхідно зробити вибір, породжує потребу в застосуванні **колізійного методу**[1].

При вирішенні питань застосування норм колізійного права щодо зовнішньоекономічних договорів доцільно звернути увагу на роз'яснення Президії Вищого господарського суду України № 04-5/608 від 31 травня 2002 року «Про деякі питання практики розгляду справ за участю іноземних підприємств і організацій» (із змінами, внесеними згідно з Рекомендаціями Президії Вищого господарського суду № 04-5/212 від 10 лютого 2004 р.).

Згідно з позицією зазначеного суду господарські суди повинні керуватися вимогами ст. 4 ГПК щодо вибору законодавства, яке має застосовуватися у вирішенні господарських спорів за участю іноземного підприємства, організації. Зокрема, ч. 4 ст. 4 ГПК передбачено можливість застосування господарськими судами норм права інших держав у випадках, передбачених законом або міжнародним договором.

При застосуванні права іноземної держави суд встановлює зміст його норм згідно з їх офіційним тлумаченням, практикою застосування і доктриною у відповідній іноземній державі. З метою встановлення змісту норм права іноземної держави суд може звернутися в установленому законом порядку до Міністерства юстиції України

[1] Міжнародне приватне право: Курс вибр. лекцій. — К.: Юрінком Інтер, 1997. — С.36.

чи інших компетентних органів та установ в Україні чи за кордоном або залучити експертів. Особи, які беруть участь у справі, мають право подавати документи, що підтверджують зміст норм права іноземної держави, на які вони посилаються в обґрунтуванні своїх вимог або заперечень, іншим чином сприяти суду чи іншому органу у встановленні змісту цих норм (ст. 8 Закону України «Про міжнародне приватне право»).

При цьому, визначаючи право якому підпорядковуються права та обов'язки сторін зовнішньоекономічного договору, слід виходити з того, що вибір сторонами права певної держави як такого, що регулює їх відносини за договором, означає вибір саме національного законодавства конкретної держави, а не окремих законодавчих актів, що регулюють відповідні відносини сторін.

У разі відсутності волевиявлення сторін зовнішньоекономічного договору щодо застосовуваного права визначати його слід на підставі колізійної норми, яка може міститися як в міжнародних договорах, що відповідно до ст. 9 Конституції України є частиною національного законодавства, так і в національному законодавстві.

При цьому згідно з ч. 2 ст. 10 ЦК України, якщо у чинному міжнародному договорі України, укладеному у встановленому законом порядку, містяться інші правила, ніж ті, що встановлені відповідним актом цивільного законодавства, застосовуються правила відповідного міжнародного договору України.

Такі норми містить, наприклад, Угода про порядок вирішення спорів, пов'язаних зі здійсненням господарської діяльності, укладена державами—учасницями СНД у м. Києві 20 березня 1992 р., ст. 11 якої встановлено правила застосування цивільного законодавства однієї держави—учасниці СНД на території іншої держави—учасниці СНД. За цими правилами, зокрема, права та обов'язки сторін за договором визначаються законодавством країни — місця укладення такого договору, якщо інше не передбачено домовленістю сторін.

Якщо ж міжнародний договір не містить відповідної колізійної норми, яка має застосовуватися до спірних правовідносин, господарський суд повинен звернутися до колізійних норм внутрішнього цивільного законодавства.

Так, відповідно до ст. 43 Закону України «Про міжнародне приватне право» сторони договору згідно зі статтями 5 та 10 зазначеного Закону можуть обрати право, що застосовується до договору, крім випадків, коли вибір права прямо заборонено законами України.

Посилання на статті 5 та 10 є надзвичайно істотними, оскільки на узгодження зі ст. 7 Конвенції про право, що застосовується

до договорів міжнародної купівлі-продажу товарів (Гаага, 22 грудня 1986 р.) українським законодавством допускається підпорядкування окремих частин договору різним правовим системам та зміна обраного права на будь якому етапі виконання договору.

Так, згідно зі ст. 5 Закону України «Про міжнародне приватне право» у випадках, передбачених законом, учасники (учасник) правовідносин можуть самостійно здійснювати вибір права, що підлягає застосуванню до змісту правових відносин. При цьому вибір права має бути явно вираженим або прямо випливати з дій сторін договору, умов договору чи обставин справи, які розглядаються в їх сукупності, якщо інше не передбачено законом. Вибір права може бути здійснений щодо договору в цілому або його окремої частини.

Вибір права або зміна раніше обраного права можуть бути здійснені учасниками правовідносин у будь-який час, зокрема, при укладенні договору, на різних стадіях його виконання тощо. Вибір права або зміна раніше обраного права, які зроблені після укладення договору, мають зворотну дію і є дійсними з моменту укладення договору, але не можуть:

1) бути підставою для визнання договору недійсним у зв'язку з недодержанням його форми;

2) обмежити чи порушити права, які набули треті особи до моменту вибору права або зміни раніше обраного права.

При цьому зовнішньоекономічний договір та інші дії учасників приватноправових відносин, спрямовані на підпорядкування цих відносин праву іншому, ніж те, що визначається згідно із Законом України «Про міжнародне приватне право», в обхід його положень, є нікчемними. У цьому разі застосовується право, яке підлягає застосуванню відповідно до норм зазначеного Закону.

У разі відсутності згоди сторін договору про вибір права, що підлягає застосуванню до договору, застосовується право, яке має найбільш тісний зв'язок із договором (ст. 32), при цьому стороною, що повинна здійснити виконання, яке має вирішальне значення для змісту договору (ст. 44), є: 1) продавець — за договором купівлі-продажу; 2) дарувальник — за договором дарування; 3) одержувач ренти — за договором ренти; 4) відчужувач — за договором довічного утримання (догляду); 5) наймодавець — за договорами найму (оренди); 6) позичкодавець — за договором позички; 7) підрядник — за договором підряду; 8) виконавець — за договорами про надання послуг; 9) перевізник — за договором перевезення; 10) експедитор — за договором транспортного експедирування; 11) зберігач — за договором зберігання; 12) страховик — за договором страхування;

13) повірений — за договором доручення; 14) комісіонер — за договором комісії; 15) управитель — за договором управління майном; 16) позикодавець — за договором позики; 17) кредитодавець — за кредитним договором; 18) банк — за договором банківського вкладу (депозиту), за договором банківського рахунку; 19) фактор — за договором факторингу; 20) ліцензіар — за ліцензійним договором; 21) правоволоділець — за договором комерційної концесії; 22) заставодавець — за договором застави; 23) поручитель — за договором поруки.

Однак правом, з яким договір найтісніше пов'язаний, вважається: 1) щодо договору про нерухоме майно — право держави, у якій це майно знаходиться, а якщо таке майно підлягає реєстрації, — право держави, де здійснена реєстрація; 2) щодо договорів про спільну діяльність або виконання робіт — право держави, у якій провадиться така діяльність або створюються передбачені договором результати; 3) щодо договору, укладеного на аукціоні, за конкурсом або на біржі, — право держави, у якій проводяться аукціон, конкурс або знаходиться біржа.

До засновницького договору, що є установчим документом юридичної особи з іноземною участю, застосовується право держави, у якій буде створена юридична особа (ст. 46 Закону).

При аналізі норм Закону України «Про міжнародне приватне право» не важко помітити, що стороною, яка повинна здійснити виконання, яке має вирішальне значення для змісту договору, є сторона, що передає товари, виконує роботи або надає послуги.

Визначаючи право, яке має застосовуватися до зовнішньоекономічних договорів слід звернути увагу на обсяг відносин, які підпадають під такий вибір сторін. Вибір права, що застосовується до договору згідно з положеннями розділу VI Закону України «Про міжнародне приватне право», охоплює: 1) дійсність договору; 2) тлумачення договору; 3) права та обов'язки сторін; 4) виконання договору; 5) наслідки невиконання або неналежного виконання договору; 6) припинення договору; 7) наслідки недійсності договору; 8) відступлення права вимоги та переведення боргу згідно з договором.

При цьому, якщо при визначенні способів та порядку виконання договору, а також заходів, які мають бути вжиті в разі невиконання або неналежного виконання договору, неможливе застосування права, зазначеного в ч. 1 ст. 47 Закону України «Про міжнародне приватне право», може бути застосоване право держави, у якій здійснюється виконання договору.

В межах СНД сторонам договору слід керуватися пунктами «г» — «є» Угоди СНД про порядок вирішення спорів, пов'язаних зі здійсненням господарської діяльності[1], яка містить відповідні колізійні норми договірного права[2] (угоду ратифіковано Постановою ВР № 2889-XII від 19 грудня 1992 р.).

§ 4. Умови зовнішньоекономічного договору

Виходячи з актів законодавства України, зазначених вище, Міністерство економіки та з питань економічної інтеграції України прийняло Положення про форму зовнішньоекономічних договорів (контрактів), затвердивши його наказом № 201 від 06 вересня 2001 року.

Це Положення застосовується при укладенні договорів купівлі/продажу товарів (надання послуг, виконання робіт) та товарообмінних договорів між українськими суб'єктами підприємницької діяльності та іноземними суб'єктами підприємницької діяльності незалежно від форм власності та видів діяльності.

До умов, які повинні бути передбачені у зовнішньоекономічному договорі, якщо сторони такого договору не погодилися про інше щодо викладення умов договору і така домовленість не позбавляє договір предмета, об'єкта, мети та інших істотних умов, без погодження яких сторонами договір може вважатися таким, що неукладений, або його може бути визнано недійсним внаслідок недодержання форми згідно із законодавством України, відносяться:

1) назва, номер договору, дата та місце його укладення;
2) преамбула;
3) предмет договору;
4) кількість та якість товару (обсяги виконання робіт, надання послуг);
5) базисні умови поставки товарів (приймання-здавання виконаних робіт або послуг);
6) ціна та загальна вартість договору (контракту);
7) умови платежів;
8) умови приймання-здавання товару (робіт, послуг);
9) упаковка та маркування;
10) форс-мажорні обставини;
11) санкції та рекламації;
12) урегулювання спорів у судовому порядку;

[1] Офіційний вісник України. — 2005. — № 12. — С. 190. — Ст. 587.
[2] Там само. — 2005. — № 12. — С. 190. —Ст. 587.

13) місцезнаходження (місце проживання), поштові та платіжні реквізити сторін.

Розглянемо послідовно характерні особливості умов зовнішньоекономічного договору.

Назва, номер зовнішньоекономічного договору, дата та місце його укладення. Назва, номер договору дають уявлення про його характер. Номер дозволяє, за наявності у однієї зі сторін договору декількох договорів з різними чи з тією самою особою, спрощувати взаємини з контрагентом та з обслуговуючим банком, а також податковими, митними та іншими органами державної влади.

Нормативних вимог до написання номерів договорів не існує. На практиці номер договору часто складається з двозначних цифр, написаних через косу лінію (наприклад, «24/12»). Перша пара цифр означає порядковий номер договору одного контрагента за своїм обліком договорів, друга пара цифр означає порядковий номер договору другого контрагента за його обліком договорів.

Що стосується дати укладення договору, то слід мати на увазі, що здебільшого саме ця дата вважатиметься датою акцептування оферти і саме з цієї дати (зазначеної в тексті договору) сторони можуть вимагати виконання укладеного договору, навіть якщо з якихось причин фактично договір підписаний пізніше. Крім того, зазначена дата укладення договору братиметься до уваги, коли визначатимуться норми права, що регулюють відносини за договором (ст. 5 ЦК України).

Щодо місця укладення, то слід звернути увагу на те, що з місцем укладення договору колізійні норми пов'язують ряд правових наслідків, про які згадувалося вище.

Преамбула договору. Преамбула зовнішньоекономічного договору визначає контрагентів договору (повне найменування сторін, під якими вони офіційно зареєстровані, із зазначенням країни, скорочене визначення сторін як контрагентів («Продавець», «Покупець», «Замовник», «Постачальник» тощо), особа, від імені якої укладається договір, та найменування документів, якими керуються контрагенти при укладенні договору (установчі документи, довіреності тощо).

Укладаючи цей розділ договору слід виходити з того, що:

— найменування сторін договору мають відповідати найменуванням, зазначеним у документах, що засвідчують державну реєстрацію юридичної особи або фізичної особи—підприємця. Застосування скорочень, які носять відмінності від назв, зазначених у реєстраційних документах виключаються;

— дозволяється після наведення офіційного найменування юридичної особи використовувати скорочені найменування, які надалі будуть застосовуватися у тексті договору як аналоги офіційних найменувань юридичних осіб[1].

Предмет зовнішньоекономічного договору. Сторони договору мають визначити, який товар (роботи, послуги) один з контрагентів зобов'язаний поставити (здійснити, надати) іншому із зазначенням точного найменування, марки, сорту або кінцевого результату роботи, що виконується або послуги, що надається.

Опис товару та його характеристики мають однозначно засвідчувати відповідність реального товару вимогам договору. Невизначеність товару дає підстави розглядати такі договори як попередні договори чи протоколи про наміри.

Сторони договору можуть використовувати специфікації, як додаток до зовнішньоекономічного договору. Винесення переліку товарів у специфікацію доцільне, коли об'єктом договору є товари одного найменування, що відрізняються комплектністю, якістю та ціновими показниками. Ця рекомендація стосується також складного обладнання, яке потребує деталізації за складовими частинами, кількісними та ціновими показниками окремих комплектуючих, які можуть надходити окремими товарними партіями. Попри те, що перелік товару може наводитись у додатках та специфікаціях, у цьому розділі договору слід обов'язково зазначити товар, який є об'єктом купівлі-продажу[2].

Визначеність та конкретність опису товару у відповідному розділі договору дасть змогу уникнути ризиків придбання товару-замінника та сплати додаткових митних платежів на момент випуску товару у вільний обіг (оформлення імпорту), а також непорозумінь у банку під час здійснення оплати за товар[3].

У разі бартерного (товарообмінного) договору (контракту) або контракту на переробку давальницької сировини визначається також точне найменування (марка, сорт) зустрічних поставок (або назва товару, що є кінцевою метою переробки давальницької сировини).

Для бартерного (товарообмінного) договору (контракту) зазначений додаток (специфікація), крім того балансується іще за загальною вартістю експорту та імпорту товарів (робіт, послуг).

У додатку до договору про переробку давальницької сировини зазначається відповідна технологічна схема такої переробки з відоб-

---

[1] *Терещенко С.* Основи митного законодавстваУкраїни: Питання теорії та практики зовнішньоекономічної діяльності. — К.: АТ «Август», 2001. — С. 290.

[2] Там само. — С. 291.

[3] Вісник податкової служби України. — 2002. — № 42.

раженням: а) усіх основних етапів переробки сировини та процесу перетворення сировини в готову продукцію; б) кількісніх показників сировини на кожному етапі переробки з обґрунтуванням технологічних втрат сировини; в) втрат виконавця переробки на кожному етапі переробки.

Кількість та якість товару (обсяги виконання робіт, надання послуг). Кількість та якість товару, що є об'єктом договору, при укладенні цього договору потребує детального визначення. Сторони мають визначити, залежно від номенклатури, одиницю виміру товару, прийняту для товарів такого виду (у тоннах, кілограмах, штуках тощо), його загальну кількість та якісні характеристики.

Кількість товару зазначається в певних одиницях виміру, залежно від характеру товару, а також від світової торговельної практики, яка склалася стосовно цього товару. Найдоцільніше обирати одиницю виміру товару за Українською класифікацією товарів зовнішньоекономічної діяльності (далі — УКТ ЗЕД), що дозволить уникнути непорозуміння між контрагентами договору та органами державної влади, які забезпечують реалізацію засобів тарифного та нетарифного регулювання.

Ведення УКТ ЗЕД визначається гл. 53 МК України[1]. УКТ ЗЕД складається на основі Гармонізованої системи опису та кодування товарів, яка прийнята у Брюсселі 14 червня 1983 р. та зареєстрована в Секретаріаті ООН[2].

Митні органи класифікують товари, тобто відносять товари до класифікаційних групувань, зазначених в УКТ ЗЕД. Рішення митних органів щодо класифікації товарів для митних цілей є обов'язковими для юридичних та фізичних осіб. Відповідно до ст. 314 МК України з метою встановлення достовірних відомостей про товари та їх відповідності опису класифікаційних групувань УКТ ЗЕД митні органи можуть вимагати від суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності зразки товарів та техніко-технологічну документацію на такі товари для проведення експертизи.

Коли об'єктом договору є «чиста» вага товару, слід зазначати окремо масу «брутто» (масу товару з врахуванням пакувального матеріалу) та вагу «нетто» — «чисту» вагу товару, за яку здійснюватимуться валютні розрахунки.

---

[1] Відомості Верховної Ради України. — 2002. — № 38—39. — Ст. 288.

[2] Приєднання України до Міжнародної конвенції про Гармонізовану систему опису та кодування товарів від 14 червня 1983 року здійснено згідно з Указом Президента України «Про приєднання України до Міжнародної конвенції про Гармонізовану систему опису та кодування товарів» від 17 травня 2002 р. № 466/2002 // Офіційний вісник України. — 2002. — № 21. — С. 1. — Ст. 1010.

Показники якості (вміст консервантів та барвників, біологічно активних добавок, канцерогенних пластичних мас у дитячих іграшках та будівельних матеріалах, волого- та жаростійкість, ступінь амортизації за певний період тощо) кожною країною використовуються як протекціоністські заходи щодо аналогічних та подібних товарів вітчизняного виробництва, що знаходить своє відображення у вигляді певного переліку дозвільних документів на товар як при ввезенні товару на митну територію, так і при його митному оформленні. При здійсненні контролю митні органи, окрім документів, які видані у країні експорту й підтверджують якісні показники товару, часто вимагають пред'явлення національних документів, що підтверджують відповідність товару національним нормам та стандартам якості. Наприклад, при ввезенні товарів в Україну у пункті перетину митного кордону митні органи можуть вимагати на окремі партії товару дозвільні документи Держстандарту, Міністерства охорони здоров'я або Міністерства аграрної політики України. При цьому, залежно від самого товару, може виникнути необхідність подання певної сукупності дозвільних документів.

Якщо покупець замовляв товар з винятковими характеристиками (індивідуально — визначена річ), обумовленими зовнішньоекономічним договором, у такому разі показниками якості можуть виступати безпосередні показники товару та їх відповідність договірним[1]. Зазначені характеристики встановлюють залежно від їх типу та характеру (за чинними стандартами, за зразком, за технічними умовами, за попереднім оглядом тощо). При здійсненні купівлі-продажу товарів, виготовлених за індивідуальним замовленням, критеріями якості можуть виступати дані, зазначені в технічному завданні на виготовлення товару.

У тексті договору про виконання робіт (надання послуг) визначаються конкретні обсяги робіт (послуг) та строки їх виконання чи термін їх закінчення.

Базисні умови поставки товарів (приймання-здавання виконаних робіт або послуг). У цьому розділі зовнішньоекономічного договору зазначається вид транспорту та базисні умови поставки відповідно до Міжнародних правил інтерпретації комерційних термінів (далі — Інкотермс) чинної редакції (на час написання матеріалу чинною є редакція 2000 р.), які визначають обов'язки контрагентів щодо поставки товару і встановлюють момент переходу ризиків від однієї сторони до іншої, а також конкретний строк поставки товару (окремих партій товару).

---

[1] *Терещенко С.* Основи митного законодавстваУкраїни: Питання теорії та практики зовнішньоекономічної діяльності. — К.: АТ «Август», 2001. — С. 292—293.

Використання в зовнішньоекономічних договорах Інкотермс[1] запроваджено з метою однозначного тлумачення комерційних термінів сторонами. Зроблено це Указом Президента України «Про застосування Міжнародних правил інтерпретації торгових термінів» від 4 жовтня 1994 р. за №567/94.

Інкотермс полегшує визначення способу поставки товарів та витрат, пов'язаних з переміщенням товарів до зазначеного місця (підготовка товару, перевірка якісних характеристик, пакування, завантаження, транспортування, страхування, зберігання тощо). Базисні умови поставки використовуються для калькуляції купівельної ціни товару та впливають на митну вартість відповідно до ст. 16 Закону України «Про Єдиний митний тариф»[2], а також визначають, яка із сторін договору укладає договір перевезення.

Слід підкреслити, що сфера дії Інкотермс обмежується питаннями, пов'язаними з правами та обов'язками сторін договору купівлі-продажу відносно поставки товарів (під словом «товари» тут розуміються «матеріальні речі», а «нематеріальні товари», такі як комп'ютерне програмне забезпечення, виключаються).

Сторонам договору необхідно враховувати практичні зв'язки між різними договорами, необхідними для міжнародної торгівлі — де вимагається не тільки договір купівлі-продажу, але й договори перевезення, страхування та фінансування. Домовленість сторін про застосування певного терміна Інкотермс обов'язково має значення й для інших договорів.[3]

Інкотермс регулюють ряд важливих обов'язків, що покладаються на сторони — такими як обов'язок продавця надати товар у розпорядження покупця або передати його для перевезення чи доставити його до пункту призначення та з розподілом ризику між сторонами в різних випадках. Далі, вони стосуються обов'язків щодо очищення

---

[1] *Примітка.* Часто сторони, що укладають контракт, незнайомі з різною практикою ведення торгівлі в країнах одна одної. Це може стати причиною непорозумінь, спорів і судових проваджень з усіма пов'язаними з цим марними витратами часу й коштів. З метою вирішення вищезгаданих проблем, МТП в 1936 році вперше опублікувала звід міжнародних правил тлумачення торговельних термінів. Ці правила відомі як «Інкотермс—1936». Пізніше були внесені зміни та доповнення 1953, 1967, 1976, 1980, 1990 рр. і на сьогодні, 2000 р. для узгодження цих правил із сучасною практикою міжнародної торгівлі.

[2] Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 19. — Ст. 259.

[3] *Примітка.* Наведемо лише кілька прикладів: продавець, погодившись на договірні умови CFR або CIF, не може виконати такий договір з використанням іншого виду транспорту, крім водного, оскільки за цими умовами він повинен надати покупцю коносамент чи інший морський транспортний документ, що просто неможливо при використанні інших видів транспорту. Більш того, документ, що вимагається згідно з документарним акредитивом, обов'язково залежатиме від засобів перевезення, що використовуватимуться.

товару для експорту та імпорту, упаковки товару, обов'язку покупця прийняти поставку, а також обов'язку сторін надати підтвердження того, що відповідні зобов'язання були належним чином виконані.

При цьому хоча Інкотермс є вкрай важливими для здійснення договору купівлі-продажу, велика кількість проблем, що можуть виникнути в цих відносинах, взагалі ними не розглядаються, такі як передача права власності та інших речових прав, порушення договору та наслідки таких порушень, а також звільнення від відповідальності в певних ситуаціях. В більшості випадків Інкотермс не мають справи з наслідками порушення договору та звільненням від відповідальності внаслідок різноманітних перешкод. Ці питання повинні вирішуватися іншими умовами договору купівлі-продажу та законодавством, що застосовується.

В Інкотермс терміни для полегшення розуміння згруповані в чотири категорії під 10 заголовками статей, де кожна стаття з боку продавця «віддзеркалює» статус покупця щодо цього самого питання.

«E»-термін покладає на продавця мінімальні зобов'язання: продавець повинен лише надати товар у розпорядження покупця в узгодженому місці, зазвичай на власних площах продавця. Якщо покупець бажає покласти на продавця додаткові обов'язки, це має бути обумовлено в договорі купівлі-продажу.

«F»-терміни вимагають від продавця доставки товару для перевезення відповідно до вказівок покупця. У випадку, коли місцем, названим у договорі в якості місця доставки, є площі продавця, поставка є завершеною, коли товар завантажений на транспортний засіб, наданий покупцем, а в інших випадках — коли товар наданий у розпорядження покупця без розвантаження з транспортного засобу продавця.

«C»-терміни вимагають від продавця укласти договір перевезення на звичайних умовах за свій власний рахунок. Тому пункт, до якого він повинен оплачувати транспортні витрати, обов'язково має бути зазначений після відповідного «C»-терміна. За умовами термінів CIF і CIP продавець також повинен застрахувати товар і нести витрати щодо страхування. Оскільки точка розподілу витрат фіксована в країні призначення, договори з «C»-термінами часто помилково вважаються договорами прибуття, за якими продавець несе всі ризики та витрати до моменту фактичного прибуття товару до погодженого пункту. Слід підкреслити, однак, що «C»-терміни мають ту саму природу, що «F»-терміни в тому відношенні, що продавець здійснює виконання договору в країні відвантаження або відправлення. Таким чином, договори купівлі-продажу на умовах «C»-термінів, як і договори на умовах «F»-термінів, входять до категорії договорів відправлення.

«D»-терміни відмінні за своєю природою від «C»-термінів, тому що відповідно до «D»-термінів продавець відповідає за прибуття товару в узгоджене місце чи пункт призначення на кордоні чи то всередині країни імпорту. Продавець зобов'язаний нести всі ризики й витрати щодо доставки товару до цього місця (пункту). Таким чином, «D»-терміни позначають договори прибуття, в той час як «C»-терміни вказують на договори відвантаження (відправлення). Відповідно до «D»-термінів, за винятком DDP, продавець не зобов'язаний доставляти товар очищеним для імпорту в країну призначення.

Трапляється, що сторони помилково застосовують терміни, призначені для перевезення товарів морем, і тоді, коли мають на увазі інший вид транспорту. Це може поставити продавця в невдале становище, коли він не може виконати своє зобов'язання щодо надання покупцю відповідного документа (наприклад, коносаменту, морської накладної чи їх електронного еквіваленту). Таблиця, наведена нижче, показує, який термін Інкотермс слід використовувати для якого виду транспорту (див. таблицю 1). Крім того, у преамбулі до кожного терміна вказується, чи може він використовуватися для всіх видів транспорту чи тільки для водного.

Таблиця 1

Класифікація торговельних термінів ІНКОТЕРМС

Група	*Відправлення*		*Вид транспорту*
Група E	EXW	Франко-завод (назва місця)	Будь-який транспорт
Група F	**Основне перевезення не оплачено**		
	FCA	Франко-перевізник (назва місця призначення)	Будь-який транспорт
	FAS	Франко вздовж борту судна (назва порту відвантаження)	Морський і внутрішній водний транспорт
	FOB	Франко-борт (назва порту відвантаження)	
Група C	**Основне перевезення оплачено**		
	CFR	Вартість і фрахт (назва порту призначення)	Морський і внутрішній водний транспорт
	CIF	Вартість, страхування та фрахт (назва порту призначення)	
	CPT	Фрахт/перевезення оплачені до (назва місця призначення)	Будь-який транспорт
	CIP	Фрахт/перевезення та страхування оплачені до (назва місця призначення)	

Закінчення табл. 1

Група	*Відправлення*		*Вид транспорту*
Група D	**Прибуття**		
	DAF	Поставка до кордону (назва місця поставки)	Будь-який транспорт
	DES	Поставка з судна (назва порту призначення)	Морський і внутрішній водний транспорт
	DEQ	Поставка з причалу (назва порту призначення)	
	DDU	Поставка без сплати мита (назва місця призначення)	Будь-який транспорт
	DDP	Поставка зі сплатою мита (назва місця призначення)	

Крім терміну Інкотермс у цьому розділі договору також доцільно встановлювати строки поставки, які можуть залежати від виду товару, його особливостей (строку споживання, зберігання, сезонності, походження тощо) та узгоджуватися контрагентами.

У випадку укладення договору про виконання робіт (надання послуг) у цьому розділі визначаються умови та строки виконаних робіт (послуг).

Перехід права власності на товар. Цей розділ відсутній у Положенні про форму зовнішньоекономічних договорів (контрактів), затвердженому наказом Мінекономіки № 201 від 6 вересня 2001 р. Однак хоча Інкотермс є вкрай важливими для здійснення договору купівлі-продажу, вони не визначають питання передачі права власності та інших речевих прав за договором. Інкотермс регулюють питання переходу ризику випадкової загибелі товару. Згідно зі ст. 323 ЦК України, ризик випадкового знищення та випадкового пошкодження (псування) майна несе його власник, якщо інше не встановлено договором або законом. Таким чином, з переходом права власності переходить ризик загибелі речі, але з переходом ризику не обов'язково переходить право власності на товар. Крім того, зазначена норма ЦК України є диспозитивною. І коли сторони договору обирають конкретний термін Інкотермс, вони саме й використовують диспозитивність ст. 323 ЦК України.

Зі сказаного слідує важливий висновок — питання переходу права власності повинні бути врегульовані сторонами договору додатково.

На жаль, Конвенція про закон, що застосовується до передачі права власності при міжнародній купівлі-продажу товарів (Гаага, 15 квітня 1958 р.) не набрала чинності. В межах СНД сторонами догово-

ру слід керуватися пунктами «б» та «в» Угоди СНД про порядок вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності:

«б) до відносин, що випливають з права власності, застосовується законодавство місця знаходження майна. Право власності на транспортні засоби, що підлягають внесенню до державних реєстрів, визначається за законодавством держави, де транспортний засіб внесений до реєстру;

в) виникнення і припинення права власності або іншого речового права на майно визначається за законодавством держави, на території якої майно знаходиться в момент, коли мала місце дія або інша обставина, що стала підставою виникнення або припинення такого права.

Виникнення і припинення права власності або іншого речового права на майно, що є предметом угоди, визначається за законодавством місця здійснення угоди, якщо інше не передбачене угодою Сторін;...»

У разі укладення зовнішньоекономічного договору з іноземними суб'єктами господарської діяльності з інших країн, відносини власності будуть регулюватися колізійними нормами національних законів, зокрема, нормами розділу V «Колізійні норми речового права» Закону України «Про міжнародне приватне право». Так, сторонам договору доцільно звернути увагу на ст. 41 «Право власності та інші речові права на рухоме майно, що перебуває в дорозі» згідно з якою, право власності та інші речові права на рухоме майно, що за правочином перебуває в дорозі, визначаються правом держави, з якої це майно відправлене, якщо інше не встановлено за згодою сторін.

Якщо колізійна норма законодавства іншої сторони договору містить іншу колізійну прив'язку, сторонам доцільно окремо в договорі вирішити питання власності, використавши диспозитивність ст. 41 зазначеного Закону.

Ціна та загальна вартість зовнішньоекономічного договору. Сторони договору мають визначити ціну одиниці виміру товару та загальну вартість товарів або вартість виконаних робіт (наданих послуг), що поставляються (надаються, виконуються) згідно з договором, крім випадків, коли ціна товару розраховується за формулою, та валюта договору.

Ціна (тариф) є формою грошового визначення вартості продукції (робіт, послуг), яку реалізують сторони. При розрахунках ціни договору за формулою зазначається орієнтовна вартість договору на дату його укладення.

Якщо згідно з договором поставляються товари різної якості та асортименту, ціна встановлюється окремо за одиницю товару кож-

ного сорту, марки, а окремим пунктом договору зазначається його загальна вартість. У цьому разі цінові показники можуть бути зазначені в додатках (специфікаціях), на які робиться посилання в тексті договору.

При цьому відповідно до ст. 189 ГК України ціна є істотною умовою господарського договору, а значить і зовнішньоекономічного. Ціни у зовнішньоекономічних договорах можуть визначатися в іноземній валюті за згодою сторін. Таким чином, валюта ціни договору та валюта платежу можуть і не співпадати.

Валюту ціни за одиницю товару може бути встановлено на розсуд сторін договору у валюті країни експортера, імпортера або у валюті третьої країни. В обраній валюті виражається загальна вартість товарів, що поставляються за даним договором. Однак за відмінності валюти ціни та валюти платежу коливання курсів валют може протягом строку виконання договору порушити співвідношення між валютою ціни та валютою платежів, а ризик збитків у цьому випадку матимуть як експортер, так і імпортер. Тому сторонам договору доцільно закласти в умови контракту можливість перегляду цінової політики контракту залежно від коливань основних світових валют.

Залежно від засобу фіксації у договорі розрізняють такі види цін:

тверда ціна — встановлюється в момент підписання договору та яка не підлягає зміні в процесі його виконання;

рухома ціна — ціна, яку зафіксовано в договорі та яку може бути змінено в процесі його виконання. В такому разі сторони мають зазначити джерело, яке слугуватиме підставою для зміни ціни та процес формалізації зміни ціни (коли, яким документом, відсоток можливої зміни ціни);

змінна ціна — може бути використана сторонами договору на поставку товарів тривалого виготовлення;

ціна з наступною фіксацією встановлюється в процесі виконання договору та потребує спеціального застереження в його тексті, де зазначається момент фіксації ціни, джерело інформації про ціну, що використовується, період, на який поширюється дія зафіксованої ціни.

При цьому відповідно до ч. 4 ст. 189 ГК України при здійсненні експортних та імпортних операцій у розрахунках з іноземними контрагентами застосовуються не тільки договірні (зовнішньоторговельні) ціни, що формуються відповідно до цін і умов світового ринку, а й індикативні ціни.

Положення про індикативні ціни у сфері зовнішньоекономічної діяльності, затверджено Указом Президента України «Про заходи

щодо вдосконалення кон'юнктурно-цінової політики у сфері зовнішньоекономічної діяльності» №124/96 від 10 лютого 1996 року[1]. Під індикативними розуміються ціни на товари, які відповідають цінам, що склалися чи складаються на відповідний товар на ринку експорту або імпорту на момент здійснення експортної (імпортної) операції з урахуванням умов поставки та умов здійснення розрахунків, визначених згідно з законодавством України. Індикативні ціни можуть запроваджуватись на товари: а) щодо експорту яких застосовано антидемпінгові заходи або розпочато антидемпінгові розслідування чи процедури в Україні або за її межами; б) щодо яких застосовуються спеціальні імпортні процедури відповідно до ст. 19 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність»; в) щодо експорту яких встановлено режим квотування, ліцензування; г) щодо експорту яких встановлено спеціальні режими; ґ) експорт яких здійснюється у порядку, передбаченому ст. 20 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність»; д) в інших випадках на виконання міжнародних зобов'язань України.

Індикативні ціни розробляє Міністерство економіки України та уповноважені ним організації на базі результатів аналізу інформації, одержаної від митних, фінансових, статистичних державних органів, банківських, інформаційних та інших установ і організацій України, з інших джерел, за відповідними методиками (на умовах поставки FOB порти України). При цьому враховуються стандарти якості товарів, чинні в Україні та визнані у світовій практиці, передбачені законодавством України умови поставки і розрахунків, стан кон'юнктури зовнішніх та внутрішніх ринків, цінова інформація та прогнози щодо можливих цінових коливань, контрактна практика щодо відповідного товару на відповідному ринку та інша інформація кон'юнктурно-цінового характеру.

Індикативні ціни є обов'язковими до використання суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності всіх форм власності при укладенні та здійсненні зовнішньоекономічних договорів.

У договорі (контракті) про переробку давальницької сировини крім того, зазначається її заставна вартість, ціна та загальна вартість готової продукції, загальна вартість переробки.

У бартерному (товарообмінному) договорі (контракті) зазначається загальна вартість товарів (робіт, послуг), що експортуються, та загальна вартість товарів (робіт, послуг), що імпортуються за цим договором (контрактом), з обов`язковим вираженням в іноземній валюті, віднесеній Національним банком України до першої групи Класифікатора іноземних валют.

---

[1] Урядовий кур'єр. — 1996. — 13 лютого.

Умови платежів за зовнішньоекономічним договором. Сторони у договорі мають визначити валюту платежу, спосіб, порядок та строки фінансових розрахунків та гарантії виконання сторонами взаємних платіжних зобов'язань.

В основі зовнішньоекономічних розрахунків лежить обов'язок боржника виконати своє грошове зобов'язання перед кредитором за поставлений товар, виконані роботи, надані послуги. Сам характер зовнішньоекономічних відносин тягне за собою певний ризик для сторін договору. По зрозумілим причинам ризик цей значно вищий, ніж у відносинах в середині держави. В силу цього у практиці міжнародної торгівлі було вироблено ряд правил, що стосуються здійснення платежу та гарантії його отримання, оскільки у практиці дуже рідко буває, щоб момент передачі товару співпадав з моментом отримання грошей. Як правило, спочатку відбувається оплата товару перевізнику, а лише після цього здійснюється оплата або, навпаки, спочатку здійснюється оплата, а лише потім передача товару. Це ж відноситься і до виконання робіт та надання послуг.[1]

У зв'язку з цим у зовнішньоекономічній діяльності використовується декілька форм безготівкових розрахунків:

1) оплата на зазначений рахунок, яка здійснюється шляхом банківського переказу (авансового платежу);

2) оплата шляхом акредитива;

3) оплата шляхом інкасо.

Крім того, розрахунки можуть здійснюватися з використанням векселів та чеків. При цьому векселя часто використовуються за будь-якої форми розрахунків, для того, щоб робити платіжне зобов'язання безумовним (незалежним від поставки товару, виконання роботи, надання послуги).

Розрахунки шляхом банківського переказу (авансового платежу, кредитового переказу). Міжнародний банківський переказ є формою розрахунків, яка здійснюється згідно з договором, за яким банк платника (банк переказодавця) здійснює за винагороду від імені та за дорученням особи, рахунок якого відкритий у цьому банку, переказ грошових коштів до іншого банку (банк бенефіціара) на користь особи, вказаного у дорученні (бенефіціара). При здійсненні розрахунків шляхом банківського переказу бенефіціар не набуває права вимагати від банку переказодавця або від будь-якого іншого банку — відправника здійснення платежу.

Суть описаних правовідносин полягає у тому, що банки при дотриманні певних умов виконують дане їм доручення відповідно до вказівок платника (переказодавця).

---

[1] Курс международного торгового права / А. Тынель, Я. Функ, В. Хвалей. — Минск: Амалфея, 1999. — С. 320.

Міжнародне торгове право практично не містить актів, які б регулювали дану форму платежів. З наявних документів, які слід використовувати для аналізу даної форми розрахунків, слід згадати:

— Типовий закон ЮНСІТРАЛ про міжнародні кредитові перекази, Комісії ООН з права міжнародної торгівлі (25 сесія. Нью-Йорк, 4—22 травня 1992 р., Документ A/CN. 9/XXV/CRP. 1/Add 13, 14 May 1992);[1]

— Правове керівництво ЮНСІТРАЛ з електронного переказу коштів (Підготовлено секретаріатом Комісії ООН з права міжнародної торгівлі, Нью-Йорк, 1987 р.);

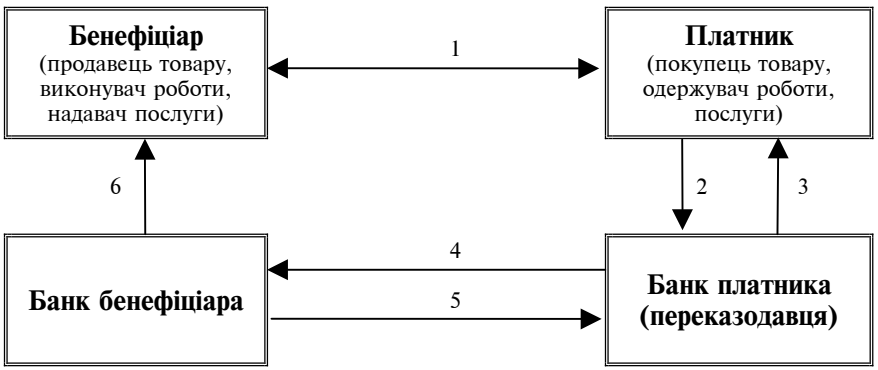
— Керівництво Міжнародної торгової палати з міжнародного міжбанківського переказу коштів та компенсації (публікація МТП 1990 р.).

Суть міжнародного банківського переказу полягає у тому, що виконання доручення платника відбувається шляхом списання банком платника (переказодавця) грошових коштів з його рахунку та переказу цих грошових коштів банку бенефіціара, який зараховує дані кошти на рахунок бенефіціара (див. схему 1).

Перевагою та одночасно недоліком банківського переказу є те, що переказ коштів не пов'язаний з фактом виконання умов зовнішньоекономічного договору. Щоб захистити українських експортерів було видано Указу Президента України «Про заходи щодо впоряд-

Схема 1

Застосування банківського переказу



1. Зовнішньоекономічний договір;
2. Подача доручення про переказ грошових коштів;
3. Акцепт доручення на переказ грошових коштів;
4. Переказ грошових коштів у банк бенефіціара;
5. Акцептування доручення на переказ коштів банком бенефіціара;
6. Зарахування грошових коштів на рахунок бенефіціара.

[1] Комиссия ООН по праву международной торговли. Ежегодник. Том XXIII: Нью-Йорк, 1992. — С. 413.

кування розрахунків за договорами, що укладають суб'єкти підприємницької діяльності України» № 566/94 від 4 жовтня 1994 р., яким встановлено, що розрахунки за зовнішньоекономічними договорами, укладеними суб'єктами підприємницької діяльності України всіх форм власності, предметом яких є товари (роботи, послуги), здійснюються відповідно до Уніфікованих правил та звичаїв для документарних акредитивів Міжнародної торгової палати, Уніфікованих правил з інкасо Міжнародної торгової палати. Суб'єктам підприємницької діяльності України при укладанні та виконанні зовнішньоекономічних договорів прописано забезпечувати додержання вимог, передбачених Уніфікованими правилами.

Розрахунки за допомогою акредитиву. Акредитив є однією з основних форм розрахунків у зовнішньоекономічній діяльності. Правове регулювання розрахунків акредитивами здійснюється Уніфікованими правилами та звичаями для документарних акредитивів Міжнародної торгової палати у редакції 1993 р. (далі — Уніфіковані правила)[1]. Слід враховувати, що зазначений документ є не просто міжнародним звичаєм, а розглядається частиною національного законодавства України, що слідує зі змісту Указу Президента України «Про заходи щодо впорядкування розрахунків за договорами, що укладають суб'єкти підприємницької діяльності України» № 566/94 від 4 жовтня 1994 р.

Виходячи з Уніфікованих правил, акредитивом є договір, за яким банк (банк-емітент) за дорученням особи (заявником акредитиву), якій відкрито поточний рахунок у цьому банку, або від свого власного імені зобов'язується при наданні особою, на користь якої здійснюється платіж, документів та виконання інших умов, визначених заявником акредитиву та банком-емітентом або (1) здійснити платіж, або (2) облікувати чи акцептувати переказні векселя, або (3) дати повноваження іншому банку (авізуючому банку) здійснити платіж, або облікувати чи акцептувати переказні векселя.

Виходячи з Уніфікованих правил та практики акредитиви, в залежності від умов, можна поділити на:

— *відкличні та безвідкличні.* Під відкличним акредитивом розуміють акредитив, який може бути змінений або відкликаний банком-емітентом за дорученням заявника акредитиву без повідомлення бенефіціара. Під безвідкличним акредитивом слід розуміти акредитив, який не може бути відкликаний або змінений без згоди беніфіціара. У випадку, якщо в акредитиві не сказано, що він відкличний, він вважається безвідкличним (усі редакції Уніфікованих правил, крім останньої — 1993 р., виходили з протилежного);

---

[1] Внешнеторговые сделки / Сост. И. С. Гринько. — Сумы: Фирма «Реал», 1994. — С. 188.

— *підтверджені та непідтверджені.* Авізуючий чи інший банк (підтверджуючий банк) може гарантувати виконання за безвідкличним акредитивом (підтверджений акредитив) або не гарантувати такого виконання (непідтверджений акредитив). Якщо в акредитиві не вказано, що він є підтвердженим, він вважається непідтвердженим;

— *покриті та непокриті.* Покритим вважається акредитив, відповідно до якого банк-емітент зобов'язаний перерахувати грошові кошти у розпорядження авізуючого банку на весь строк дії акредитиву. Якщо банк-емітент надає авізуючому банку право списати всю суму за акредитивом з рахунку банку-емітента, такий акредитив вважається непокритим;

— *подільні та неділимі.* Якщо бенефіціар має право на часткове виконання акредитиву при наданні документів, що підтверджують часткове виконання зобов'язання перед заявником акредитиву, такий акредитив вважається подільним. Якщо виконання акредитиву здійснюється лише при повному виконанні зобов'язань бенефіціара перед заявником акредитиву, такий акредитив вважається неділимим;

— *перевідні та неперевідні.* Якщо бенефіціар має право дати вказівку авізуючому банку перевести акредитив повністю або частково на іншу особу зі збереженням умов акредитиву, акредитив вважається перевідним. Акредитив може бути переведений один раз, якщо інше не вказано в акредитиві (ст. 48 Уніфікованих правил). Під неперевідним акредитивом слід розуміти акредитив, за яким виконання здійснюється лише бенефіціару;

— *револьверні та не відновлювальні.* Під револьверним слід розуміти акредитив за яким заявник акредитиву бере на себе зобов'язання поновити свої грошові зобов'язання за акредитивом до визначеного розміру протягом певного строку та/або певну кількість разів з моменту повного або часткового виконання попереднього зобов'язання за акредитивом;

— *кумулятивні та не кумулятивні акредитиви револьверного акредитиву.* Якщо невикористані суми поточного акредитиву можуть бути додані до наступного акредитиву, такий револьверний акредитив є кумулятивним. У протиленому випадку акредитив кумулятивним не вважається.

Наведена класифікація акредитивів не може вважатися вичерпною. Існують і інші види акредитивів (звичайні та резервні, компенсаційні та зустрічні, акредитиви з червоним застереженням або із зеленим застереженням тощо). Але на практиці, як правило, обходяться наведеною вище класифікацією.

Сторони зовнішньоекономічного договору самі визначають види акредитиву. При цьому кожна зі сторін має намір обрати вигідний

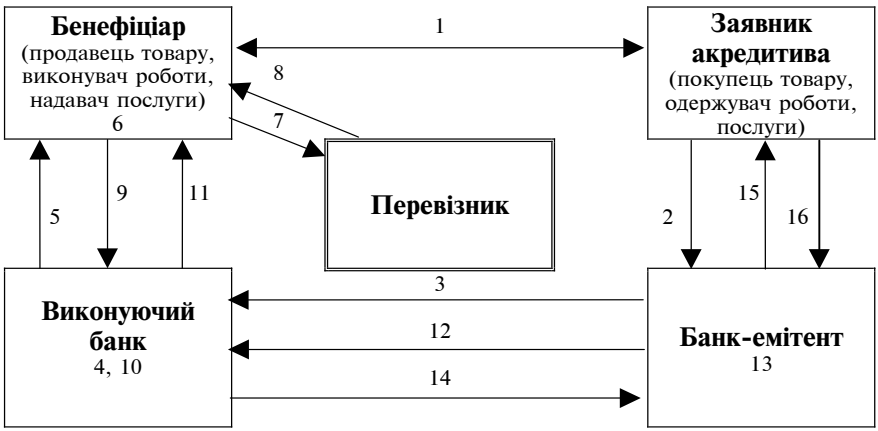
для себе вид акредитиву. Приміром, продавцю товару найвигіднішим є безвідкличний, підтверджений, покритий акредитив. А у разі виконання договору поставки додатково вигідним стає револьверний. У разі наявності субпідрядника при виконанні договору підряду вигідним стає перевідний револьверний акредитив (див. схеми 2 і 3).

Розрахунки шляхом інкасо. При здійсненні зовнішньоекономічної діяльності з розрахунками шляхом міжнародного банківського переказу (авансового платежу) завжди існує ризик неплатежу з боку покупця або ризик не поставки товарів з боку продавця (у випадку передплати). Для уникнення такого ризику у практиці досить широко використовується така форма розрахунків, як інкасо.

На відміну від міжнародних банківських переказів, які не регулюються актами міжнародного права, практика розрахунків шляхом інкасо систематизована в Уніфікованих правилах з інкасо Між-

Схема 2

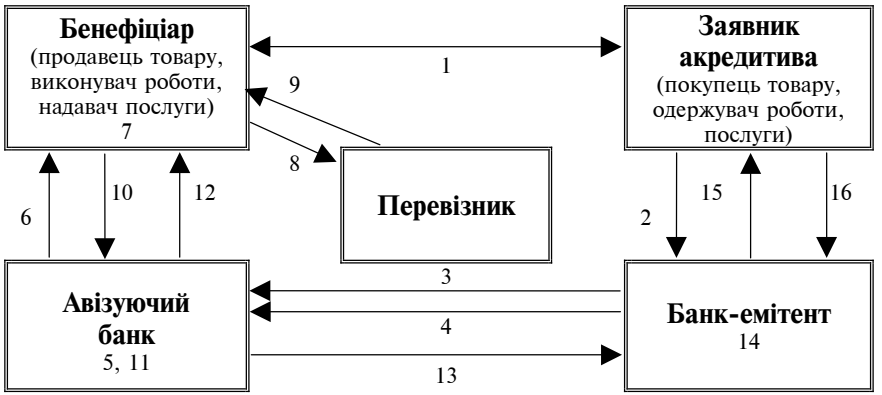
Застосування документарного акредитиву



1. Зовнішньоекономічний договір;
2. Подача заяви на відкриття акредитиву;
3. Відкриття акредитиву;
4. Перевірка справжності отриманого акредитиву;
5. Авізування бенефіціара про відкриття акредитиву;
6. Перевірка відповідності умов акредитиву умовам зовнішньоекономічного договору;
7. Відвантаження товару перевізнику
8. Отримання від перевізника транспортних документів;
9. Представлення в авізуючий банк документів, вказаних у акредитиві;
10. Перевірка відповідності документів умовам акредитиву;
11. Переказ платежу за акредитивом на рахунок бенефіціара;
12. Пересилка документів у банк-емітент;
13. Перевірка відповідності документів умовам акредитиву;
14. Переказ за акредитивом в авізуючий банк;
15. Передача документів заявнику акредитиву;
16. Переказ банку-емітенту суми платежу за акредитивом і суми комісії за відкриття акредитиву.

Схема 3

Застосування покритого документарного акредитиву



1. Зовнішньоекономічний договір;
2. Подача заяви на відкриття акредитиву;
3. Відкриття акредитиву;
4. Переказ коштів (покриття) за акредитивом;
5. Перевірка справжності отриманого акредитиву;
6. Авізування бенефіціара про відкриття акредитиву;
7. Перевірка відповідності умов акредитиву умовам зовнішньоекономічного договору;
8. Відвантаження товару перевізнику;
9. Отримання від перевізника транспортних документів;
10. Представлення в авізуючий банк документів, вказаних у акредитиві;
11. Перевірка відповідності документів умовам акредитиву;
12. Переказ платежу за акредитивом на рахунок бенефіціара;
13. Пересилка документів у банк - емітент, отриманих від беніфіціара;
14. Перевірка відповідності документів умовам акредитиву;
15. Передача документів заявнику акредитиву;
16. Списання з рахунку заявника акредитиву суми платежу за акредитивом та суми комісії за відкриття акредитиву.

народної торгової палати у редакції 1978 р. (далі — Уніфіковані правила) [1].

Виходячи зі змісту Уніфікованих правил та інших звичаїв міжнародної торгівлі, можна дати наступне визначення розрахунків шляхом інкасо: розрахунки шляхом інкасо здійснюються відповідно до договору, за яким особа, що має право вимагати здійснення платежу (довіритель), доручає банку, який відкрив цій особі рахунок (банк — ремітент), передати особі, зобов'язаній здійснити платіж чи акцепт переказного векселя (платник), передати через банк платника (пред'являючий банк) документи, за умови отримання платежу або акцепту переказного векселя.

Виходячи з Уніфікованих правил та практики, розрахунки шляхом інкасо здійснюються у вигляді чистого інкасо або документарного інкасо.

---

[1] Внешнеторговые сделки / Сост. И. С. Гринько. — Сумы: Фирма «Реал», 1994. — С. 179.

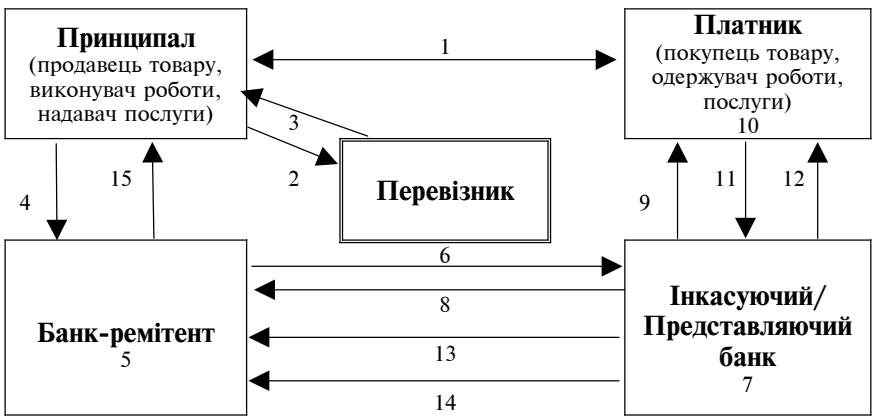
Під чистим інкасо розуміють інкасо, при якому платіж або акцепт переказного векселя здійснюється при пред'явленні переказних векселів, простих векселів, чеків або інших фінансових документів, що використовуються для отримання грошового платежу. При чистому інкасо транспортні та інші комерційні документи не передаються.

Під документарним інкасо розуміють інкасо при якому платіж або акцепт переказного векселя здійснюється при пред'явленні рахунків, відвантажувальних документів, документів про право власності або інших документів, що підтверджують підставу платежу чи акцепту векселя (комерційні документи), або пред'явленні зазначених документів та виписаних на їх підставі переказних векселів чи інших фінансових документів.

На схемах 4 та 5 показано типові приклади розрахунків з використанням документарного інкасо.

Схема 4

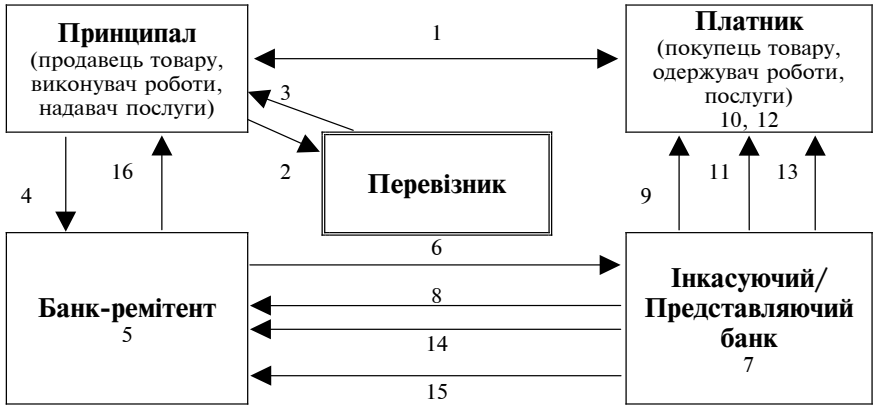
Застосування документарного інкасо на умовах "документи проти оплати"



1. Зовнішньоекономічний договір;
2. Відвантаження товару перевізнику;
3. Отримання від перевізника транспортних документів;
4. Передача інкасового доручення та документів для інкасування;
5. Перевірка відповідності документів інкасовому дорученню;
6. Пересилка документів у інкасуючий банк;
7. Перевірка відповідності документів інкасовому дорученню;
8. Підтвердження отримання документів;
9. Авізування покупця про отримання на інкасо документів;
10. Перевірка відповідності отриманих документів умовам зовнішньоекономічного договору;
11. Платіж проти представлених документів
12. Передача документів платнику;
13. Направлення повідомлення про платіж;
14. Перевід платежу в банк-ремітент;
15. Зарахування грошей на рахунок принципала.

Схема 5

Застосування документарного інкасо на умовах "документи проти акцепту"



1. Зовнішньоекономічний договір;
2. Відвантаження товару перевізнику;
3. Отримання від перевізника транспортних документів;
4. Передача інкасового доручення, переказних векселів та комерційних документів для інкасування;
5. Перевірка відповідності документів інкасовому дорученню;
6. Пересилка документів у інкасуючий банк;
7. Перевірка відповідності документів інкасовому дорученню;
8. Підтвердження отримання документів;
9. Авізування покупця про отримання на інкасо документів;
10. Перевірка відповідності отриманих документів умовам зовнішньоекономічного договору;
11. Пред'явлення переказного векселя для акцепту;
12. Акцепт переказного векселя;
13. Передача документів платнику;
14. Направлення повідомлення про акцепт;
15. Пересилка акцептованих переказних векселів в банк-ремітент;
16. Передача акцептованих переказних векселів принципалу.

На практиці часто здійснюється поєднання акредитивної форми розрахунків з інкасо (див. схему 6).

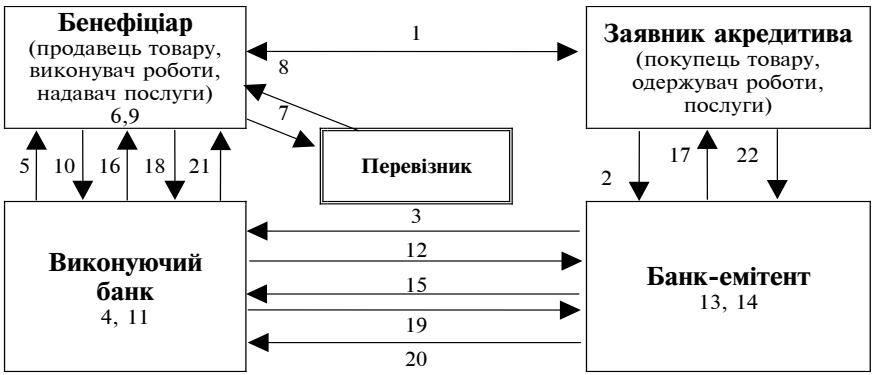
Валюта платежу — обов'язковий атрибут зовнішньоекономічного договору, оскільки визначає валюту, якою буде проведено оплату товарів за даним контрактом. Валюта платежу може не збігатися з валютою, в якій виражено ціну одиниці товару та загальну вартість товарів за контрактом. У такому разі доцільно зафіксувати курс, за яким валюту ціни буде переведено у валюту платежу. При виконанні довгострокових контрактів цю рекомендацію слід обумовити належним чином та зафіксувати як одну з істотних умов договору.

Відповідно до ч. 1 ст. 7 Декрету КМ України «Про систему валютного регулювання і валютного контролю»[1] у розрахунках між резидентами і нерезидентами в межах торговельного обороту використовується як засіб платежу іноземна валюта. Такі розрахунки здійснюються лише через уповноважені банки. Це цілком узгоджується з

[1] Відомості Верховної Ради України. — 1993. — № 17. — Ст. 184.

Схема 6

Застосування акцептного документарного акредитиву з наступною передачею переказного векселя на інкасо



1. Зовнішньоекономічний договір;
2. Подача заяви на відкриття акредитиву;
3. Відкриття акредитиву;
4. Перевірка справжності отриманого акредитиву;
5. Авізування першого бенефіціара про відкриття акредитиву;
6. Перевірка відповідності умов акредитиву умовам зовнішньоекономічного договору;
7. Відвантаження товару перевізнику;
8. Отримання від перевізника транспортних документів;
9. Оформлення переказного векселя (тратти) з вказівкою банка-емітента як трассата;
10. Представлення в авізуючий банк векселя та інших документів, вказаних у акредитиві;
11. Перевірка відповідності документів умовам акредитиву;
12. Пересилка в банк-емітент документів, отриманих від бенефіціара;
13. Перевірка відповідності документів умовам акредитиву;
14. Акцептування векселя, виставленого бенефіціаром;
15. Пересилка акцептованого векселя в авізуючий банк;
16. Передача акцептованого векселя бенефіціару;
17. Передача документів заявнику акредитиву;
18. Передача векселя на інкасо для пред'явлення до платежу;
19. Пред'явлення векселя до платежу;
20. Платіж по пред'явленому векселю;
21. Перевід бенефіціару грошей, отриманих від банку-емітента;
22. Списання з рахунку заявника акредитиву суми платежу за акредитивом і суми комісії за відкриття акредитиву.

ч. 2 ст. 198 ГК України, згідно з якою грошові зобов'язання можуть бути виражені в іноземній валюті лише у випадках, якщо суб'єкти господарювання мають право проводити розрахунки між собою в іноземній валюті відповідно до законодавства України.

Для здійснення платежів у іноземній валюті, що здійснюються резидентами за межі України на виконання зобов'язань у цій валюті перед нерезидентами щодо оплати продукції, послуг, робіт, прав інтелектуальної власності та інших майнових прав, за винятком оплати валютних цінностей та за договорами (страховими полісами, свідоцтвами, сертифікатами) страхування життя одержання індивідуальної ліцензії НБУ не передбачено (ст. 5 Декрету).

Однак здійснення розрахунків між резидентами і нерезидентами в межах торговельного обороту у валюті України допускається за умови одержання індивідуальної ліцензії НБУ (ч.3 ст. 7 Декрету).

Законодавством України встановлено особливості, притаманні розрахункам в іноземній валюті. Згідно зі ст. 1 Закону України «Про порядок здійснення розрахунків в іноземній валюті»[1] виручка резидентів у іноземній валюті підлягає зарахуванню на їх валютні рахунки в уповноважених банках у строки виплати заборгованостей, зазначені в контрактах, але не пізніше 180 календарних днів з дати митного оформлення (виписки вивізної вантажної митної декларації) продукції, що експортується, а в разі експорту робіт (послуг), прав інтелектуальної власності — з моменту підписання акта або іншого документа, що засвідчує виконання робіт, надання послуг, експорт прав інтелектуальної власності. Перевищення зазначеного строку потребує висновку Міністерства економіки України.

Імпортні операції резидентів, які здійснюються на умовах відстрочення поставки, в разі, коли таке відстрочення перевищує 180 календарних днів з моменту здійснення авансового платежу або виставлення векселя на користь постачальника продукції (робіт, послуг), що імпортується, потребують висновку Міністерства економіки України. При застосуванні розрахунків щодо імпортних операцій резидентів у формі документарного акредитиву 180 денний строк діє з моменту здійснення уповноваженим банком платежу на користь нерезидента.

Відповідно до ст. 6 зазначеного Закону, у 180-денний строк може бути продовжений Міністерством економіки України у разі виконання резидентами наступних операцій:

1) *виробничої кооперації*, до яких відносяться операції з поставки сировини, матеріалів, вузлів, деталей, запасних частин, заготовок напівфабрикатів, комплектуючих та інших виробів галузевого і міжгалузевого призначення, що технологічно взаємозв'язані та необхідні для спільного виготовлення кінцевої продукції, а також операції з надання послуг з проектних і ремонтних робіт, технічного обслуговування, пов'язаних з виготовленням та реалізацією кінцевої продукції;

2) *консигнації*, до яких відносяться операції з реалізації товарів, відповідно до яких одна сторона (консигнатор) зобов'язується за дорученням другої сторони (консигнанта) протягом визначеного часу (терміну дії угоди консигнації) за обумовлену винагороду продати з консигнаційного складу від свого імені товари, які належать консигнанту;

3) *комплексного будівництва*, до яких відносяться операції з виконання проектних і проектно-пошукових робіт, передачі «ноу-хау» в галузі будівництва та виробництва будівельних матеріалів, конструк-

[1] Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 40. — Ст. 364.

цій, виконання будівельних, спеціальних та будівельно-монтажних робіт, у тому числі під час виконання договорів про реалізацію проектів за схемою «будувати — експлуатувати — передавати» (Build-Operate-Transfer), здійснення шефмонтажу та авторського нагляду у будівництві, виконання пусконалагоджувальних та гарантійних робіт (надання послуг), а також з поставки машин і механізмів, матеріалів, обладнання, будівельних конструкцій та матеріалів для виконання (надання) зазначених робіт (послуг);

4) *поставки складних технічних виробів*, до яких відносяться операції з поставки устаткування частинами або складних технічних виробів, що потребують установки, монтажу, налагодження, гарантійного обслуговування і введення їх у дію на місці експлуатації, а також з поставки складних технічних виробів, термін виготовлення та транспортування яких перевищує 90 днів;

5) *поставки товарів спеціального призначення*, до яких відносяться операції з міжнародних передач товарів військового призначення, визначені у Положенні про порядок державного контролю за міжнародними передачами товарів військового призначення, затвердженому постановою Кабінету Міністрів України від 8 грудня 1997 р. № 1358[1], а також з поставки продукції згідно з переліком, що визначається Кабінетом Міністрів України.

6) *оперативного та фінансового лізингу* до яких належать операції, що здійснюються відповідно до ст. 806 ЦК України та Закону України «Про фінансовий лізинг»[2].

Розрахунки за експортно-імпортними операціями після перерахування суб'єктами космічної діяльності авансу за виконання робіт з виготовлення (розробки) агрегатів, систем космічних ракетних комплексів (космічних ракет-носіїв), космічних апаратів, наземного сегмента космічних систем та їх агрегатів, систем і комплектуючих здійснюються у строк до 500 календарних днів. Перевищення зазначеного строку потребує висновку центрального органу виконавчої влади з питань економічної політики.

Якщо перевищення строків, зазначених у Законі України «Про порядок здійснення розрахунків у іноземній валюті», обумовлено виникненням форс-мажорних обставин, перебіг зазначених строків зупиняється на весь період дії форс-мажорних обставин та поновлюється з дня, наступного за днем закінчення дії таких обставин.

В даний розділ зовнішньоекономічного договору також доцільно включати валютно-цінове застереження у разі коли валюта ціни і валюта платежу (розрахунку) різні:

---

[1] Офіційний вісник України. — 1997. — Число 50. — С. 50.

[2] Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 15. — Ст. 231.

*«**Валютно-цінове застереження.** Валюта розрахунку (назва валюти) визначена виходячи із співвідношення валютного курсу на день підписання договору (контракту) і становить ..X.. одиниць валюти ціни договору (контракту) (назва валюти). Якщо на день розрахунку валютний курс зміниться більш як на .. +/— Y.., суму платежу буде відповідно змінено у співвідношенні ..X.. .*

Валюта розрахунку (назва валюти) визначена виходячи із співвідношення валютного курсу на день підписання договору (контракту) і становить ..X.. одиниць валюти ціни договору (контракту) (назва валюти). Якщо на день розрахунку валютний курс зміниться, суму платежу буде відповідно змінено у співвідношенні ..X.. .У разі коли валюта ціни і валюта розрахунку збігаються, але ціна товару ставиться у залежність від курсу іншої валюти.

Сума даного договору (контракту) становить ..X.. одиниць .. зазначеної валюти .. . Якщо у день, що передує дню платежу, курс .. зазначеної валюти .. стосовно до .. зазначеної іншої валюти .. зміниться порівняно з курсом .. зазначеної валюти .. стосовно до .. зазначеної іншої валюти .. на день, який передує дню підписання договору (контракту), що становить Y .. зазначеної валюти .. за одиницю .. зазначеної іншої валюти .., зміниться і сума даного договору (контракту) у відповідній пропорції.»[1]

Уніфіковані правила здійснення розрахунків у акредитивній та інкасовій формах стали основою спільної постанови КМ України і НБУ від 21 червня 1995 р. № 444 «Про типові платіжні умови зовнішньоекономічних договорів (контрактів) і типові форми захисних застережень до зовнішньоекономічних договорів (контрактів), які передбачають розрахунки в іноземній валюті»[2]. Виконання рекомендацій цієї постанови істотно зменшить ризики застосування обраної форми оплати незалежно від того, ким є українська сторона договору — експортером чи імпортером.

Умови приймання-здавання товару (робіт, послуг). Сторонам договору слід чітко визначити у договорі строки та місце фактичної передачі товару, а також перелік товаросупровідних документів.

Приймання-здавання проводиться:

а) за кількістю — згідно з товаросупровідними документами;

б) за якістю — згідно з документами, що засвідчують якість товару.

При цьому умови здачі/приймання товару залежить, в першу чергу, від характеру самого об'єкта договору. Базисні умови поставки (ІНКОТЕРМС) визначають місце приймання товару. Поставлений товар має прийматися за кількістю та якістю на момент переходу права власності на товар, а ризик випадкової втрати товару або його

[1] Постанова КМ України і НБУ від 21 червня 1995 р. № 444 Про типові платіжні умови зовнішньоекономічних договорів (контрактів) і типові форми захисних застережень до зовнішньоекономічних договорів (контрактів), які передбачають розрахунки в іноземній валюті».

[2] Офіційний вісник України. — 2004. — № 31. — 20 серпня. — С. 46. — Ст. 2072.

пошкодження переходить від продавця до покупця згідно з термінами ІНКОТЕРМС.

Здачу-приймання можна розділити на попередню та кінцеву. Попереднє прийняття може здійснюватися іще під час виготовлення товару або перед відправкою вантажу на склад продавця і має за мету проведення попереднього контролю якості, кількості, стану упаковки. У такому разі набувач або його представник мають право, якщо про це передбачено договором, вимагати усунення виявлених недоліків.

Кінцева здача-приймання впливає на процедуру остаточних взаєморозрахунків контрагентів договору та фіксує фактичне виконання поставки в зазначеному договором місці. Результати кінцевої здачі-приймання обов'язкові для сторін, оскільки за цими результатами здійснюються розрахунки.

Строки здачі-приймання товару залежать від домовленості сторін стосовно характеристик, за якими здійснюватиметься приймання товару.

Спосіб перевірки кількості та якості визначається контрагентами угоди і може застосовуватися до всього товару або вибірково.

Окремо у договорі має бути зазначено як здійснюватиметься здача-приймання товару: а) приймати товар може імпортер одноосібно, б) здачу товару імпортеру здійснюватиме в країні імпорту повноважний представник експортера. Обидва варіанти не виключають укладення документа, що засвідчує здачу приймання товару незалежно від виконання умов договору організацією. Найдоцільніше в такому разі залучати торгово-промислову палату країни імпорту[1].

Упаковка та маркування товару. У зовнішньоекономічному договорі окремим розділом слід зазначати відомості про упаковку товару (ящики, мішки, контейнери тощо), нанесене на неї відповідне маркування (найменування продавця та покупця, номер договору, місце призначення, габарити, спеціальні умови складування і транспортування та інше), а за необхідності також умови її повернення.

Призначенням упаковки є збереження товару від загибелі та/або пошкоджень під час транспортування до місця призначення (забезпечення споживних якостей товару), а також виконувати рекламні функції (за необхідності). Вид упаковки визначається передусім характером товару та строком перебування товару в ній. Залежно від характеру товару, в договорі можуть зазначатися особливості зовнішньої (з використанням тари) та внутрішньої (невідокремленої від предмету) упаковки.

Законом України «Про безпечність та якість харчових продуктів»[2] визначено вимоги щодо пакувального матеріалу (супутні матеріали) та його якісних показників при пакуванні харчових продуктів.

---

[1] *Терещенко С.* Основи митного законодавстваУкраїни: Питання теорії та практики зовнішньоекономічної діяльності. — К.: АТ «Август», 2001. — С. 312—314.

[2] Відомості Верховної Ради України. — 2005. — № 50. — Ст. 533.

Ризик невизначення вимог до пакування товару може призвести до істотного підвищення вартості одиниці товару, особливо коли кількість товару та його вагові показники не визначені договором. Тому доцільно визначитись у договорі стосовно того, чи включає або не включає ціна товару вартість пакувального матеріалу, при цьому в останньому випадку необхідно зазначити вартість пакування одиниці товару, а також вартість усієї партії товару.

При укладенні договорів слід окремо обумовлювати право власності на упаковку, зокрема, чи: а) тара переходить у власність покупця; б) тара підлягає поверненню продавцеві після отримання товару; в) товари вміщуються в тару, надану покупцем для перевезення товару, який є об'єктом договору.

При визначенні маркування слід мати на увазі, що законодавством України встановлено особливі вимоги до маркування при ввезенні (вивезенні) деяких товарів. Так, ст. 4 Закону України «Про державне регулювання імпорту сільськогосподарської продукції» встановлено, що «Сільськогосподарська продукція, яка ввозиться на митну територію України, підлягає санітарно-епідеміологічному, радіологічному, а в разі ввезення об'єктів державного ветеринарно-санітарного контролю та нагляду — товарів першої — п'ятої, сьомої, десятої, дванадцятої, чотирнадцятої — шістнадцятої, дев'ятнадцятої, двадцять першої, двадцять третьої груп УКТ ЗЕД — ветеринарному контролю. При цьому іноземні сертифікати беруться до уваги виключно у випадках, коли взаємне визнання таких сертифікатів передбачено нормами відповідних міжнародних договорів. Продукти, призначені для продажу населенню, що підпадають під визначення другої — двадцять першої груп УКТ ЗЕД, можуть бути випущені з-під митного контролю на територію України з країн, вільних від карантину, за умови наявності на тарі (коробах, упаковках, розфасовках), а у випадках, визначених КМ України, безпосередньо на продукті, відомостей про назву продукту, масу (об'єм), склад, із зазначенням переліку використаних у процесі виготовлення інших продуктів харчування, харчових добавок (консервантів), барвників тощо, вмісту хімічних речовин або сполук, а також сертифіката походження таких продуктів. Окремо наводяться відомості про енергомісткість, дату граничного строку використання, побічні ефекти споживання або про їх відсутність, назву харчових добавок (консервантів) за їх наявності, місце виготовлення, найменування й адресу виробника таких продуктів та посилання на власника торгової марки за його наявності, а по віднесених до підакцизних товарів — відомості зазначаються згідно із законами України. Зазначені відомості мають бути виконані українською мовою, за винятком торгової мар-

ки, логотипу компанії чи її назви або власної назви продукту, що можуть виконуватися іноземними мовами».[1]

Форс-мажорні обставини. Окремим розділом у договорі необхідно сторонам зазначати відомості про те, за яких випадків умови договору можуть бути не виконані сторонами (стихійні лиха, воєнні дії, ембарго, втручання з боку влади та інше). При цьому сторони звільняються від виконання зобов`язань на строк дії цих обставин або можуть відмовитися від виконання договору частково, або в цілому без додаткової фінансової відповідальності. Строк дії форс-мажорних обставин підтверджується торгово-промисловою палатою відповідної країни, зокрема це передбачено статтею 14 Закону України «Про торгово-промислові палати в Україні»[2].

Доцільно до цього розділу договору внести основні положення ст. 79 Конвенції ООН 1980 р. про договори Міжнародної купівлі-продажу товарів, яку вміщено у розділі 4 «Звільнення від відповідальності» і яка визначає умови невідповідальності контрагентів за невиконання положень зовнішньоторговельного договору[3].

Форс-мажорне застереження[4] може бути прописано за зразком, рекомендованим КМ України та НБУ:

«***Форс-мажорні застереження.*** *Сторони погодилися, що в разі виникнення форс-мажорних обставин (дії нездоланної сили, яка не залежить від волі Сторін), а саме: війни, воєнних дій, блокади, ембарго, інших міжнародних санкцій, валютних обмежень, інших дій держав, які унеможливлюють виконання Сторонами своїх зобов'язань, пожеж, повеней, іншого стихійного лиха чи сезонних природних явищ, зокрема таких, як замерзання моря, проток, портів тощо, закриття шляхів, проток, каналів, перевалів, Сторони звіль-*

---

[1] Відомості Верховної Ради України. — 1997. — № 44. — Ст. 281.

[2] Там само. — 1998. — № 13. — Ст. 52.

[3] *Терещенко С.* Основи митного законодавства України: Питання теорії та практики зовнішньоекономічної діяльності. — К.: АТ «Август», 2001. — С. 316—317.

[4] *Примітка.* Особливу увагу в зовнішньоекономічних договорах необхідно приділяти захисним застереженням. У тексті Положення про форму зовнішньоекономічних договорів (контрактів), затвердженого наказом Міністерства економіки та з питань європейської інтеграції України від 6 вересня 2001 р. № 201, закріплені певні договірні умови, що отримали назву захисних застережень (форс-мажорне та арбітражне застереження). Проте останні не виділені з числа інших договірних умов. Додаток 2 до постанови КМ України і НБУ «Про типові платіжні умови зовнішньоекономічних договорів (контрактів) і типові форми захисних застережень до зовнішньоекономічних договорів (контрактів), зокрема, валютно-цінове, антидемпінгове, застереження про конфіденційність, застереження про форс-мажор, застереження про реекспорт, застереження на випадок неотримання грошових коштів на експорт. Однак джерелом захисного застереження (або положень, що становлять його сутність) може бути не лише національний законодавчий акт, а й міжнародний договір, типовий контракт чи рекомендації та правила щодо його складання, розроблені відомими міжнародними організаціями.

няються від виконання своїх зобов'язань на час дії зазначених обставин. У разі коли дія зазначених обставин триває більш як___днів, кожна із Сторін має право на розірвання договору (контракту) і не несе відповідальності за таке розірвання за умови, що вона повідомить про це іншу Сторону не пізніш як за___ днів до розірвання. Достатнім доказом дії форс-мажорних обставин є документ, виданий ___(назва організації).

Виникнення зазначених обставин не є підставою для відмови Покупця від плати за товари (роботи, послуги), поставлені до їх виникнення»[1].

Санкції та рекламації. Цей розділ договору встановлює порядок застосування штрафних санкцій, відшкодування збитків та пред'явлення рекламацій у зв'язку з невиконанням або неналежним виконанням одним із контрагентів своїх зобов'язань. Він захищає контрагентів договору від невиконання (неналежного виконання) одним з них своїх зобов'язань про виконання зовнішньоекономічного договору.

Передусім, сторонам договору слід узгодити перелік умов, невиконання яких може призвести до застосування санкцій. До переліку можна включати такі ризики: невиконання терміну (строку) поставки (передачі) товару або невиконання робіт, або ненадання послуг; несвоєчасної оплати поставленого товару, виконаних робіт або наданих послуг; поставки товару неналежної якості або кількості, неякісне виконання робіт чи надання послуг; неналежного маркування або пакування товару тощо.

При цьому мають бути чітко визначені розміри штрафних санкцій (у відсотках від вартості недопоставленого товару (невиконаних робіт, ненаданих послуг) або суми неоплачених грошових коштів, строки виплати штрафів — від якого терміну вони встановлюються та протягом якого строку діють, або їх граничний розмір), строки, протягом яких рекламації можуть бути заявлені, права та обов'язки сторін договору при цьому, способи врегулювання рекламацій.

Сторонам договору доцільно скористатися захисними застереженнями, рекомендованими КМ України та НБУ:

***«Застереження на випадок ненадходження коштів за експорт.** У разі несвоєчасного надходження виручки за експортну продукцію Покупець сплачує Продавцеві пеню у розмірі ..Х.. від простроченої суми платежу за кожний день прострочення»;*

***«Застереження на випадок ненадходження продукції за імпортом в обумовлені договором (контрактом) терміни.** У разі ненадходження продукції*

[1] Постанова Кабінету Міністрів України і Національного банку України від 21 червня 1995 р. № 444 «Про типові платіжні умови зовнішньоекономічних договорів (контрактів) і типові форми захисних застережень до зовнішньоекономічних договорів (контрактів), які передбачають розрахунки в іноземній валюті».

за імпортом у терміни, які обумовлені договором (контрактом), Продавець сплачує Покупцеві ...Х... відсотків від суми непоставленої продукції за кожний день прострочення»;

«Застереження про відповідальність. *Сторони погодилися, що вони самостійно та безпосередньо несуть відповідальність за виконання цього контракту, а також що будь-яка претензія, позов чи інша правова вимога не можуть бути пред'явлені до держави Україна та (найменування держави іноземної сторони) чи до окремих їх органів за невиконання чи неналежне виконання цього контракту»*[1].

Контрагенти договору при застосування норм українського законодавства в частині встановлення санкцій за зовнішньоекономічним договором можуть скористатися схемою 7.

Схема 7

Господарськими санкціями визнаються заходи впливу на правопорушника у сфері господарювання, в результаті застосування яких для нього настають несприятливі економічні та/або правові наслідки. У сфері господарювання застосовуються такі види господарських санкцій:

Глава 51 ЦК України та глава 24 ЦК України

1) відшкодування збитків	**2) штрафні санкції**	**3) оперативно-господарські санкції**	**4) адміністративно-господарські санкції**
Ст. 22, глава 51 ЦК та глава 25 ГК	Глава 49 § 2; ч. 1 ст. 534, ст. 624, ч. 2 ст. 258, ст. 266 ЦК; статті 230—234 глави 26 ГК; ЗУ «Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань	Статті 235—237 глави 26 ГК	Глава 27 ГК, ст. 4 ЗУ «Про порядок здійснення розрахунків в іноземній валюті», ст. 3 ЗУ «Про регулювання товарообмінних (бартерних) операцій у галузі зовнішньоекономічної діяльності», ст. 9 ЗУ «Про операції з давальницькою сировиною у зовнішньоекономічних відносинах»

[1] Постанова Кабінету Міністрів України і Національного банку України від 21 червня 1995 р. № 444 «Про типові платіжні умови зовнішньоекономічних договорів (контрактів) і типові форми захисних застережень до зовнішньоекономічних договорів (контрактів), які передбачають розрахунки в іноземній валюті».

Рекламація товару. Сторонам зовнішньоекономічного договору доцільно зазначати також порядок пред'явлення рекламацій, строки, протягом яких вони можуть бути заявлені, права та обов'язки сторін договору, способи врегулювання рекламацій.

При укладенні зовнішньоекономічних договорів пропонується конкретизувати порядок оформлення рекламацій та обов'язки покупця і продавця товарів щодо відшкодування можливих збитків. Для цього доцільно встановити обов'язки сторін договору. Наприклад, слід вказати, що покупець має: а) оформити акт експертизи (якщо це передбачено умовами договору); б) виокремити зарекламований товар (продукцію); в) повідомити продавцеві про місцезнаходження товару; г) подати продавцеві оформлену відповідно до умов договору рекламацію. Продавець при цьому зобов'язаний: а) провести перевірку обґрунтованості виставленої претензії; б) забезпечити заміну товару; в) забезпечити гарантійне обслуговування товару.

При визначенні строків пред'явлення рекламацій слід мати на увазі, що визначення якості продукції потребує більш тривалого часу, ніж визначення кількості товару. За певних обставин висновок щодо якості товару можна скласти лише після введення об'єктів в експлуатацію. Для окремих видів товарів виникає необхідність у додаткових лабораторних дослідженнях. Правильно оформлений акт рекламації є підставою для гарантійного обслуговування (заміни) продукції.

Урегулювання спорів у судовому порядку. У цьому розділі договору визначаються умови та порядок вирішення спорів у судовому порядку щодо тлумачення, невиконання та/або неналежного виконання договору (контракту) з визначенням назви суду або чітких критеріїв визначення суду будь-якою зі сторін залежно від предмета та характеру спору, а також погоджений сторонами вибір матеріального і процесуального права, яке буде застосовуватися цим судом, та правил процедури судового врегулювання.

Сторони зовнішньоекономічного договору мають право зробити у договорі арбітражне застереження (арбітражну угоду) про передачу спорів, що виникають з такого договору, на вирішення арбітражного (недержавного) суду (постійно діючого або створеного для вирішення конкретного спору — ad hoc). Ця домовленість повинна чітко визначати, який саме орган вирішення спорів обрали сторони: Міжнародний комерційний арбітражний суд, Морську арбітражну комісію при Торгово-промисловій палаті України або інший третейський суд в Україні чи за кордоном. Якщо арбітражне застереження у договорі відсутнє, то сторони мають право укласти окремий договір (арбітражну угоду).

Відповідно до ст. 7 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж»[1] *арбітражна угода* — це угода сторін, викладена у письмовій формі у вигляді арбітражного застереження чи окремого договору, про передачу до арбітражу всіх або певних спорів, які виникли або можуть виникнути між ними в зв'язку з будь-якими конкретними правовідносинами, незалежно від того, чи мають вони договірний характер чи ні. Угода вважається укладеною в письмовій формі, якщо вона міститься в документі, підписаному сторонами, або укладена шляхом обміну листами, повідомленнями по телетайпу, телеграфу або з використанням інших засобів електрозв'язку, що забезпечують фіксацію такої угоди, або шляхом обміну позовною заявою та відзивом на позов, в яких одна із сторін стверджує наявність угоди, а інша проти цього не заперечує. Посилання в угоді на документ, що містить арбітражне застереження, є арбітражною угодою за умови, що угода укладена в письмовій формі і це посилання є таким, що робить згадане застереження частиною угоди.

Однак державний суд може порушити провадження зі справи у випадку наявності у зовнішньоекономічному договорі арбітражної угоди[2], якщо визначить, що така угода є недійсною, втратила чинність або не може бути виконана (п. 3 ст. 2 Конвенції про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень, Нью-Йорк, 1958).

Якщо ж сторони не уклали будь-яким способом арбітражної угоди, їх спір підлягає розгляду державним судом певної держави.

В межах СНД сторонами договору слід керуватися ст. 4 Угоди СНД про порядок вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності, згідно норм якої визначається компетентний суд держави — учасниці СНД, що має право розглядати конкретний спір.

Схематично питання підвідомчості спорів, що виникають із зовнішньоекономічних договорів можна зобразити на схемі (див. схему 8).

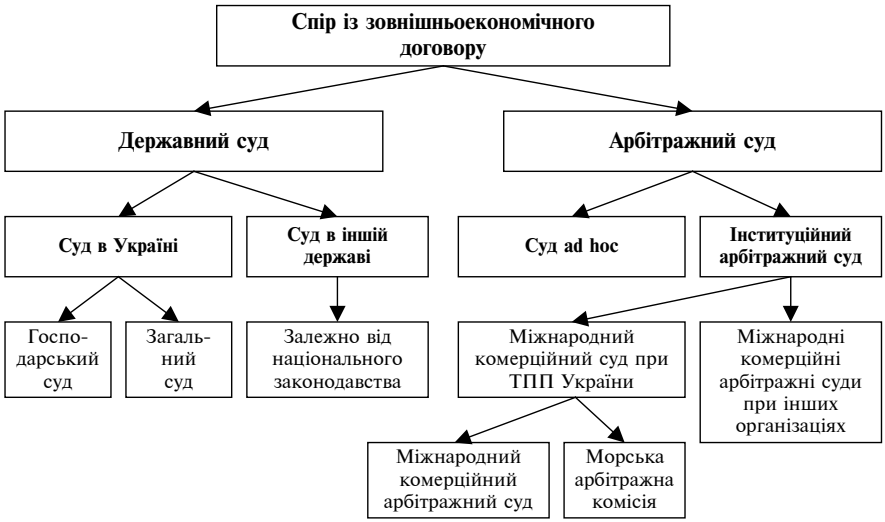
Місцезнаходження (місце проживання), поштові та платіжні реквізити сторін зовнішньоекономічного договору. У договорі сторони мають зазначити місцезнаходження (місце проживання), повні поштові та платіжні реквізити (номер рахунку, назва та місцезнаходження банку) контрагентів договору.

Додаткові умови зовнішньоекономічного договору. За домовленістю сторін у договорі можуть визначатися додаткові умови, наприклад, умови щодо страхування, гарантії якості, умови залучення субвиконавців договору, агентів, перевізників, визначення норм навантаження (розвантаження), умови передачі технічної документації

[1] Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 25. — Ст. 198.

[2] *Примітка.* В контексті арбітражного розгляду справи слово «угода» вживається як узагальнення арбітражного договору чи арбітражного застереження.

Схема 8



на товар, збереження торгових марок, порядок сплати податків, митних зборів, різного роду захисні застереження, з якого моменту договір починає діяти, кількість підписаних примірників договору, можливість та порядок внесення змін до договору тощо.

При визначенні вимог щодо гарантії якості за основу доцільно брати характер вантажу, що поставляється за контрактом. Як правило, гарантія дається продавцем на машини, обладнання та інші технічні засоби. При визначенні гарантії, пропонується зазначити: а) строк гарантії; б) заходи, що вживатимуться продавцем у разі виявлення дефектів; в) випадки, на які не поширюється гарантія. Зазначення цих умов у зовнішньоекономічному договорі є важливим для проведення подальших дій з товаром, на який поширюється гарантійне обслуговування.

Правилами митного оформлення вантажів в Україні передбачено, що коли договором на поставку продукції обумовлено зобов'язання постачальника щодо усунення дефектів (заміна бракованих вузлів та агрегатів, ремонт виробів тощо) в період гарантійного строку експлуатації такої продукції, то можлива заміна такого вантажу або переміщення його через митний кордон для проведення гарантійного обслуговування. Підставою для направлення на гарантійне обслуговування (ремонт) або заміну є рекламаційний акт, оформлений відповідно до умов зовнішньоекономічного договору.

У текст договору доцільно включати антидемпінгові застереження та застереження про конфіденційність. Як зразок, суб'єкти зов-

нішньоекономічного договору можуть використовувати рекомендації, дані у Постанові КМ України і Національного банку України від 21 червня 1995 р. № 444 «Про типові платіжні умови зовнішньоекономічних договорів (контрактів) і типові форми захисних застережень до зовнішньоекономічних договорів (контрактів), які передбачають розрахунки в іноземній валюті»:

«Антидемпінгові застереження. *Покупець бере на себе повну відповідальність за додержання антидемпінгових норм, правил і процедур на своєму національному ринку та ринках подальшої реалізації предмета договору (контракту), зобов'язується не здійснювати операції на цих ринках за цінами, які є демпінговими згідно із законодавством та міжнародними договорами відповідної держави, і бути єдиним відповідачем з усіх можливих антидемпінгових позовів і претензій та сплатити у повному обсязі мито, збори та інші стягнення, що накладаються на товар, який є предметом цього договору (контракту), згідно з антидемпінговим законодавством країни ввезення»;*

«Застереження про конфіденційність. *Сторони погодилися, що текст договору (контракту), будь-які матеріали, інформація та відомості, які стосуються договору (контракту), є конфіденційними і не можуть передаватися третім особам без попередньої письмової згоди іншої Сторони договору (контракту), крім випадків, коли таке передавання пов'язане з одержанням офіційних дозволів, документів для виконання договору (контракту) або сплати податків, інших обов'язкових платежів, а також у випадках, передбачених чинним законодавством, яке регулює зобов'язання Сторін договору (контракту)»;*

«Застереження про реекспорт. *Сторони погодилися, що Покупець не буде здійснювати реекспорт товару, який є предметом цього договору (контракту), на ринки _____ без попередньої письмової згоди Продавця».*

Розділ IV

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ ДОГОВОРУ

Глава 12 ЗАГАЛЬНІ ЗАСАДИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ ДОГОВІРНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ

§ 1. Поняття і способи забезпечення виконання договору

Забезпечення виконання зобов'язань є важливим інститутом цивільного права у країнах різних правових систем. Цей правовий інститут сягає своїм корінням часів Стародавнього Риму, де зародились та отримали істотний розвиток такі способи забезпечення виконання зобов'язань, як застава, порука, завдаток та ін[1]. Професор О. А. Підопригора зазначав, що римляни розробили досить широку систему правових засобів забезпечення зобов'язань[2]. Сучасному цивільному праву, крім названих, відомі й інші способи забезпечення виконання зобов'язань. Всі вони, головним чином, застосовуються для забезпечення виконання саме договірних зобов'язань.

В широкому розумінні, забезпеченням виконання зобов'язань можуть розглядатись всі ті правові, економічні, організаційні та інші умови й механізми, які спонукають боржника до належного виконання зобов'язання. Проте суто в цивільному праві під забезпеченням виконання зобов'язання маються на увазі додаткові правовідносини (зобов'язання), спрямовані на стимулювання

[1] *Новицкий И. Б.* Римское право: Ученик для вузов. — М.: ИКД ЗЕРЦАЛО-М, 2003. — 256 с.

[2] *Подопригора А. А.* Основы римского гражданского права: Учеб. пособие. — К.: Выща шк., 1990. — С. 185.

боржника до точного і неухильного виконання основного зобов'язання і попередження та/або зменшення негативних наслідків від можливого його порушення.

В об'єктивно-правовому розумінні забезпеченням виконання зобов'язання є система правових норм, які регулюють вищезазначені додаткові правовідносини (зобов'язання). Основними законодавчими джерелами правового регулювання відносин сторін договірного зобов'язання щодо забезпечення його виконання, зокрема, є Цивільний та Господарський кодекси України, Закони України «Про заставу»[1], «Про іпотеку»[2], «Про іпотечні облігації»[3], «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень»[4], «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень»[5], «Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю»[6], «Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань»[7] та інші.

Відповідно до ст. 546 ЦК України виконання зобов'язання може забезпечуватись неустойкою, порукою, гарантією, заставою, притриманням, завдатком. Зазначений перелік способів забезпечення виконання зобов'язань не є вичерпним. Інші способи забезпечення виконання зобов'язань можуть бути встановлені законом або, що важливо, договором. Як зазначено в ч. 1 ст. 6 ЦК України, сторони мають право укласти договір, який не передбачений актами цивільного законодавства, але відповідає загальним засадам цивільного законодавства. Закон або договір, які встановлюють той чи інший спосіб забезпечення виконання договірних зобов'язань, є нормативною (або формальною) підставою для виникнення додаткового правовідношення між кредитором і боржником щодо такого забезпечення.

---

[1] Закон України «Про заставу» № 2654-XII від 02.10.1992 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 47 (24.11.92). — Ст. 642.

[2] Закон України «Про іпотеку» № 898-IV від 05.06.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 38 (19.09.2003). — Ст. 313.

[3] Закон України «Про іпотечні облігації» № 3273-IV від 22.12.2005 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2006. — № 16 (21.04.2006). — Ст. 134.

[4] Закон України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень» № 1255-IV від 18.11.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 11 (12.03.2004). — Ст. 140.

[5] Закон України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» № 1952-IV від 01.07.2004 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 51 (17.12.2004). — Ст. 553.

[6] Закон України «Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю» № 978-IV від 19 червня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 52 (26.12.2003). — Ст. 377.

[7] Закон України «Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань» № 543/96-ВР від 22.11.1996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1997. — № 5. — Ст. 28.

Правочин щодо забезпечення виконання зобов'язання вчиняється у письмовій формі (ст. 207 ЦК України) навіть у тих випадках, коли правочин, з якого виникає основне зобов'язання, вчиняється в усній формі. Правочин щодо забезпечення виконання зобов'язання, вчинений із недодержанням письмової форми, є нікчемним (ч. 2 ст. 547 ЦК України). Простої письмової форми для правочинів щодо забезпечення виконання зобов'язання достатньо й тоді, коли правочин, з якого виникає основне зобов'язання, підлягає нотаріальному посвідченню, якщо інше не передбачено законом. Так, виконання зобов'язання покупця житлового будинку з оплати його ціни за договором, який підлягає обов'язковому нотаріальному посвідченню, може бути забезпечене неустойкою (штрафом чи пенею), про що сторони можуть укласти окремий договір у простій письмовій формі без нотаріального посвідчення.

Разом з тим, законом можуть бути встановленні вимоги щодо обов'язкового нотаріального посвідчення окремих видів договорів про забезпечення виконання зобов'язання. Зокрема, відповідно до ч. 1 ст. 577 ЦК України якщо предметом застави є нерухоме майно, а також в інших випадках, встановлених законом, договір застави підлягає нотаріальному посвідченню. Правочин може бути нотаріально посвідчений також на вимогу будь-якої зі сторін. Правові наслідки недотримання нотаріальної форми правочину щодо забезпечення виконання зобов'язання є загальними (статті 219—220 ЦК України).

Законодавство України передбачає реєстрацію певних правочинів щодо забезпечення виконання зобов'язань. Це, як правило, стосується правочинів про встановлення тих способів забезпечення виконання зобов'язань, які накладають обтяження на майно боржника або третіх осіб (т. з. забезпечувальні обтяження). Юридичне значення такої реєстрації може виявлятися в двох аспектах. По-перше, якщо законом передбачена обов'язкова реєстрація правочину (договір застави нерухомого майна, іпотеки), то він є вчиненим саме з моменту її здійснення (ч. 1 ст. 210 ЦК України), тобто, реєстрацією правочину обумовлюється його чинність. По-друге, навіть якщо реєстрація правочину щодо забезпечувального обтяження не є обов'язковою, на підставі реєстрації встановлюється пріоритет обтяження, і задоволення прав чи вимог декількох обтяжувачів, на користь яких встановлено обтяження одного й того самого майна, здійснюється згідно з пріоритетом. За загальним правилом, зареєстроване обтяження має вищий пріоритет над незареєстрованими обтяженнями.

Забезпечення виконання зобов'язання в договірних відносинах виконує стимулюючу та гарантуючу функції. Перша функція полягає в тому, що забезпечення виконання договірних зобов'язань

стимулює боржника до належного їх виконання та недопущення відхилення від умов договору під страхом виникнення додаткових зобов'язань перед кредитором або третьою особою. Дія цієї функції суб'єктно направлена на боржника, але забезпечує інтереси кредитора. Натомість гарантуюча функція забезпечення виконання договірних зобов'язань за суб'єктною направленістю своєї дії спрямована безпосередньо на кредитора. Вона полягає в попередженні або зменшенні негативних наслідків від неналежного виконання або невиконання боржником договірного зобов'язання шляхом надання кредиторові додаткових прав вимоги до боржника або третіх осіб чи шляхом закріплення за кредитором права задовольнити свої вимоги за рахунок майна боржника або третіх осіб чи звернути таке майно на свою користь. Причому в більшості випадків такі додаткові правові можливості кредитор може реалізовувати в привілейованому правовому режимі — самостійно, без звернення до юрисдикційних органів (наприклад, застосувати притримання) або за спрощеними юридичними процедурами (так, у справах про стягнення неустойки розмір останньої не обґрунтовується і не доказується, як у справах про стягнення збитків, а лише розраховується).

Наскільки повно реалізуються вищезазначені функції забезпечення виконання зобов'язань залежить від того, наскільки правильно були вибрані конкретні способи забезпечення. Обираючи спосіб забезпечення виконання договірних зобов'язань необхідно виходити, по-перше, зі змісту та направленості основного зобов'язання, виконання якого забезпечується. По-друге, необхідно враховувати особливості певного способу забезпечення виконання зобов'язань та його адекватність забезпечуваному зобов'язанню. Вплив того чи іншого способу забезпечення виконання зобов'язань на боржника має бути максимально співвідносним зі змістом забезпеченого зобов'язання. Так, для забезпечення виконання зобов'язань з виконання робіт або надання послуг підходящим способом буде неустойка (пеня або штраф). Тоді як виконання боржником зобов'язань з передачі майна або грошей оптимально для кредитора забезпечать такі способи, як, наприклад, гарантія, порука, застава.

Виконання зобов'язання може бути забезпечене кількома способами одночасно, а може і не забезпечуватись взагалі. Застосування забезпечення виконання зобов'язання, за загальним правилом, не є обов'язковим. Виконання основного зобов'язання забезпечується, якщо це встановлено договором або законом. Як правило, забезпечення встановлюється за домовленістю сторін договору, а в окремих випадках — за домовленістю сторін чи однієї з них з третіми особами (порука, гарантія, майнове поручительство). Забезпечен-

ня виконання зобов'язання боржником може бути встановлене за ініціативою кредитора в односторонньому порядку на підставі закону (наприклад, притримання).

Закон може передбачати також автоматичне виникнення забезпечувального правовідношення навіть без спеціального на те волевиявлення будь-якої зі сторін — в таких випадках презюмується, що сторони, вступивши в основне зобов'язання, приймають всі встановлені законодавством умови його регулювання, в тому числі щодо забезпечення виконання такого зобов'язання. Наприклад, відповідно до ч. 6 ст. 694 ЦК України, з моменту передання товару, проданого в кредит, і до його оплати продавцю належить право застави на цей товар.

Деякі вчені розглядають інститут забезпечення виконання договірних зобов'язань в цивільному праві у широкому значенні[1]. До способів забезпечення виконання договірних зобов'язань, що встановлені законом, вони також включають:

1) субсидіарну відповідальність:

— учасників повного товариства та повних учасників командитного товариства (ч. 1 ст. 119 та ч. 1 ст. 133 ЦК України);

— учасників товариства з додатковою відповідальністю (ч. 2 ст. 151 ЦК);

— членів виробничого кооперативу (ч. 2 ст. 163 ЦК України);

— держави як власника казенного підприємства (ч. 7 ст. 77 ГК України);

— управителя в договорах управління майном (ч. 2 ст. 1043 ЦК України);

— правоволодільця у договорах комерційної концесії (ст. 1123 ЦК України);

2) визначення моменту переходу права власності, а також розподіл між сторонами ризиків загибелі і пошкодження майна та тягаря його утримання в договорах купівлі-продажу, найму, підряду, перевезення, зберігання тощо[2];

3) право кредитора в простроченому грошовому зобов'язанні стягнути з боржника суму заборгованості з урахуванням індексу інфляції за весь час прострочення, а також проценти, розмір яких встановлений законом або договором (ст. 625 ЦК України);

4) право продажу ломбардом речі, яку поклажедавець не забрав після спливу трьох місяців від дня закінчення строку договору (ст. 968 ЦК);

---

[1] *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Общие положения. Книга 1. — М.: Статут, 2001.

[2] *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Там само. — С. 482.

5) право одержувача ренти вимагати від платника ренти виплати річної суми ренти в разі розірвання договору ренти (ст. 741 ЦК України) та ін.

Таке бачення способів забезпечення виконання договірних зобов'язань не є усталеним в доктрині цивільного права і не отримало одностайної підтримки вчених-цивілістів. В Україні переважаючим залишається класичний підхід до визначення способів забезпечення виконання зобов'язань згідно з переліком, що міститься у ст. 546 ЦК України.

Забезпечувальну роль в договірних відносинах можуть відігравати також деякі інші договірні конструкції, які не володіють правовими властивостями акцесорних зобов'язань, проте однаково спрямовані на гарантування майнових інтересів кредитора та стимулювання боржника до належного виконання зобов'язання. В класичному розумінні такі договірні конструкції також не є способами забезпечення виконання зобов'язань. Серед цих договорів можуть бути названі, зокрема:

1) майнове страхування, страхування відповідальності та комерційних (підприємницьких) ризиків, яке здійснюється за рахунок боржника (Закон України «Про страхування»);

2) відступлення кредитором права грошової вимоги до боржника з метою забезпечення виконання своїх грошових зобов'язань перед фінансовою установою — фактором (факторинг) (п. 2 ч. 1 ст. 1077 ЦК України);

3) договори про відчуження боржником або третьою особою свого майна кредиторові з відкладальною умовою, якою, як правило, визначається факт невиконання або неналежного виконання боржником основного зобов'язання (ст. 212 ЦК України). Такий спосіб забезпечення інтересів сторони у зобов'язанні, як стверджує С. І. Шимон, отримав у цивілістиці назву «резервування права власності»[1].

З метою забезпечення виконання договірних зобов'язань можуть застосовуватись деякі види безготівкових розрахунків. Це, наприклад, розрахунки за акредитивами, інкасовими дорученнями та ін. Забезпечувальна функція таких видів розрахунків у договірних відносинах полягає в істотному «відстороненні» зобов'язаної сторони від здійснення платежу, який за неї, від її імені та за її рахунок виконують треті особи, найчастіше банківські установи. Проте ці розрахункові механізми, хоч і створюють кредиторові додаткову впевненість в отриманні виконання від контрагента або, замість останнього, від

[1] Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. — 2-е вид., перероб. і доп. / За ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н.С. Кузнєцової, В. В. Луця. — К.: Юрінком Інтер, 2006. — Т. ІІ. — С. 49.

третіх осіб, також не належать до способів забезпечення виконання договірних зобов'язань в класичному цивільно-правовому розумінні.

Способи забезпечення виконання договірних зобов'язань слід відрізняти та відмежовувати від заходів оперативного впливу, які полягають в наданій законом або встановленій договором можливості однієї сторони ініціативно, без узгодження з другою стороною договору та, як правило, без звернення до юрисдикційних органів припинити або змінити зобов'язання у відповідь на невиконання або неналежне виконання договірного зобов'язання іншою стороною, як то: відмова в прийнятті невчасно доставленого товару або товару іншого асортименту, відмова від виконання або зупинення виконання свого обов'язку та інше — законодавством України передбачено достатньо багато різноманітних правових форм заходів оперативного впливу. Наприклад, відповідно до ч. 3 ст. 538 ЦК України у разі невиконання однією із сторін у зобов'язанні свого обов'язку або за наявності очевидних підстав вважати, що вона не виконає свого обов'язку у встановлений строк (термін) або виконає його не в повному обсязі, друга сторона має право зупинити виконання свого обов'язку, відмовитися від його виконання частково або в повному обсязі (зустрічне виконання зобов'язання). Заходом оперативного впливу є також виконання зобов'язання за рахунок боржника, коли у разі невиконання боржником для кредитора певної роботи чи ненадання йому послуги кредитор має право виконати цю роботу власними силами або доручити її виконання чи надання послуги третій особі і вимагати від боржника відшкодування збитків, якщо інше не встановлено договором, актами цивільного законодавства або не випливає із суті зобов'язання (ст. 621 ЦК України).

§ 2. Правова природа забезпечувальних правовідносин

Забезпечувальні правовідносини мають особливу правову природу, яка проявляється в додатковому (або акцесорному) характері забезпечувального зобов'язання у відношенні до основного зобов'язання. Акцесорний характер забезпечувального зобов'язання виражається у таких правових властивостях останнього:

— недійсність основного зобов'язання (вимоги) спричиняє недійсність правочину щодо забезпечення його виконання, якщо інше не передбачено законом. Проте недійсність правочину щодо забезпечення виконання зобов'язання не тягне за собою недійсність основного зобов'язання (частини 2, 3 ст. 548 ЦК України);

— забезпечувальне зобов'язання невіддільно слідує юридичній долі основного зобов'язання. Так, у разі переходу прав кредитора в основному зобов'язанні до іншої особи (наприклад, на підставі відступлення права вимоги, правонаступництва чи з інших передбачених законом підстав), до набувача таких прав кредитора переходять також права у зобов'язанні, яке забезпечує виконання боржником основного зобов'язання. Як встановлено у ст. 514 ЦК України, до нового кредитора переходять права первісного кредитора у зобов'язанні в обсязі і на умовах, що існували на момент переходу цих прав, якщо інше не встановлено договором або законом;

— припинення основного зобов'язання зумовлює припинення додаткового зобов'язання, яке забезпечує його виконання. Наприклад, відповідно до ч. 1 ст. 559 ЦК України порука припиняється з припиненням забезпеченого нею зобов'язання. Згідно з п. 1 ч. 1 ст. 593 ЦК України право застави припиняється у разі припинення зобов'язання, забезпеченого заставою. Можуть бути наведені й інші приклади вияву цієї властивості забезпечувальних зобов'язань.

Разом з тим, вищенаведені загальні властивості акцесорних зобов'язань в окремих способах забезпечення виконання зобов'язань мають свої особливості або навіть відсутні. Так, гарантія не припиняється з припиненням основного зобов'язання і недійсність останнього не тягне за собою недійсність гарантії. Відповідно до ст. 562 ЦК України зобов'язання гаранта перед кредитором не залежить від основного зобов'язання (його припинення або недійсності), зокрема і тоді, коли в гарантії міститься посилання на основне зобов'язання. Якщо гарант, який дізнався про недійсність або припинення основного зобов'язання і повідомив про це кредитора і боржника, все-таки отримує повторну вимогу кредитора, він зобов'язаний її задовольнити, незважаючи на таку недійсність або припинення основного зобов'язання (ч. 3 ст. 565 ЦК України). Однак, як справедливо відзначають вчені Т. В. Боднар та Б. М. Гонгало, незалежність гарантії не перекреслює її додаткового (акцесорного) характеру[1].

Існують особливості в наслідуванні юридичної долі одного зобов'язання іншим у сфері іпотечних відносин. Згідно зі ст. 24 Закону України «Про іпотеку» відступлення прав за іпотечним договором здійснюється за умови, що водночас здійснюється відступлення права вимоги за основним зобов'язанням. Якщо не буде встановлено інше, відступлення прав за іпотечним договором свідчить про відступлення права вимоги за основним зобов'язанням.

---

[1] *Боднар Т. В.* Виконання договірних зобов'язань у цивільному праві: Монографія. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — С. 227; *Гонгало Б. М.* Учение об обеспечении обязательств. — М.: Статут, 2002. — С. 37—38.

Глава 13
НЕУСТОЙКА

§ 1. Загальні положення про неустойку в цивільному праві

Неустойка є одним з найдавніших та найпоширеніших способів забезпечення виконання зобов'язань. Вона застосовувалася у цивільному обороті ще з часів римського права. Причину виникнення правового інституту неустойки слід шукати в самому характері тих приватноправових відносин, які іменуються зобов'язальними. В цих правовідносинах безпосереднім об'єктом прав кредитора є не матеріальний предмет, а дія. У зв'язку з цим інтереси правомочної сторони є досить незабезпеченими, що створює необхідність розробки штучних способів закріплення зобов'язальних прав, до числа яких відноситься і неустойка.

Римське право, окрім поруки, федуціарного продажу (закладу) та іпотеки знало такий вид забезпечення виконання зобов'язання, як stipulatio poena, що на українську мову перекладається як штрафна стипуляція, або неустойка. Неустойкою називалося додаткове зобов'язання боржника виплатити кредитору певну суму грошей у разі невиконання або неналежного виконання ним основного зобов'язання[1]. Угода про неустойку мала акцесорний (додатковий) характер; вона визнавалася недійсною, якщо недійсним було основне зобов'язання. Крім stipulatio poenae, в правових джерелах Стародавнього Риму використовувалися також і категорії штрафу та пені. Але штраф в основному являв собою покарання за кримінальне діяння та порушення процесуальних норм[2].

[1] Римское частное право: Учебник / Под ред. проф. И. Б. Новицкого и проф. И. С. Перетерского. — М.: Юристъ, 1999. — С. 336

[2] *Юлий Павел.* Пять книг сентенций к сыну. Фрагменты Домиция Ульпиана. Пер. с лат. Е. Штаерман (Серия «Памятники римского права») — М.: Зерцало. 1998. — С. 119—121, 133,151, 235 та ін.

Пенею називалася сума спонсії — сума, яка обіцялася однією стороною іншій та підлягала сплаті в разі програшу процесу[1].

Після рецепції римського права в основних європейських країнах в правових системах континентальної Європи з'явилася неустойка. Загальне розуміння неустойки в країнах всіх систем було однаковим та зводилося до наступного: неустойка визначалася як встановлена в договорі грошова сума або майнова цінність, яку боржник зобов'язується сплатити кредиторові в разі невиконання або неналежного виконання зобов'язання (ст. 1226 Французького цивільного кодексу, § 339 Германського цивільного уложення, ст. 160 Швейцарського зобов'язального закону. Неустойка є акцесорним зобов'язанням, яке повністю успадковує долю головного зобов'язання.

В нормативних актах, що діяли на теренах Російської імперії, в тому числі і на території України, не зустрічається чіткого та безпосереднього визначення неустойки (воно з'явилося тільки в Проекті Цивільного уложення Російської імперії 1913 р. (ст. 1601). Проте, зважаючи на те що на практиці цей інститут застосовувався дуже широко, правозастосовні органи та вчені-правознавці того часу приділяли даній проблемі увагу у своїх наукових працях. Наприклад, сенат визначав неустойку як «штраф, який визначається законом або обумовлюється сторонами за невиконання зобов'язань та за несправність, і який слугує зміцненню та забезпеченню зобов'язань»[2]. Під штрафом розумілася не лише грошова сума, але і будь-яке майно або дія, що має матеріальну цінність[3]. Відомий російський цивіліст Г. Ф. Шершеневич надає таке наукове визначення неустойки: «Під неустойкою як засобом забезпечення розуміється приєднана до головного зобов'язання додаткова умова про сплату боржником відомої суми на випадок несправності у виконанні»[4].

В радянський період положення про неустойку входили в усі кодифіковані нормативні акти в галузі Цивільного права. Неустойка вважалася «царицею» серед способів забезпечення виконання зобов'язань та мір цивільно-правової відповідальності. І якщо ЦК УРСР 1922 р. дозволяв встановлювати в якості неустойки як гро-

---

[1] Институции Гая: Памятники римского права. — М., 1997. — С. 149.

[2] *Гуляев А. М.* Русское гражданское право. Обзор действующего законодательства, кассационной практики правительствующего Сената и Проекта гражданского уложения. — СПб.: Типография М. М. Стасюлевича, 1913. — С. 344.

[3] *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право: общие положения. — М.: Статут, 1997. — С. 391.

[4] Див. *Шершеневич Г. Ф.* Учебник русского гражданского права. — М.: Спарк, 1995. — С. 293.

шові кошти, так і матеріальні цінності, то ЦК УРСР 1963 р. обмежив об'єкт неустойки виключно грошима.

На сьогодні поняття неустойки надається статтею 549 ЦК України, відповідно до якої неустойкою (штрафом, пенею) є грошова сума або інше майно, які боржник повинен передати кредиторові у разі порушення боржником зобов'язання.

Крім закріплення у нормах Глави 49 ЦК України, неустойка знайшла правове регулювання також у положеннях Господарського кодексу України, де для її визначення застосовується термін «штрафні санкції». Відповідно до ст. 230 ГК України штрафними санкціями визнаються господарські санкції у вигляді грошової суми (неустойка, штраф, пеня), яку учасник господарських відносин зобов'язаний сплатити у разі порушення ним правил здійснення господарської діяльності, невиконання або неналежного виконання господарського зобов'язання.

При цьому слід зазначити, що розуміння штрафних санкцій у ГК України є дещо ширшим поняття цивільно-правової неустойки. Під штрафними санкціями тут розуміються також і грошові суми, які учасник господарських відносин зобов'язаний сплатити в разі порушення ним правил здійснення господарської діяльності, тобто відповідні фінансові санкції, що стягуються за порушення валютного, податкового, антимонопольного та інших публічних галузей законодавства (наприклад, санкції, передбачені Законом України «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами»). Неустойка — це спосіб забезпечення та санкція за порушення саме приватноправових (цивільно-правових) зобов'язань. Отже, норми про неустойку не можуть застосовуватись до інших видів правовідносин.

Говорячи про правову природу неустойки, слід зазначити, що єдиної точки зору серед дослідників цієї правової категорії немає. Основна проблема стосується того, чи визнавати неустойку лише способом забезпечення виконання зобов'язання або лише мірою відповідальності, чи визнати подвійну правову природу неустойки. Деякі вчені вважають, що неустойка є виключно способом забезпечення виконання зобов'язання. Наприклад, В. С. Константінова в монографії «Правовое обеспечение хозяйственных обязательств» зазначає, що «неустойка — це спосіб забезпечення виконання зобов'язання, а не форма відповідальності. Відповідальність в цивільному праві виступає лише в одній формі — відшкодування збитків. Стягнення ж неустойки в усіх її видах буде додатковою забезпечувальною мірою»[1]. В науковій літературі можна зустріти і

[1] *Константинова В. С.* Правовое обеспечение хозяйственных обязательств. — Саратов, 1987. — С. 31

протилежну точку зору — що неустойка вже не виконує забезпечувальну функцію і залишається лише мірою відповідальності[1].

Але все-таки найбільш розповсюдженою та сприйнятою є точка зору про подвійну природу неустойки в цивільному праві: неустойка одночасно є способом забезпечення виконання зобов'язань та формою (мірою) цивільно-правової відповідальності[2]. Такий підхід ґрунтується на тому, що, з одного боку, неустойка входить до складу передбачених законом мір, спрямованих на стимулювання належного виконання зобов'язання боржником шляхом встановлення додаткових гарантій задоволення інтересів кредитора. А з іншого боку, в разі порушення основного зобов'язання, у боржника виникає додатковий по відношенню до обов'язку виконати зобов'язання обов'язок сплатити неустойку.

При цьому критерієм для розмежування неустойки як способу забезпечення виконання зобов'язання та стягнення (передачі) неустойки як міри відповідальності слід вважати етап існування неустойки. З моменту укладення сторонами угоди про неустойку або підписання договору, який забезпечується законною неустойкою і до моменту порушення зобов'язання неустойка є способом забезпечення виконання зобов'язань. Основне її призначення тут — стимулювати боржника до належного виконання. Після порушення зобов'язання, тобто в разі невиконання неустойкою забезпечувальної функції, вона перетворюється у міру цивільно-правової відповідальності.

Подібний підхід відображено і в законодавстві. Норми про неустойку розміщуються у главі 49 ЦК України, яка присвячена забезпеченню виконання зобов'язань; а крім того, стягнення неустойки визначено в якості правового наслідку, що настає в разі порушення зобов'язання (ст. 611 ЦК України).

§ 2. Неустойка як спосіб забезпечення виконання зобов'язань

В ЦК України 2003 р. норми про неустойку розташовані у главі 49 «Забезпечення виконання зобов'язань». Тобто на законодавчому рівні неустойка віднесена до способів забезпечення виконання зобов'язань, під якими розуміються «основані на законі способи впливу на суб'єктів з метою їх примушення до дотриман-

[1] Гражданское право: Учебник. — Т. 2 / Под ред Е.А. Суханова. — М.: БЕК, 1993. — С. 29.

[2] Див., напр.: *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Общие положения. — М.: Статут, 1997. — С. 384; *Аристов С. В.* Ответственность за нарушение обязательств в системе мер гражданско-правового воздействия // Юрист. — № 10. — 1997. — С. 40.

ня прав (законних інтересів) інших осіб та належному виконанню зобов'язання...»[1].

Чинний ЦК України вперше на законодавчому рівні надав визначення таких форм неустойки, як штраф та пеня. Так, штрафом є неустойка, що обчислюється у відсотках від суми невиконаного або неналежно виконаного зобов'язання. У свою чергу, пенею є неустойка, що обчислюється у відсотках від суми несвоєчасно виконаного грошового зобов'язання за кожен день прострочення виконання.

Враховуючи положення зазначеної статті, можна виділити такі кваліфікуючі ознаки штрафу як форми неустойки:

а) обчислення у відсотках від суми невиконаного або неналежно виконаного зобов'язання.

б) можливість встановлення за майже будь-яке порушення зобов'язання: невиконання або неналежне виконання (порушення умов про кількість, якість товарів, робіт (послуг), виконання зобов'язання неналежним способом тощо).

У свою чергу, така форма неустойки, як пеня характеризується такими ознаками:

а) застосування виключно у грошових зобов'язаннях, тобто зобов'язаннях, об'єктом яких є грошові кошти;

б) можливість встановлення тільки за такий вид порушення зобов'язання, як прострочення виконання (порушення умови про строки);

в) обчислення у відсотках від суми несвоєчасно виконаного зобов'язання;

г) триваючий характер — нарахування пені за кожний день прострочення.

Слід відмітити, що законодавець визначив вищеперераховані ознаки штрафу та пені імперативно, не надавши сторонам зобов'язання можливості їх змінювати. При цьому поза увагою залишилися неустойки, що визначаються у твердій сумі або у кратному розмірі до суми невиконаного або неналежно виконаного зобов'язання, триваючі неустойки за прострочення виконання негрошового зобов'язання (наприклад, прострочення передачі речі); неустойки, що нараховуються не за кожний день, а за кожний тиждень, місяць прострочення тощо. Керуючись загальним принципом свободи договору, що діє в цивільному праві, можна говорити, що застосування вищезазначених форм неустойки допустимо. Єдине, що необхідно, це чітко прописувати особливості стягнення тієї чи іншої неустойки в договорі та для запобігання невідповідності поло-

[1] *Пугинский Б. И.* Гражданско-правовые средства в хозяйственных отношениях. — М.: Юр. лит., 1984. — 132—133.

жень договору нормам закону варто відмовитися від використання термінів «штраф» та «пеня» при встановленні неустойки у формах, які за своєю суттю не відповідають ознакам штрафу та пені, зазначеним у ст. 549 ЦК.

ЦК України (статті 549, 551) розширив коло предметів, що можуть передаватися боржником в якості неустойки в разі невиконання або неналежного виконання основного зобов'язання. Частина 1 ст. 551 ЦК України визначає, що предметом неустойки може бути грошова сума, рухоме і нерухоме майно. А оскільки відповідно до ст. 190 ЦК України поняття «майно» включає в себе не тільки речі, а і майнові права та обов'язки, відповідно предметом неустойки можуть бути також майнові права.

Оскільки штраф як різновид неустойки визначається або у відсотковому відношенні до суми зобов'язання, або у твердій сумі, а відтак його розмір, як правило, відомий в момент виникнення забезпеченого штрафом зобов'язання, неустойка в виді штрафу може бути встановлена як у вигляді речі, визначеної родовими ознаками (ч. 2 ст. 184 ЦК), так і у вигляді індивідуально-визначеної речі (ч. 1 ст. 184 ЦК), в тому числі у вигляді нерухомого майна. Водночас пеня — це триваюча, зростаюча неустойка, загальний кінцевий розмір якої заздалегідь невідомий, тому в якості пені можна застосовувати лише родові речі, кількість яких до передачі також буде змінюватися залежно від часу прострочення. Визначаючи неустойку у вигляді майнової цінності, сторони мають встановити грошову оцінку такої неустойки.

Види неустойки. Аналіз законодавства, судової практики та доктринальних досліджень, присвячених питанню неустойки як способу забезпечення виконання зобов'язань, дозволяє зробити висновок, що її класифікацію доцільно проводити за головним критерієм, який можна назвати юридична підстава або спосіб встановлення неустойки. Відповідно до цього критерію неустойка поділяється на два основні види: договірна та законна. *Договірна неустойка* — це така неустойка, яка набуває юридичної сили саме і безпосередньо в силу угоди сторін. А *законною неустойка* буде вважатися тоді, коли зобов'язання про її сплату виникло в силу закону. Законна неустойка забезпечує зобов'язання незалежно від волі сторін та встановлюється автоматично з виникненням основного зобов'язання. Як приклад законної неустойки можна навести ч. 2 ст. 785 ЦК України, відповідно до якої «якщо наймач не виконує обов'язку щодо повернення речі, наймодавець має право вимагати від наймача сплати неустойки у розмірі подвійної плати за користування річчю за час прострочення». Так, Постановою Вищого господарського суду України від 24 травня 2006 р. у справі № 3/234 залишено в силі

рішення Господарського суду Івано-Франківської області та постанова Львівського апеляційного господарського суду за позовом Регіонального відділення Фонду державного майна України по Івано-Франківській області до Товариства з обмеженою відповідальністю «Рембудхімкомплект», третя особа Господарське управління Івано-Франківської облдержадміністрації, про повернення орендованого майна та стягнення 2819,30 грн. неустойки. В постанові зазначено, що за змістом ч. 2 ст. 785 Цивільного кодексу України, якщо наймач не виконує обов'язку щодо повернення речі, наймодавець має право вимагати від наймача сплати неустойки у розмірі подвійної плати за користування річчю за час прострочення[1]. У зв'язку з цим відсутність в договорі вказівок на відповідальність у вигляді неустойки не позбавляє кредитора права вимагати її сплати.

Неустойка буде вважатися законною, якщо в законі визначена не лише можливість її стягнення, але і безпосередні підстави застосування та розмір неустойки. Вказівки закону на те, що боржник несе відповідальність шляхом сплати кредитору неустойки, «розмір якої визначається умовами договору»[2], не робить таку неустойку законною. В цьому випадку, якщо сторони в договорі не передбачили забезпечення свого зобов'язання неустойкою, вона стягуватися не буде.

Законна неустойка може бути виражена виключно в грошовій формі (ч. 2 ст. 551 ЦК України). Розмір законної неустойки, закріпленої в нормативних актах, також не є імперативним. Частина 2 статті 551 ЦК України зазначає, що розмір неустойки, встановлений законом, може бути збільшений у договорі. Сторони можуть домовитися про зменшення розміру неустойки, встановленого актом цивільного законодавства, крім випадків, передбачених законом. Тобто якщо збільшення розміру законної неустойки договором можливо завжди, то зменшення її розміру допускається виключно у випадках, якщо це не заборонено законом.

На відміну від законної неустойки договірна неустойка характеризується тим, що питання про її встановлення вирішується безпосередньо сторонами договору. Сторони визначають сам факт встановлення неустойки за невиконання або неналежне виконання зобов'язання, її розмір умови застосування тощо.

Угода про неустойку, як і домовленості про забезпечення зобов'язань будь-якими іншими способами, має бути укладена в письмовій формі під загрозою її недійсності (ст. 547 ЦК України).

---

[1] Постанова Вищого господарського суду України від 24.05.2006 р. по справі № 3/234 // Система інформаційно-правового забезпечення ЛІГА:ЗАКОН.

[2] Див., напр.: Ст. 20 Закону України «Про страхування».

Розмір договірної неустойки визначається за домовленістю сторін та в цілому законодавством не обмежується. Виключенням з цього правила є грошові зобов'язання. Так, Законом України «Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань» встановлено, що розмір пені за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань не може перевищувати подвійної облікової ставки Національного банку України, що діяла у період, за який сплачується пеня.

§ 3. Стягнення (сплата) неустойки як міра цивільно-правової відповідальності

Неустойка, як і відшкодування збитків, відноситься до традиційних мір цивільно-правової, договірної відповідальності. Юридичний термін «неустойка» сам по собі підкреслює зв'язок цього правового інституту з фактом порушення боржником прийнятого на себе зобов'язання, а також вказує на основний характер змісту цього інституту — правовий наслідок такого порушення. Функцію відповідальності неустойка починає виконувати з моменту невиконання або неналежного виконання боржником свого зобов'язання, коли виявляється, що забезпечувальна функція неустойки не виконана або виконана не в повному обсязі.

Сплата неустойки як наслідок порушення зобов'язання визначена ст. 611 ЦК України. Як мірі цивільно-правової відповідальності неустойці властиві всі риси цивільно-правової відповідальності, визначені її предметом та методом правового регулювання, а саме:

— майновий характер (ЦК України визначає неустойку як грошову суму або іншу майнову цінність);

— надходження суми стягненої (сплаченої) неустойки на користь особи, право якої порушено;

— можливість бути передбаченою угодою сторін;

— залежність застосування до боржника неустойки від розсуду кредитору;

— компенсаційний характер;

— можливість виконання обов'язку сплатити неустойку правопорушником.

На відміну від загального виду цивільно-правової відповідальності — відшкодування збитків — для застосування якого необхідна наявність чотирьох умов: протиправної поведінки, шкоди (збитків), причинного зв'язку між протиправною поведінкою і шкодою та вини порушника, для покладення на боржника цивільно-правової

відповідальності у вигляді неустойки необхідною та достатньою є наявність лише двох умов:

а) протиправної поведінки;

б) вини боржника.

Наявність чи відсутність у кредитора збитків, а також причинний зв'язок між протиправною поведінкою та збитками, що виникли, не приймаються до уваги при вирішенні спору про стягнення з боржника суми неустойки (ч. 1 ст. 550 ЦК України).

Неустойка є самостійним видом цивільно-правової відповідальності та може застосовуватися незалежно від застосування кредитором інших видів відповідальності або інших забезпечувальних мір. Так, Постановою Вищого господарського суду України від 30 травня 2006 р. у справі 31/659 залишено без змін рішення Господарського суду м. Києва та Постанова Київського апеляційного господарського суду за позовом ЗАТ «АРС» до ТОВ «Мілітекс» про стягнення 103375,59 грн. неустойки.

В постанові зазначено, що залишаючи рішення без змін та відхиляючи доводи відповідача, апеляційний господарський суд зазначив про те, що реченням 1 п. 9.2 договору № 09/04-424РХ передбачено право позивача зупиняти відвантаження продукції до повного погашення заборгованості, у випадку порушення відповідачем строків оплати продукції і залізничного тарифу, а реченням 2 зазначеного пункту передбачено право позивача на стягнення неустойки, яке позивач може застосувати не в разі зупинення відвантаження продукції, як зазначає відповідач, а у випадку порушення відповідачем строків оплати продукції і залізничного тарифу, оскільки відповідно до норм чинного законодавства України неустойка застосовується кредитором до боржника в разі порушення останнім зобов'язання, при цьому право кредитора на стягнення неустойки не прив'язується до використання останнім будь-яких інших прав.

Чинне цивільне законодавство не забороняє визначення сторонами в договорі декількох видів забезпечення виконання зобов'язань. При цьому нарахування та стягнення неустойки (пені) в разі прострочення виконання зобов'язання є правом кредитора, реалізація якого жодним чином не залежить від застосування інших видів забезпечення виконання зобов'язання[1].

Співвідношення неустойки зі стягненням збитків визначається за загальним правилом, встановленим ст. 624 Цивільного кодексу. Суть цього загального правила полягає в тому, що якщо за порушення зобов'язання встановлено неустойку, то її стягують у повно-

[1] Постанова Вищого господарського суду України від 30.05.2006 р. по справі № 31/659 // Система інформаційно-правового забезпечення ЛІГА:ЗАКОН.

му розмірі понад відшкодування збитків (штрафна неустойка). Тобто на відміну від ЦК УРСР 1963 р., ЦК України визначає штрафну неустойку в якості загальної. Крім **штрафної** неустойки сторони угодою можуть передбачити і такі її види:

— **залікова** — неустойка, стягнення якої відбувається в залік відшкодуванню збитків. Тому кредитор додатково може звернутися з вимогою про відшкодування збитків у розмірі, не покритому неустойкою. Залікова неустойка є одним з найбільш популярних видів неустойки, що зустрічаються в договірній практиці;

— **виключна** — коли передбачається стягнення тільки неустойки без відшкодування збитків. Виключна неустойка є нормативно максимальним відшкодуванням, яке може отримати кредитор;

— **альтернативна** — коли передбачається можливість стягнення за вибором кредитора або неустойки, або збитків. На практиці такий вид неустойки майже не зустрічається.

У свою чергу, Господарський кодекс України (ст. 232) в якості загального положення встановлює правило про заліковий характер штрафних санкцій. Відповідно до ч. 1 ст. 232 ГК України, якщо за невиконання або неналежне виконання зобов'язання встановлено штрафні санкції, то збитки відшкодовуються в частині, не покритій цими санкціями. Штрафна, альтернативна або виключна неустойки застосовуються, якщо вони прямо передбачаються господарським договором.

Визнаючи сплату неустойки формою цивільно-правової відповідальності, законодавство разом з тим встановлює ряд обмежень при її застосуванні. Існуючі обмеження можна умовно розділити на дві основні групи:

1. Обмеження, що стосуються розміру неустойки, що стягується (сплачується) — нормативний та судовий способи;

2. Обмеження, які стосуються строків стягнення неустойки — позовної давності.

Існування в цивільному праві договірної неустойки та допущення визначення її розміру за домовленістю сторін нерідко призводить до надмірного завищення сторонами розміру такої неустойки. Особливо цьому сприяє нестабільна економіка та падіння грошового курсу. Значні «сплески» розміру неустойки (до 1000 % від суми договору або прогресивний зріст розміру неустойки по дням прострочення[1]) спостерігалися, за словами фахівців в період НЕПу, а також в часи економічної кризи та гіперінфляції 90-х років XX сторіччя. І навіть

[1] *Стучка П.И.* Курс советского гражданского права: Общая часть гражданского права. — М.: Издательство коммунистической академии, 1929. — С. 290

на сьогодні можна зустріти зобов'язання, які забезпечуються сторонами шляхом визначення дуже великих розмірів неустойки.

Науці та практиці цивільного права відомі два основні способи обмеження надмірно великого розміру неустойки. Ці способи можна умовно назвати «нормативний» та «судовий». Нормативним способом обмеження стягуваної неустойки є встановлення у нормативних актах якогось визначеного максимуму, за який неустойка не може виходити. Щодо судового способу, то він являє собою зменшення розміру неустойки за рішенням суду.

Нормативний спосіб обмеження існував в усі часи, хоча ніколи не набував широкого розповсюдження. В сучасний період найбільш значним нормативним актом, який встановлює нормативне обмеження розміру стягуваної неустойки, є Закон України «Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань» від 22 жовтня 1996 р. Цей закон у ст. 1 визначає, що «платники грошових коштів сплачують на користь одержувачів цих коштів за прострочення платежу пеню у розмірі, що встановлюється за згодою сторін». А вже ст. 4 цього самого Закону обмежує цей розмір подвійною обліковою ставкою НБУ.

Судове обмеження розміру стягуваної неустойки, тобто зменшення її розміру за рішенням суду, з'явився значно пізніше появи самої неустойки та її нормативного обмеження. На сьогодні можливість обмеження розміру неустойки в судовому порядку закріплена ч. 3 ст. 551 ЦК України, яка визначає, що « розмір неустойки може бути зменшений за рішенням суду, якщо він значно перевищує розмір збитків, та за наявності інших обставин, які мають істотне значення». Перелік обставин, що мають істотне значення, встановлюється судом в кожному конкретному випадку. Такими обставинами можуть бути ступінь виконання зобов'язання боржником (розмір заборгованості, термін прострочення тощо), фінансовий стан боржника, можливі наслідки застосування до нього неустойки у розмірі, що вимагається тощо. Зменшення розміру стягуваної неустойки є правом суду. Це право суд може реалізувати за власною ініціативою, причому на будь-якій стадії судового розгляду.

До другої групи обмежень для стягнення (сплати) неустойки можна віднести так зване часове обмеження, або перебіг строку позовної давності. Щодо позовів про стягнення неустойки законодавством визначений так званий скорочений строк позовної давності, який становить 1 рік (ч. 2 ст. 258 ЦК України). При цьому зазначений строк починається з моменту, коли кредитор дізнався або повинен був дізнатися про порушення боржником основного зобов'язання.

Стосовно пені як триваючої неустойки, строк позовної давності обчислюється щодо кожного дня нарахування пені окремо.

Дещо інші положення про строки давності по штрафним санкціям містить Господарський кодекс. Так, відповідно до ч. 6 ст. 232 нарахування штрафних санкцій за прострочення виконання зобов'язання, якщо інше не встановлено законом або договором, припиняється через шість місяців від дня, коли зобов'язання мало бути виконано.

Оскільки неустойка є мірою відповідальності за порушення зобов'язання, проценти на суму неустойки не нараховуються. Сплата неустойки не звільняє боржника від обов'язку виконати зобов'язання в натурі (ч. 1 ст. 552 ЦК України). Разом з тим закон не забороняє застосовувати неустойку в якості відступного та припиняти її сплатою основне зобов'язання. Правда, для цього необхідною буде спеціальна домовленість сторін зобов'язального правовідношення.

Глава 14
ПОРУКА

§ 1. Загальна характеристика правовідносин поруки

Порука є традиційним, одним із найдавніших інститутів цивільного права з тисячолітньою історією. Значну роль у розвитку цього інституту відіграло римське право. Воно сформувало основні положення та базові поняття про поруку, які в подальшому були відображені в законодавстві багатьох країн світу і які зараз можна віднайти в законодавстві України.

В радянський період розвитку нашої держави законодавство про поруку складалося всього з кількох статтей, а в літературі часто підкреслювалося, що порука як спосіб забезпечення виконання зобов'язань втратила своє значення через невідповідність принципам планування. Однак на сучасному етапі становлення ринкової економіки в Україні можна без сумніву стверджувати, що учасники цивільного обігу виявляють підвищену зацікавленість у застосуванні поруки як способу забезпечення зобов'язань. Це врахував і ЦК України, який розширив обсяг законодавчого регулювання поруки.

Значення цього забезпечувального інституту в сучасних умовах зумовлене тим, що не всі існуючі на сьогодні способи забезпечення зобов'язань справляються зі своєю забезпечувальною функцією. Зокрема, неустойка та завдаток не повною мірою здатні гарантувати інтереси кредитора у належному виконанні зобов'язань. Застава не може бути застосована у тих випадках, коли у боржника відсутнє майно, яке може бути передане у заставу. Саме цю нішу зайняла порука, яка не потребує наявності

будь-якого майна у боржинка, а інтерес кредитора забезпечується за допомогою залучення додаткового боржника, майнове становище і ділові якості якого не викликають сумнівів у кредитора. Власне, цим і гарантуються інтереси останнього, з'являється більша впевненість, що головне зобов'язання, яке забезпечене порукою, буде виконано, а у випадку невиконання, кредитору будуть відшкодовані збитки.

Згідно із ст. 553 ЦК України під порукою розуміється договір, за яким поручитель поручається перед кредитором боржника за виконання ним свого обов'язку.

У цивілістичній доктрині сформувалися різні підходи до визначення цього цивільно-правового інституту, які можна згрупувати таким чином: 1) порука — це додаткова умова про виконання зобов'язання[1]; 2) це грошова відповідальність[2]; 3) це будь-яка відповідальність: у вигляді здійснення за боржника його дій (майнового чи особистого характеру) або у вигляді винагороди кредитора за порушення його права[3]; 4) це — договір[4]; 5) це і договір, і відповідальність[5].

Порука має складну теоретичну природу, оскільки водночас є способом забезпечення зобов'язань, а також має зобов'язальний, договірний характер, тому необхідно зазначити про поширення на правовідносини поруки загальних положень про зобов'язання та про договори (Розділи I та II Книги п'ятої ЦК України).

Поруці як самостійному цивільно-правовому інституту притаманні ознаки, через які можна визначити його зміст та які вирізняють його серед схожих правових конструкцій. Зокрема, до ознак поруки слід віднести такі:

1. Перш за все необхідно зазначити, що порука реалізується на практиці шляхом укладення договору, який є єдиною підставою виникнення поручительських відносин згідно із діючим законодавством України.

2. Акцесорний (додатковий) характер поруки. Як вдало зазначив І. Б. Новицький, правовідносини поруки складаються з двох шарів зобов'язальних відносин: перший шар — основне зобов'язання між

---

[1] *Шершеневич Г. Ф.* Курс гражданского права. — Тула: Автограф, 2001. — С. 385.

[2] *Томашевич В. А.* Учебник законоведения для гимназий и реальных училищ. — М, 1915. — С. 114.

[3] *Мейер Д. И.* Русское гражданское право. — М.: Статут, 1997. — Ч. 2. — С. 187; *Анненков К.* Система русского гражданского права. — СПб., 1901. — Т. 3: Права обязательственные. — С. 260.

[4] *Новицкий И. Б., Лунц Л. А.* Общее учение об обязательстве. — М.: Госюриздат, 1950. — С. 256.

[5] *Иоффе О. С.* Обязательственное право. — М.: Юрид. лит., 1975. — С. 178.

кредитором і головним боржником і, в якості придатку до цього основного зобов'язання, другий шар — зобов'язання з договору поруки (між кредитором і поручителем)[1]. Із цим додатковим (акцесорним) характером зобов'язання за договором поруки пов'язані такі юридичні наслідки:

1) забезпечувальне зобов'язання наслідує долю основного;

2) недійсність основного зобов'язання тягне за собою припинення поруки;

3) із припиненням основного зобов'язання у зв'язку з його виконанням або з інших підстав (новація, зарахування зустрічних вимог, прощення боргу тощо) порука як додаткове зобов'язання також припиняється і відповідно зміна основного зобов'язання тягне за собою зміну додаткового (якщо це покращує становище поручителя) або є підставою для припинення поруки (якщо становище поручителя погіршується).

3. Дійсність вимоги (зобов'язання), що забезпечується порукою. Зазначена ознака безпосередньо пов'язана з попередньою і у вигляді загального правила знайшла своє відображення у ч. 2 ст. 548 ЦК України. Наслідком акцесорного характеру поруки є те, що договір поруки буде мати юридичне значення тільки тоді, коли має юридичну силу зобов'язання, ним забезпечене. Іншими словами, порука не може існувати, якщо відсутній предмет забезпечення.

4. Законодавством України визначено, хоча і не безумовно, ще одну ознаку поруки, а саме: солідарний характер відповідальності поручителя і боржника у випадку невиконання останнім свого обов'язку. Субсидіарний же характер поруки допускається у випадках, спеціально обумовлених в договорі.

5. Можливість забезпечення порукою будь-яких зобов'язань, як договірних, так і позадоговірних, в тому числі і додаткових.

Ця ознака випливає із правової природи поруки та ґрунтується на чинному законодавстві, яке не містить жодних обмежень щодо забезпечення порукою будь-яких зобов'язань. З огляду на зазначене, слід цілком погодитися з І. Б. Новицьким, що немає перешкод з принципової сторони до забезпечення також позадоговірного зобов'язання[2] та В. А. Бєловим, що не можна заборонити забезпечення порукою зобов'язання сплатити за векселем або чеком, відшкодувати завдану шкоду або повернути безпідставно набуте майно[3].

---

[1] *Новицкий И. Б., Лунц Л. А.* Зазнач. праця. — М., 1950. — С. 256.

[2] *Новицкий И. Б.* Поручительство: Научно-практический коментарий. — Харьков: Юридическое издательство НКЮ УССР, 1927. — С. 30.

[3] *Белов В. А.* Поручительство. Опыт теоретической конструкции и обобщение арбитражной практики. — М.: ЮрИнфоР, 1998. — С. 27.

Зокрема, судовою палатою у господарських справах Верховного Суду України розглядався спір про недійсність договору поруки, укладеного між ВАТ «Кременчуцький завод технічного вуглецю» та ВАТ «Хімекс». За умовами зазначеного договору ВАТ «Хімекс» виступило поручителем виконання зобов'язань Заводу за емітованими ним процентними облігаціями серії А № 000076-000150 включно на пред'явника із вільним обігом загальною номінальною вартістю 7 500 000, 00 грн.[1].

Водночас, як засвідчує практика, порука найширше застосовується для забезпечення договірних зобов'язань. Іноді до вирішення цього питання підходять ще вужче: наприклад, поруку розглядають як спосіб забезпечення повернення кредиту[2].

Виходячи з правової природи поруки як способу забезпечення зобов'язань, у випадку заявлення вимоги до поручителя, стягнення може бути звернено на все майно, що належить йому на праві власності. Тому виділення конкретних речей, на які може бути звернено стягнення у випадку невиконання основного зобов'язання боржником, не відповідає правовій природі поруки. У такому випадку слід застосовувати норми права про заставу, коли заставодавцем виступає не боржник за основним зобов'язанням, а третя особа — майновий поручитель.

На такій же позиції стоїть і судова практика. Так, у травні 2004 р. Акціонерний комерційний банк «Мрія» пред'явив в суді позов про визнання договору купівлі-продажу квартири недійсним, мотивуючи тим, що 14 червня 2002 р. між банком та ТОВ «Мірра» було укладено кредитний договір, за яким термін сплати боргу та відсотків за користування позикою визначався до 1 жовтня 2003 р. Для забезпечення виконання договору 14 червня 2002 р. між банком, з одного боку, та Л. і Г., з другого боку, було укладено договори поруки. Згідно з умовами договору поруки Л. надала банку право самостійно списати заборгованість із рахунків або звернути стягнення на майно.

Оскільки боржник та поручителі взятих на себе зобов'язань не виконали, банк 3 жовтня 2003 р. звернувся до суду з позовом про стягнення боргу, який було задоволено рішенням Луцького міського суду Волинської області та стягнуто на користь банку солідарно з Л. і Г. 203220 грн. заборгованості за кредитним договором.

1 жовтня 2003 р. Л. продала належну їй квартиру Д. Посилаючись на те, що з дня укладення кредитного договору спірна квартира стала предметом стягнення і не могла бути відчужена відповідач-

---

[1] Архів Верховного Суду України за 2006 р. — Справа № 3-3184к06.

[2] *Ефимова Л. Г., Новоселова Л. А.* Поручительство (гарантия) как способ обеспечения возврата кредита // Гражданско-правовое регулирование банковской деятельности. — М., 1994. — С. 129.

кою, позивач просив визнати договір купівлі-продажу недійсним, як такий, що укладений з порушенням вимог закону, та вилучити у покупця правовстановлюючий, реєстраційний і інші документи на квартиру, а також ключі.

Рішенням Луцького міськрайонного суду Волинської області від 15 листопада 2004 р., залишеним без змін ухвалою Апеляційного суду Волинської області від 4 березня 2005 р., позов задоволено: договір купівлі-продажу квартири, укладений 1 жовтня 2003 р. між Л. та Д. визнано недійсним, сторони повернуті в попередній стан.

Задовольняючи позов, суди виходили з того, що Л. умисно, не виконавши зобов'язання за договором поруки та бажаючи уникнути виконання своїх зобов'язань, ввела в оману як покупця Д., так і приватного нотаріуса, який посвідчив вказаний договір, не попередивши про право банку на її квартиру.

Ухвалою судової палати в цивільних справах Верховного Суду України постановлені у справі судові рішення скасовано з таких мотивів.

Право АКБ «Мрія», як кредитора, покласти відповідальність за невиконання зобов'язання боржником ТОВ «Мірра» на Л., як на поручителя, було захищено рішенням Луцького міського суду Волинської області про стягнення на його користь солідарно з Л. і Г. боргу за кредитним договором в сумі 203220 грн. 34 коп.

Висновок суду про наявність у АКБ «Мрія» права на належну Л. спірну квартиру не ґрунтується на матеріалах справи і суперечить умовам договору поруки.

Відповідальність сторін за невиконання зобов'язань за кредитним договором була визначена розділом 3 укладеного між сторонами договору поруки від 14 червня 2002 р. Згідно з умовами цього договору Л. взяла на себе відповідальність сплатити всю заборгованість за кредитним договором, а також пеню за кожний день прострочення.

Таким чином, обмеження на відчуження належного Л. майна договором поруки не обумовлювалось[1].

Для визначення правової природи поруки дуже важливим є питання про зміст основного обов'язку поручителя, що випливає з договору поруки, вирішення якого пов'язується із тлумаченням законодавчого формулювання «поручитель **відповідає** за виконання зобов'язання боржника».

Незважаючи на достатній інтерес до цієї проблеми та різноманітну аргументацію наукових позицій, в літературі немає одностайності при його вирішенні. Із прийняттям ЦК України окреслена проблема набула нового звучання.

---

[1] Архів Верховного Суду України за 2006 р. — Справа № 6-9041кс05.

Одні цивілісти, серед яких можна назвати І. Б. Новицького, М. І. Брагінського та В. В. Вітрянського, І. Спасібо-Фатєєву, П. М. Фєдосєєва, визначають термін «відповідальність поручителя» у **вузькому**, власному значенні цього слова — як відповідальність за невиконання (неналежне виконання) забезпеченого порукою зобов'язання боржника, що проявляється у відшкодуванні збитків, сплаті санкцій, а за грошовими зобов'язаннями також і сплаті процентів за користування грошовими коштами[1].

У той же час ряд інших вчених наполягають на **широкому** трактуванні відповідальності поручителя, розуміючи її як обов'язок поручителя виконати те саме, до чого зобов'язаний боржник відповідно до умов основного зобов'язання: ще одне зобов'язання за змістом тотожне основному, боржником в якому є поручитель. Таку позицію відстоювали видатні дореволюційні цивілісти, зокрема, Г. Ф. Шершеневич[2], К. П. Побєдоносцев[3], Д. І. Мейєр[4], а також наші сучасники — М. І. Брагінський[5], О. О. Богатих[6]. Зустрічаються і інші, «проміжні», позиції: «поручитель, дізнавшись, що основне зобов'язання боржника не виконано або виконано неналежним чином, може за своїм вибором або виконати зобов'язання боржника в натурі, тобто надати кредитору саме те, про що зобов'язувався боржник, або сплатити кредитору суму, яка повністю покривала б кредитору всі збитки, викликані невиконанням»[7].

Така неузгодженість була результатом того, що, визначаючи поруку як відповідальність за виконання зобов'язання боржником, в наступних статтях законодавець говорив про «виконання зобов'язання» поручителем.

---

[1] *Новицкий И. Б., Лунц Л. А.* Общее учение об обязательстве. — М.: Госюриздат, 1950. — С. 257; *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Книга первая: Общие положения. — М.: Статут, 2000. — С. 577; *Спасибо-Фатєєва І.* Порука і гарантії як способи забезпечення зобов'язань // Підприємництво, господарство і право. — 2002. — № 3. — С. 22; *Фєдосєєв П. М.* Інститут поруки за римським правом та його рецепція у цивільному праві України: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. — Одеса, 2002. — С. 115—116.

[2] *Шершеневич Г. Ф.* Курс гражданского права. — Тула: Автограф, 2001. — С. 385.

[3] *Победоносцев К. П.* Курс гражданского права. — М.: Статут, 2003 — Т. 3. Договоры и обязательства. — С. 287.

[4] *Мейер Д. И.* Русское гражданское право. — М.: Статут, 1997. — Ч. 2. — С. 187.

[5] *Брагинский М. И.* Обязательства и способы их обеспечения: неустойка, залог, поручительство, банковская гарантия (Комментарий к новому ГК РФ). — М.: АО «Центр деловой информации», 1995. — Вып. 1. — С. 69.

[6] *Богатых Е. А.* Гражданское и торговое право: от древнего римского к современному российскому. — М., 1996. — Ч. 1. — С. 150.

[7] *Звягинцева М.* Об ответственности поручителя // Законодательство и экономика. — 2000. — № 5. — С. 21.

Не вніс ясності у вирішення вказаного питання і ЦК України. У статті 553 цього кодексу запропоновано наступне формулювання: «поручитель **поручається** перед кредитором боржника за виконання ним свого обов'язку». При цьому використаний законодавцем термін «поручається» не розкриває суті основного обов'язку поручителя за договором поруки і в кінцевому випадку зводиться до питання «відповідальності поручителя», оскільки в наступних статтях ЦК України законодавець повертається до усталеного терміна «відповідальність» і поряд з цим вживає термін «виконання поручителем зобов'язання боржника».

Варто відзначити, що на сьогодні домінуючою є перша точка зору. На думку О. А. Загорулько та І. Й. Пучковської сутність поруки полягає у тому, що поручитель зобов'язується нести відповідальність у разі невиконання останньою її обов'язку перед кредитором. Поручитель не зобов'язаний виконувати обов'язок боржника за основним зобов'язанням. Реальне виконання останнього іншою особою часто буває взагалі неможливим[1]. Російські вчені також розглядають зміст зобов'язання поручителя як «обов'язок відшкодувати кредитору в грошовій формі те, що не виконав боржник»[2]. Несприйняття позиції науковців щодо визначення відповідальності поручителя у широкому значенні пояснюється таким. На їх погляд, така концепція призводить до неможливості використовувати у зобов'язаннях особистого характеру (виступ на концерті, написання картини тощо), оскільки поручитель не може самостійно вчинити ці дії у випадку невиконання вказаного обов'язку боржником.

Виходячи з норм чинного законодавства підстави для протилежного висновку дає аналіз ст. 554 ЦК України, в якій зазначається, що поручитель відповідає «в тому числі і за сплату основного боргу», законодавець таким чином розширив межі відповідальності поручителя: поручившись за грошове зобов'язання, поручитель безспірно буде зобов'язаний його виконати.

Водночас недоцільно заперечувати існування так званих непередаваних зобов'язань, які не зможе виконати поручитель в силу їх тісного зв'язку з особою боржника. Можна виділити принаймні три групи таких непередаваних зобов'язань: 1) зобов'язання, що носять особистий характер; 2) негативні зобов'язання, предметом яких є утримання від вчинення певних дій; 3) зобов'язання, предметом яких є індивідуально-визначена або незамінна річ.

---

[1] Цивільне право України: Підручник: У 2 т. / За ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — Т. 2. — С. 36.

[2] *Новоселова Л. А.* Проценты по денежным обязательствам. — М.: Статут, 2003. — С. 134; Гражданское право: Учебник: В 2 т. / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — М. : ООО «ТК Велби», 2002. — Т. 1. — С. 527.

Таким чином, при забезпеченні порукою вищеперерахованих непередаваних зобов'язань у випадку невиконання або неналежного виконання боржником поручитель зобов'язаний лише відшкодувати шкоду та (або) сплатити неустойку. На нього не може бути покладено обов'язок виконати зобов'язання замість боржника. В усіх інших випадках поручитель зобов'язаний здійснити виконання замість боржника, а також відшкодувати шкоду в повному обсязі та (або) сплатити неустойку, якщо в договорі не буде вказано інше.

Застосувавши такий підхід, наприклад, немає підстав заперечувати можливість укладення договору поруки для забезпечення зобов'язання з виконання робіт, надання послуг, страхування тощо, згідно з яким поручитель має виконати замість боржника його зобов'язання. Безсумнівно, якщо для цього необхідною є ліцензія чи будь-який інший спеціальний дозвіл, то він є обов'язковим і для поручителя. Скажімо, одна будівельна компанія за договором підряду зобов'язується побудувати будинок. Інша ж будівельна організація, що має відповідну ліцензію, за договором поруки зобов'язується побудувати (добудувати) цей же будинок, якщо цього не зробить перша компанія.

Поруці як способу забезпечення зобов'язання притаманні такі **функції**:

а) *забезпечувальна:* основна функціональна спрямованість поруки поряд з іншими способами забезпечення зобов'язань — створити такі умови, за яких досягається основна мета, заради якої виникають зобов'язання, — їх реальне та належне виконання.

Особливістю реалізації вказаної функції у правовідносинах поруки є те, що інтерес кредитора в отриманні належного виконання зобов'язання забезпечується завдяки покладенню зобов'язання боржника на третю особу — додаткового боржника (поручителя). Крім того, порукою забезпечуються не лише інтереси кредитора, а й боржника. Так, основну ціль поруки І. Б. Новицький вбачав у «забезпеченні кредитора і у зв'язку з цим — у полегшенні можливості для боржника отримати кредит»[1];

б) *стимулююча*: говорячи про способи забезпечення зобов'язань, більшість науковців в першу чергу вказують, що головне їхнє призначення — «стимулювання боржника до виконання зобов'язання»[2].

---

[1] *Новицкий И. Б.* Поручительство: Научно-практический коментарий. — Харьков: Юридическое издательство НКЮ УССР, 1927. — С. 5.

[2] *Луць В. В.* Контракти у підприємницькій діяльності. — К.: Юрінком Інтер, 1999. — С. 53; *Новицкий И. Б., Лунц Л. А.* Общее учение об обязательстве. — М., 1950. — С. 233.

При цьому під стимулом розуміють спонукання, поштовх до будь-яких дій, зацікавленість у здійсненні будь-чого[1].

У літературі переважаючою є думка, що при укладенні договору поруки безпосередньої мети стимулювати боржника до виконання зобов'язання немає[2], оскільки, «... боржник нічого не втрачає — він віддає поручителю, що виконав за нього зобов'язання, те саме, що повинен був віддати кредитору. Тому після укладення договору поруки і до порушення основного зобов'язання боржником ефективність стимулюючої функції поруки наближається до нуля»[3].

На наш погляд, відкидати дію стимулюючої функції поруки в цілому не можна, оскільки, як вказує О. В. Латинцев, відсутність цієї ознаки не дозволяє кваліфікувати правовий інститут в якості способу забезпечення[4]. Водночас слід визнати, що у правовідносинах поруки вона знаходить свій специфічний вияв: в основному роль стимулу відіграють заходи неправового характеру. Зокрема, про її дію деякою мірою можна говорити у випадку, коли поручителем виступає особа, характер взаємовідносин з якою спонукає боржника до виконання основного зобов'язання. Наприклад, коли роботодавець поручається за свого працівника і останній не зацікавлений у погіршенні з ним стосунків, бо це в кінцевому результаті може призвести до втрати працівником престижної роботи тощо;

в) *компенсаційна функція* знаходить свій прояв у випадках, коли поручитель за договором поруки зобов'язався нести відповідальність за невиконання чи неналежне виконання основного зобов'язання боржником у формі відшкодування збитків та (або) сплати неустойки. У цій ситуації порука спрямована не на забезпечення інтересу кредитора у реальному виконанні зобов'язання, а на компенсацію невиконаного у грошовому еквіваленті. М. Ройтберг вважає, що «... повна забезпеченість зобов'язання досягається саме через компенсаційну функцію, властиву заставі, поруці і гарантії»[5];

г) *захисна (гарантійна) функція* пов'язана з тим, що порука покликана захищати інтереси кредитора у випадку порушення

---

[1] *Сорокина С. Я.* Способы обеспечения исполнения гражданско-правовых обязательств между социалистическими организациями. — Красноярск, 1989. — С. 5.

[2] *Гонгало Б. М.* Общие положения учения об обеспечении обязательств и способах обеспечения обязательств // Цивилистические записки. Межвузовский сборник научных трудов. — М.: Статут, 2001.— С. 87, 92.

[3] *Гонгало Б. М.* Учение об обеспечении обязательств. — М.: Статут, 2002. — С. 94.

[4] *Латынцев А. В.* Обеспечение исполнения договорных обязательств. — М.: Лекс-Книга, 2002. — С. 8.

[5] *Ройтберг М.* Обеспечительные функции договорных обязательств в условиях рынка // Предпринимательство, хозяйство и право. — 2000. — № 10. — С. 20.

зобов'язання боржником. Захист майнового (грошового) інтересу кредитора відбувається головним чином за допомогою залучення додаткового боржника (поручителя) на випадок невиконання або неналежного виконання свого обов'язку основним боржником.

Таким чином, функціональне призначення поруки залежить від стадії існування цього забезпечувального правовідношення: до моменту порушення основного зобов'язання порука спрямована на стимулювання боржника до виконання взятих на себе обов'язків, а з моменту невиконання чи неналежного виконання, — на забезпечення і захист інтересів кредитора та компенсацію його майнових втрат.

Отже, *поруку можна визначити як акцесорне зобов'язання, згідно з яким поручитель поручається перед кредитором третьої особи (боржника) за виконання останнім його зобов'язання, а у разі його невиконання чи неналежного виконання — зобов'язується виконати зобов'язання боржника та (або) нести цивільно-правову відповідальність у формі відшкодування збитків та (або) сплати неустойки.*

§ 2. Види поруки

Різноманітні правові моделі побудови правовідносин поруки, які передбачені в чинному цивільному законодавстві, а також мають місце на практиці, можуть бути класифіковані із застосуванням різних критеріїв поділу.

1. Залежно від змісту основного обов'язку поручителя існують:

• **заміщаюча порука**, або **порука-виконання** — має місце, коли поручитель бере на себе зобов'язання виконати обов'язок боржника в натурі (сплатити грошову суму, виконати роботи, надати послуги замість боржника);

• **компенсаційна порука**, або **порука-відповідальність** — має місце, коли поручитель бере на себе обов'язок лише відшкодувати кредитору заподіяні невиконанням або неналежним виконанням збитки, сплатити неустойку, проценти тощо, проте не бере зобов'язання щодо виконання основного обов'язку боржника;

• **заміщаючо-компенсаційна порука —** має місце, коли поручитель бере на себе обов'язок виконати зобов'язання, яке забезпечується, в натурі, а також відшкодувати заподіяні невиконанням або неналежним виконанням збитки, сплатити проценти, неустойку тощо.

2. Залежно від обсягу зобов'язання поручителя порука може бути:

• **повна —** існує за умови, що поручитель взяв на себе обов'язок виконати зобов'язання за боржника повністю, без жодних обмежень.

Варто зазначити, що в жодному випадку поручитель не може зобов'язатися в обсязі, що перевищує обсяг основного зобов'язання боржника, оскільки додаткове зобов'язання не може перевищувати основного. Тому навіть якщо поручитель через будь-які причини поручився в обсязі більшому, ніж боржник, він буде відповідати перед кредитором тільки в межах основного зобов'язання;

• **часткова** — виникає тоді, коли поручитель поручився не за все зобов'язання боржника, а лише в певній частині, обмеженій наперед визначеним обсягом (сумою, кількістю, обсягом робіт, послуг тощо). Наприклад, поручитель зобов'язується відшкодувати кредитору збитки в розмірі, що не перевищує 10 000 грн. або сплатити відсотки за користування кредитом, але не більше як 110 % річних тощо.

3. Залежно від черговості заявлення вимог кредитора порука може бути:

• **солідарна,** за якої кредитор вправі вимагати виконання як від боржника та поручителя разом, так і від кожного з них окремо, причому як повністю, так і в частині боргу. Таким чином, сутність солідарного обов'язку поручителя та боржника полягає у тому, що кожен з них, до кого пред'явлена вимога кредитора, повинен виконати зобов'язання у повному обсязі. При цьому кредитор, вирішуючи питання щодо пред'явлення вимоги до боржника та поручителя разом чи до кожного з них окремо, діє на свій власний розсуд та не зобов'язаний дотримуватись будь-якої послідовності;

• **субсидіарна,** за якої кредитор вправі вимагати виконання від поручителя лише після звернення з відповідною вимогою до основного боржника і лише у випадку, якщо той відмовився від її задоволення, задовольнив її частково або якщо кредитор не отримав на неї відповіді в розумний строк.

4. За характером відносин між поручителем і боржником та критерієм відплатності порука поділяється на:

• **некомерційна,** при якій наявність фактичних відносин між боржником і поручителем має значення для її виникнення. Такі відносини можуть мати як цивільно-правовий, так і інший характер. Наприклад, сімейні (родинні) зв'язки, трудові відносини — роботодавець і працівник, відносини підпорядкування тощо. Вони можуть базуватися на договорі страхування, договорі про спільну діяльність, членстві в організації, інших правових засадах. У зазначених випадках порука як правило надається на безвідплатній основі.

Слід звернути увагу, що на правове регулювання поруки характер взаємовідносин між поручителем і боржником не впливає. На-

віть незаконність правочину між боржником і поручителем, що був підставою видачі поруки, не впливає на дійсність договору поруки. Проте наявність чи відсутність таких взаємовідносин істотно впливає на можливість отримати відплатну чи безвідплатну поруку. Так, наявність договірних, дружніх, родинних і інших відносин між боржником і майбутнім поручителем може бути підставою для отримання безвідплатної поруки. У протилежному випадку боржнику нічого не залишається, як тільки звертатися до спеціальних (професійних) суб'єктів, які надають поруку виключно на відплатній основі;

• **комерційна,** або **фінансова,** що здійснюється на платній основі суб'єктами, для яких надання поруки є видом їх підприємницької діяльності з метою отримання прибутку. Фактичні взаємовідносини боржника та поручителя у цьому випадку не мають жодного значення і на умови поруки ніяким чином не впливають. Тут діє виключно заінтересованість боржника у отриманні поруки та можливість одержати прибуток від її надання зі сторони поручителя.

В умовах сьогодення вона набула значного поширення. Як свідчить договірна практика найчастіше порукою забезпечуються грошові зобов'язання, що виникають із кредитних договорів. Останнім часом великого значення набула порука зі сторони банків, для яких укладення договорів поруки є одним із видів банківських операцій[1]. До того ж порука стала професійним інструментом на ринку фінансових послуг. У зв'язку з чим на практиці досить часто вживається новий термін — «фінансова порука».

Фінансовій (комерційній) поруці притаманні такі характерні ознаки, які у сукупності визначають її правову сутність:

1) зобов'язання поручителя за договором фінансової поруки носить грошовий характер і зводиться до сплати грошової суми кредитору. Правова природа цієї суми може бути різною: безпосереднє виконання грошового зобов'язання боржника, сплата неустойки, процентів за користування чужими грошовими коштами, відшкодування збитків тощо;

2) фінансова порука — це вид послуги, що надається на засадах підприємництва з метою одержання прибутку і на професійній основі;

3) спеціальний суб'єктний склад у договорі фінансової поруки на стороні поручителя:

• фінансові установи — банки, кредитні спілки, ломбарди, лізингові компанії, довірчі товариства, страхові компанії, установи

[1] Стаття 47 Закону України «Про банки і банківську діяльність» від 7 грудня 2000 року № 2121 // Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 5. — Ст. 30.

накопичувального пенсійного забезпечення, інвестиційні фонди і компанії та інші юридичні особи, виключним видом діяльності яких є надання фінансових послуг. Всі вищеперелічені суб'єкти, крім банків, професійних учасників фондового ринку, інститутів спільного інвестування в частині їх діяльності на фондовому ринку, фінансових установ, які мають статус міжурядових міжнародних організацій, Державного казначейства України та державних цільових фондів зобов'язані зареєструватися в Державній комісії з регулювання ринків фінансових послуг та отримати свідоцтво[1];

- юридичні особи;
- фізичні особи—підприємці.

Виділення спеціальногоо суб'єктного складу пов'язано з професійною діяльністю цих суб'єктів в сфері підприємництва;

4. Відплатність фінансової поруки;

5. Спеціальне правове регулювання:

- Закон України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» від 12 липня 2001 р. № 2664-III (із змінами, внесеними згідно із Законом № 485-IV від 6 лютого 2003 року)[2]. Відповідно до ст. 4 цього Закону порука є одним із видів фінансових послуг[3];
- розпорядження Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг України від 31 березня 2006 р. № 5555 «Про можливість надання юридичними особами — суб'єктами господарювання, які за своїм правовим статусом не є фінансовими установами, фінансових послуг з надання коштів у позику та надання поручительств»[4].

Отже, **фінансову (комерційну) поруку** можна визначити як особливий вид фінансових послуг, що надається фінансовими установами, юридичними особами або фізичними особами—підприємцями (поручителі), які поручаються перед кредитором третьої особи (боржника) виконати основне грошове зобов'язання, проценти за користування чужими грошовими коштами, сплатити неустойку, відшкодувати збитки замість боржника і надають поручительські

---

[1] Розпорядження Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг України від 28.08.2003 № 41 «Про затвердження Положення про Державний реєстр фінансових установ» // Офіційний вісник України. — 2003. — № 38. — С. 193.

[2] Відомості Верховної Ради України. — 2002. — № 1. — Ст. 1.

[3] В Законі вжито термін «поручительство», що не відповідає ні вживаному раніше в ЦК УРСР, ні закріпленому в чинному ЦК України терміну «порука», а тому потребує відповідної зміни.

[4] Офіційний вісник України. — 2006. — № 17. — С. 113.

послуги систематично на відплатній основі з метою отримання прибутку.

5. Види поруки, пов'язані з множинністю осіб на стороні поручителя[1]:

• **співпорука** має місце тоді, коли два або більше поручителі поручилися за боржника спільно. В межах даного виду поруки слід виділити три можливі варіанти взаємовідносин сторін:

а) *співпорука в повному обсязі* має місце тоді, коли два або більше поручителі поручилися за боржника спільно за одним договором поруки і кожен з них поручився за все зобов'язання боржника в цілому. В зазначеному випадку застосуванню підлягатиме норма ч. 3 ст. 554 ЦК України, яка визначає, що за загальним правилом особи, які спільно поручилися по одному і тому самому зобов'язанню, несуть солідарну відповідальність. Це означає, що у випадку невиконання боржником зобов'язання кредитор має право вимагати повного задоволення від будь-якого поручителя.

Питання про відповідальність поручителів, які поручилися за виконання одного і того самого головного зобов'язання незалежно один від одного за різними договорами поруки на сьогодні залишається неврегульованим.

Осіб, які поручилися незалежно одна від іншої за одного і того самого боржника за різними договорами поруки, не можна вважати солідарними боржниками із тих міркувань, що відсутня пряма законодавча вказівка на солідарність їхніх зобов'язань, яка згідно із ст. 541 ЦК України обов'язково повинна існувати. У той же час солідарність може бути передбачена у договорі.

З огляду на вищевказане, у випадку невиконання або неналежного виконання основного зобов'язання, забезпеченого кількома незалежними один від одного договорами поруки, кредитор має право пред'явити вимогу до будь-кого з них або до всіх одночасно. Проте при цьому поручитель, який виконав зобов'язання боржника, не набуває права на регресний позов до іншого поручителя як це передбачено ч. 1 ст. 544 ЦК України для солідарних боржників.

Як випливає із ч. 3 ст. 554 ЦК України, сторони договору поруки з множинністю осіб на стороні поручителя можуть передбачити часткову (дольову) відповідальність співпоручителів, а також субсидіарну відповідальність одного чи кількох з них. Таким чином можна виділити:

---

[1] Запропонована класифікація базується на положенні ч. 3 ст. 553 ЦК України, згідно з яким за виконання одного і того самого зобов'язання може поручитися як одна особа, так і кілька осіб.

б) *часткову співпоруку*, яка має місце тоді, коли зобов'язання боржника розподіляється між поручителями таким чином, що кожен з них ручається тільки в певній частині;

в) *співпоруку із субсидіарною відповідальністю одного чи кількох співпоручителів*. Наприклад, договором поруки може бути визначена субсидіарна відповідальність одного із співпоручителів і в той же час солідарна з боржником відповідальність інших. Не виключається виділення серед суб'єктів, що спільно поручилися, особи, до якої в першу чергу повинна бути звернена вимога кредитора у випадку невиконання з боку боржника (інші особи, які беруть участь у договорі на стороні поручителя, несуть відповідальність додатково до відповідальності вказаної особи (субсидіарну відповідальність)[1];

• **порука за поруку**, або **подвійна порука**, також має місце тоді, коли праву кредитора кореспондує обов'язок декількох поручителів, проте в даному випадку порукою забезпечується зобов'язання поручителя, а не боржника (як при співпоруці).

Правова природа поруки за поруку нічим не відрізняється від звичайної поруки, лише з тією особливістю, що вона залежить не тільки від першої поруки, але і від забезпеченого нею (першою порукою) основного зобов'язання. Другий поручитель зобов'язується перед кредитором (а не перед першим поручителем) у тому, що у разі невиконання першим поручителем зобов'язання боржника, це виконнаня буде здійснено ним (другим поручителем). Таким чином, при подвійній поруці існує два договори поруки, але предмет забезпечення у кожному з них різний. Наприклад, А. позичив у В. певну грошову суму, за сплату визначеної її частини поручився С., а за С. поручився Д.: відповідальність Д. як поручителя поширюється не на всю суму боргу, а лише на ту її частину, за яку поручився С.

Варто зауважити, що при поруці за поруку кількість поручителів не обмежується двома. За поручителя може ручатися друга особа, а за цього другого поручителя може бути надана ще одна порука і т. д.;

• **зворотна порука** має місце тоді, коли забезпечується зобов'язання боржника перед поручителем, що виконав свій обов'язок за договором поруки. Фактично за цим договором нова особа («зворотний поручитель») поручається за те, що поручитель, який виконав зобов'язання за боржника, заявивши зворотну вимогу, дійсно отримає задоволення. Відповідно, схема взаємовідносин між ними буде такою: А. виступає перед Б. поручителем В., а Г. виступає перед А. поручителем за те, що якщо А буде змушений здійснити виконання на користь Б., його зворотна вимога до В. буде задоволена.

---

[1] *Гонгало Б. М.* Учение об обеспечении обязательств.: — М.: Статут, 2002. — С. 103.

§ 3. Договір поруки

Згідно зі ст. 553 ЦК України порукою є договір, за яким поручитель поручається перед кредитором боржника за виконання ним свого обов'язку.

Виходячи з наведеного визначення, підставою виникнення поруки є саме договір. Одностороннє зобов'язання особи відповідати за невиконання або неналежне виконання боржника не може бути визнано підставою виникнення правовідносин поруки. Так, значення поруки не можуть мати листи, характеристики і довідки про високу платоспроможність боржника, аудиторський висновок аналогічного змісту, рекомендації і інші документи.

Договірний характер зобов'язання поручителя, очевидно, обумовлений особливістю цього зобов'язального правовідношення, яке полягає в тому, що в силу зобов'язання поруки на поручителя покладається обов'язок майнового характеру, виконання якого вимагає значних матеріальних затрат. Саме з цим пов'язана необхідність його виникнення на підставі договору, в якому виражається воля особи на прийняття поруки, — договору поруки.

В теорії цивільного права питання про те, між ким повинен бути укладений договір, щоб його можна було вважати договором поруки, вирішується неоднозначно. В договірній практиці зустрічаються такі варіанти його оформлення:

1) між поручителем і кредитором без участі головного боржника (поряд із ним може існувати договір між майбутнім поручителем і заінтересованою в поруці особою — кредитором або боржником);

2) включення умови про поруку як складової частини основного договору, що підписується трьома сторонами: кредитором, боржником і поручителем;

3) укладення окремого договору поруки між кредитором, боржником і поручителем, що існує поряд з основним.

Як випливає зі ст. 553 ЦК України для дійсності договору поруки необхідною (і достатньою) слід вважати участь у ньому лише кредитора і поручителя. Договір поруки не передбачає виникнення або, навпаки, припинення будь-яких прав та обов'язків боржника. Він зазвичай лише здійснює підготовчі дії до укладення договору поруки, підшукуючи поручителя і одержуючи його згоду. Боржник має певні права та несе обов'язки у правовідносинах поруки, зокрема за ст. 557 ЦК України, але вони ґрунтуються виключно на законі та реалізуються на підставі юридичного складу — сукупності юридичних фактів: наявність договору поруки між кредитором і поручителем; невиконання боржником свого зобов'язання перед кредитором; виконання, здійснене поручителем за боржника.

При такому варіанті оформлення договору поруки може трапитися так, що боржнику взагалі не буде відомо про його укладення. Зважаючи на це, на наш погляд, на поручителя та/або кредитора слід покласти обов'язок поінформувати боржника у письмовій формі про факт укладення договору поруки між ними. На думку розробників проекту ЦК України, така поінформованість значною мірою відповідатиме принципу добросовісності, оскільки боржнику буде відомо про можливість зміни кредитора у разі невиконання боржником своїх зобов'язань. Відтак це унеможливить акумулювання вимог до боржника без його відома третьою особою, яка зацікавлена в отриманні контролю над боржником[1].

Правова природа договору поруки між поручителем та боржником, згідно з яким поручитель зобов'язується перед боржником нести відповідальність перед кредитором останнього за порушення ним (боржником) свого зобов'язання в юридичній літературі визначалася по-різному. За словами В. А. Бєлова, в даному випадку має місце «договір особливого типу (sui generis); очевидно — особливий тип договору на користь третьої особи»[2].

Виходячи із норм чинного цивільного законодавства із наведеною характеристикою погодитись не можна. Так, по-перше, у ст. 511 ЦК України закріплено презумпцію про те, що зобов'язання як цивільно-правовий зв'язок між кредитором і боржником не може створювати обов'язку для третьої особи. На користь третьої особи (кредитора у поручительських правовідносинах) можна виговорити лише права, якими ця особа може скористатися, а може і відмовитися від них. У жодному разі не можна без її згоди покласти на неї цивільно-правовий обов'язок. Як випливає зі ст. 556 ЦК України, у кредитора виникають не тільки права, а й обов'язки. По-друге, згідно із ст. 636 ЦК України, якщо особа, яка уклала договір, обумовила виконання зобов'язання, що виникло з договору, третій особі, то, якщо інше не передбачено в договорі і не випливає з його змісту, виконання може вимагати як особа, що уклала договір, так і третя особа, на користь якої передбачено виконання. Проте боржник за основним зобов'язанням не має права вимагати від поручителя виконання договору поруки на свою користь. Протилежний висновок неминуче призвів би до нівелювання правового призначення поруки як засобу забезпечення інтересів кредитора, а не боржника.

---

[1] Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар / За ред. розробників проекту Цивільного кодексу України. — К.: Істина, 2004. — С. 403.

[2] *Белов В. А.* Поручительство. Опыт теоретической конструкции и обобщения арбитражной практики. — М., 1998. — С. 31. Аналогічну позицію підтримує В. В. Луць. (*Луць В. В.* Контракти у підприємницькій діяльності. — К.: Юрінком Інтер, 1999. — С. 55).

Варто зазначити, що ч. 2 ст. 576 проекту ЦК України надавала можливість оформити поруку як договір, що укладається між основним боржником і поручителем на користь третьої особи — кредитора з основного боргу[1]. Як уже зазначалося, такий договір в жодному випадку не можна вважати договором поруки, тому цілком правомірно до нового ЦК України ця норма не була включена.

Заперечення викликає також характеристика договору, укладеного між боржником і особою, що дала згоду бути поручителем, як попереднього про укладення у майбутньому договору поруки (з кредитором)[2].

Вбачається, що за своїм змістом — це договір про надання послуг, де замовником може виступити як боржник, так і кредитор (залежно від того, хто з них більше заінтересований у поруці), а виконавцем — поручитель. Умовно його можна іменувати як «договір про надання поручительських послуг» за аналогією з договорами про надання інших видів послуг (аудиторських, консалтингових, юридичних тощо). На підтвердження даної позиції можна навести законодавче положення ст. 558 ЦК України, яка говорить про право поручителя на оплату *наданих ним послуг.* Цей договір підпадає під дію глави 63 ЦК України «Послуги. Загальні положення» і може бути як відплатним, так і безвідплатним.

Предмет вказаного договору складатимуть поручительські послуги, надання яких передбачає обов'язок виконавця (майбутнього поручителя) укласти договір поруки, оскільки порука може надаватися виключно на підставі договору.

Поширеною у договірній практиці є також конструкція, при якій поряд із основним договором укладається також і договір поруки за участі трьох суб'єктів — кредитора, поручителя і боржника[3]. Даючи правову оцінку такого роду договору, слід передусім зважити на те, що в рамках вказаної договірної моделі під урегулювання підпадають відносини двох видів:

- між кредитором і поручителем щодо встановлення обов'язку останнього нести відповідальність за виконання боржника;
- між боржником та поручителем щодо встановлення обов'язку боржника оплатити надану поруку.

---

[1] Цивільний кодекс України. Проект від 25 серпня 1996 р., прийнятий Верховною Радою України в першому читанні 5 червня 1997 р. // Українське право. — 1999. — № 2.

[2] *Новицкий И. Б., Лунц Л. А.* Общее учение об обязательстве. — М., 1950. — С. 256.

[3] Зразок договору поруки, сторонами якого є кредитор, поручитель і боржник // Луць В. В. Контракти у підприємницькій діяльності. — К.: Юрінком Інтер, 1999. — С. 548—550.

Такому договору притаманні ознаки **змішаного**, тобто такого, який опосередковує два або кілька видів різнорідних відносин і об'єднує умови, які є необхідними для формування зобов'язань різних типів, а його правове регулювання здійснюється нормами, які відносяться до кожного із об'єднаних в ньому договірних типів. Таким чином, стосовно поруки застосуванню підлягатимуть норми, які регулюють договір поруки та договір про надання послуг.

Вищенаведене стосується також випадків включення умови про поруку як складову частину основного договору, підписаного трьома сторонами: кредитором, боржником і поручителем, який, як уже зазначалося, зустрічається у договірній практиці поряд із договором поруки у формі окремого документа.

Договір поруки традиційно вважався одностороннім: на стороні кредитора — право вимоги до поручителя нести відповідальність за боржника, на стороні поручителя — обов'язок таку відповідальність нести[1].

Такий висновок цілком узгоджується із сучасним правовим регулюванням, навіть незважаючи на те, що на кредитора відповідно до ст. 556 ЦК України покладено обов'язок вручити поручителю документи, що підтверджують вимогу до боржника, і передати права, які забезпечують цю вимогу. Слід погодитися із В. В. Вітрянським, що цей обов'язок кредитора знаходиться за рамками договору поруки, і тому його можна не брати до уваги при визначенні характеру договору поруки як одностороннього[2].

Отже, договір поруки є **двостороннім правочином**, але **одностороннім договором**, оскільки встановлює одностороннє зобов'язання, відповідно до якого кредитор має право вимагати від поручителя, щоб той виконав свій основний договірний обов'язок відповідати за дії боржника, а поручитель зобов'язаний виконати вказаний обов'язок.

В сучасних умовах не знайшло свого однозначного вирішення питання про оплатність договору поруки. Необхідно зазначити, що згідно із 558 ЦК України поручитель має право на оплату послуг, наданих ним боржникові. Зазначена стаття є новелою цивільного законодавства України. Виходячи із наведеного у більшості випадків

---

[1] *Новицкий И. Б.* Поручительство. Научно-практический коментарий. — Харьков: Юридическое издательство НКЮ УССР, 1927. — С. 7; *Азімов Ч. Н.* Забезпечення виконання зобов'язань: Навч. посіб. — Х.: Національна юридична академія України, 1995. — С. 13; Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар / За заг. ред. Є. О. Харитонова. — Х.: Одіссей, 2001. — С. 294.

[2] *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Книга первая: Общие положения. — М.: Статут, 2000. — С. 575.

робиться, на наш погляд, хибний висновок про відплатність договору поруки[1].

Помилкова характеристика договору поруки як відплатного, насамперед пов'язана із неправильним вирішенням питання про коло учасників вказаного договору. Як зазначалося вище, ними є кредитор та поручитель. Обов'язок останнього надати те, до чого зобов'язався боржник, жодним чином не пов'язаний і не обумовлений ніякими зустрічними діями кредитора. Відшкодування за здійснене виконання, яке повинно повністю покрити всі збитки, включаючи упущену вигоду, поручитель отримає на підставі ч. 2 ст. 556 ЦК України від боржника, а не від кредитора. Тому, як нам видається, договір поруки за своєю правовою природою є *безвідплатним*. Поручитель не може вимагати від кредитора ніякого зустрічного задоволення, навіть виходячи із презумпції відплатності цивільно-правових договорів (ч. 5 ст. 626 ЦК України), оскільки така вимога суперечила б суті зобов'язання поручителя.

Стосовно реальності чи консенсуальності договору поруки, зазначимо, що закон не пов'язує виникнення прав кредитора з будь-якими діями зі сторони поручителя, а це означає, що з моменту, коли сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору, такий договір вважається укладеним. Із сказаного випливає, що договір поруки є *консенсуальним*.

На жаль, у ЦК України не визначені істотні умови договору поруки. Враховуючи відсутність спеціальних вимог, застосуванню підлягатимуть загальні правила, сформульовані у ст. 638 ЦК України. Згідно із вказаною нормою абсолютною, єдино визначеною законодавцем істотною умовою будь-якого цивільно-правового договору є умова про предмет.

Перш ніж визначити предмет договору поруки, варто навести позицію Б. Л. Хаскельберга та В. В. Ровного щодо поділу всіх зобов'язань на *індивідуальні*, предмет яких *визначений* уже на етапі виникнення зобов'язання, та *родові*, предмет яких на етапі виникнення можна характеризувати лише як *визначуваний* за певними критеріями, а відому індивідуалізацію він отримує лише на стадії виконання[1].

Проаналізувавши з цієї точки зору зобов'язання поручителя, що виникає на підставі договору поруки, доходимо висновку, що його в більшості випадків слід характеризувати як *родове*, оскільки на етапі укладення предмет договору поруки чітко визначити не можна, так як ще невідомий точний розмір процентів за користування

[1] Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар / За ред. розробників проекту Цивільного кодексу України. — К.: Істина, 2004. — С. 403.

грошовими коштами (при забезпеченні грошових зобов'язань), а також збитків та неустойки як форм відповідальності поручителя за невиконання зобов'язання боржника. Відповідно предмет договору поруки набуває визначеності лише на етапі його виконання поручителем або пред'явлення до нього позову.

З огляду на вищенаведене предмет договору поруки на етапі його укладення слід визначати за допомогою таких елементів:

1) вичерпного переліку дій, які зобов'язаний вчинити поручитель у випадку невиконання основного обов'язку боржника;

2) вказівки на зобов'язання, що забезпечується порукою;

3) реквізитів основного договору.

Що стосується першого елементу предмета договору поруки, то тут можливі принаймні чотири різні варіанти поведінки поручителя: а) виконання основного обов'язку боржника та відповідальність за його невиконання у формі відшкодування збитків та (або) сплати неустойки; б) лише виконання основного обов'язку боржника; в) лише відповідальність за невиконання боржником основного зобов'язання у формі відшкодування збитків та сплати неустойки; г) відповідальність у конкретній наперед визначеній формі — збитки або неустойка (штраф, пеня).

Наприклад, порукою забезпечено зобов'язання продавця передати товар за договором купівлі-продажу нафтопродуктів. У такому випадку предметом договору поруки є дії поручителя стосовно перенадання кредитору нафтопродуктів такої кількості, якості, марки тощо, як і за основним договором купівлі-продажу (якщо поручитель зобов'язався здійснити виконання замість боржника) або грошової суми збитків, неустойки, процентів (якщо поручитель зобов'язався нести лише відповідальність), або і те, і інше.

Що ж до другого елементу предмета договору поруки, то, виходячи із акцесорного характеру способів забезпечення, можна зробити висновок, що предмет договору поруки безпосередньо залежить від основного зобов'язання, на забезпечення якого порука була надана.

В окремих випадках для ідентифікації предмета у договорі поруки недостатньо вказати на істотні особливості основного зобов'язання. Іноді треба зробити посилання на реквізити договору, з якого виникло це основне зобов'язання, оскільки у зв'язку з ним, а вірніше з метою забезпечення його виконання і укладається договір поруки. Крім того, між тими ж сторонами може існувати не один договір.

Показовою в цьому випадку може бути справа за позовом Ощадного банку України до С. та В., як поручителя, про стягнення суми

боргу за кредитним договором. Рішенням Васильківського районного суду Дніпропетровської області, залишеним без зміни ухвалою Апеляційного суду Дніпропетровської області, позов задоволено частково за рахунок поручителя. У порядку касаційного оскарження судовою палатою у цивільних справах Верховного Суду України вказані судові рішення скасовано. При цьому, як на одну із підстав постановлення такого рішення, Верховний Суд України цілком обґрунтовано вказав, що кредитний договір у даному випадку не забезпечений порукою, оскільки в тексті договору немає відомостей про банк, який надав кредит, немає посилань на конкретний кредитний договір, тобто в тексті договору не зазначені умови, які б дозволяли визначити, за виконання якого зобов'язання поручився В.[1]

Серед істотних умов у ст. 638 ЦК України також названі ті умови, які визнані такими за законом. Аналіз норм параграфа 3 глави 49 ЦК України про поруку дозволяє зробити висновок, що істотні умови для даного виду договору не передбачені.

Як правило, сторони включають до змісту договору поруки й інші умови, зокрема такі, як: розмір й інші характеристики основного обов'язку поручителя, порядок і строки сплати поручителем кредитору грошових сум, строк дії поруки, види відповідальності поручителя за невиконання або неналежне виконання ним свого обов'язку та інші. І хоча у більшості випадків ці умови не можна вважати істотними у розумінні ч. 1 ст. 638 ЦК України, їх наявність в договорі все-таки має досить важливе значення. Детальне і чітке вирішення в договорі поруки всіх можливих спірних моментів у майбутніх взаємовідносинах між поручителем, кредитором та боржником дозволить попередити в подальшому можливі спірні ситуації між ними.

Переходячи до визначення форми договору поруки, зазначимо, що ст. 547 ЦК України містить пряму вказівку, згідно із якою договір поруки, як і будь-який інший правочин щодо забезпечення виконання зобов'язання, оформляється письмово. Наслідком недотримання письмової форми є його нікчемність. Такий жорсткий підхід законодавця пояснюється тим, що порука по своїй суті зводиться до виконання не свого, а чужого зобов'язання або ж відповідальності за невиконання або неналежне виконання чужого зобов'язання, і тому закон вимагає, щоб намір зобов'язатися за боржника і обсяг такого зобов'язання не викликали жодного сумніву.

Зазначимо, що обов'язковість нотаріального посвідчення договору поруки згідно із чинним законодавством не вимагається, проте

[1] Архів Верховного Суду України за 2004 рік. Справа № 6-6465кс03.

сторони на свій розсуд можуть посвідчити такий договір у нотаріуса[1]. Практичне значення такого посвідчення буде мати значення у процедурі заявлення вимог до поручителя. В даному випадку є підстави для застосування постанови Кабінету Міністрів України від 29 червня 1999 р. № 1172 «Про затвердження переліку документів, за якими стягнення заборгованості провадиться у безспірному порядку на підставі виконавчих написів нотаріусів»[2], за умови, що зобов'язання поручителя носить безспірний характер. Скажімо, коли обов'язок поручителя фактично зводиться до сплати грошових сум, передачі майна.

§ 4. Порядок виконання договору поруки та його правові наслідки

Виконання договору поруки пов'язано із моментом порушення основного договору боржником, тобто з моментом невиконання чи неналежного його виконання по закінченні строку за основним зобов'язанням.

Поручитель може здійснити виконання добровільно або ж із застосуванням примусу. Примусове виконання може відбуватися у безспірному порядку або за рішенням суду.

Добровільний порядок передбачає виконання договору поруки з власної ініціативи поручителя з метою запобігання сплати процентів за користування позиченими коштами, стягнення пені, збитків на користь кредитора.

Зокрема, право на дострокове виконання поручителем основного зобов'язання боржника було визнано рішенням Жовтневого районного суду м. Дніпропетровська, який задовольнив позов М. (поручитель) до Н. (боржник) про стягнення боргу в сумі 80 076 грн. 71 коп. Позовні вимоги обґрунтовувалися тим, що відповідно до укладеного М. 7 серпня 1997 року з Н. та ЗАТ «ПриватБанк» договору поруки на забезпечення кредитного договору між Н. та ЗАТ «ПриватБанк» М. внесла 8 серпня 1997 року до каси банку на погашення кредиту суму кредиту — 80 000 грн. і 76 грн. 71 коп. — відсотки за користування кредитом. Рішенням апеляційного суду Дніпропетровської області вказане рішення скасовано.

Судова палата у цивільних справах Верховного Суду України, скасовуючи рішення апеляційного суду Дніпропетровської області

[1] П. 35 Інструкції про вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затвердженої наказом Міністерства юстиції України від 3 березня 2004 р. № 20/5 (з наступними змінами) // Офіційний вісник України.— 2004. — № 10. — С. 315.

[2] Офіційний вісник України. — 1999. — № 26. — С. 69.

та залишаючи в силі рішення Жовтневого районного суду м. Дніпропетровська, вказала, що апеляційний суд неправомірно відмовив у стягненні з Н. на користь М. суми повернутого нею банківського кредиту й відсотків за його користування, і не звернув уваги на визнання Н. своїх боргових зобов'язань перед М. та часткове погашення боргу шляхом передачі їй права на відчуження належного йому гаража на суму 3 646 грн.[1]

Примусове виконання договору поруки може відбуватися у двох формах: у безспірному порядку або за рішенням суду. Безспірний порядок передбачає безпосереднє звернення кредитора до органів державної виконавчої служби за наявності: 1) визнаної поручителем претензії (вимоги); 2) виконавчого напису нотаріуса, якщо договір поруки був посвідчений нотаріально, у порядку, передбаченому Законом України «Про нотаріат» від 2 вересня 1993 року № 3425-XI[2] та постановою Кабінету Міністрів України від 29 червня 1999 р. № 1172, якою затверджено «Перелік документів, за якими стягнення заборгованості провадиться у безспірному порядку на підставі виконавчих написів нотаріусів»[3]; 3) судового наказу, виданого в порядку статей 95—105 ЦПК України[4].

Заявлення вимог кредитора до поручителя, за презумпцією, здійснюється в солідарному порядку. Згідно із ч. 1 ст. 554 ЦК у разі порушення боржником зобов'язання, забезпеченого порукою, боржник і поручитель відповідають перед кредитором як солідарні боржники. У судовій практиці для визначення порядку виконання зобов'язання поручителем при солідарній поруці досить часто звертаються до ст. 543 ЦК України, яка стосується солідарного обов'язку боржників. Слід звернути увагу, що вказана норма регулює відносини, що випливають із зобов'язання з множинністю сторін. Маються на увазі випадки, коли в одному зобов'язанні на стороні кредитора та (або) боржника виступають дві або більше особи.

Правовідносини ж, що випливають із поруки, виникають з різних зобов'язань (обов'язок боржника — з основного зобов'язання, обов'язок поручителя — в силу наданої поруки). Отже, в другому випадку йдеться про два різні зобов'язання, за якими боржник і кредитор несуть солідарну відповідальність. На нашу думку, саме цей факт є підставою для висновку про істотну різницю між поняттями «солідарної відповідальності боржників за солідарним

---

[1] Архів Верховного Суду України за 2005 р. — Справа № 6-6247к04.

[2] Відомості Верховної Ради України. — 1993. — № 39. — Ст. 383.

[3] Офіційний вісник України. — 1999. — № 26. — С. 69.

[4] Голос України. — 2004. — 18 травня.

зобов'язанням» та «солідарної відповідальності боржника і поручителя».

Зважаючи на зазначене, доцільніше говорити про поручителя і боржника не як про солідарних боржників, а як про осіб, вимога кредитора до яких може бути пред'явлена як до солідарних боржників, тобто в тому ж порядку: кредитор вправі пред'явити свої вимоги як до боржника за основним зобов'язанням, так і до поручителя; як разом, так і окремо; як повністю, так і в частині боргу (ст. 543 ЦК України). Такий висновок підтверджується формулюванням ч. 1 ст. 554 ЦК України, яка передбачає, що кредитор може звернутися з вимогою до поручителя і боржника «як солідарних боржників».

Отже, при солідарній поруці кредитор наділяється правом самостійно вирішувати питання про те, до кого з них — боржника чи поручителя — чи до обох разом, в якій частині і в якій послідовності пред'являти свої вимоги. Аналіз практики ВСУ свідчить, що у більшості випадків вимога пред'являється до поручителя і боржника одночасно. Так, прокурор м. Олександрії Кіровоградської області в інтересах держави в особі Олександрійського відділення № 3070 Ощадбанку звернувся з позовом про стягнення боргу до К., яка відповідно до умов кредитного договору отримала кредит на будівництво будинку строком на десять років зі сплатою 32 % річних, та П. і Б. як поручителів за вказаним зобов'язанням. Рішенням Олександрійського міського суду Кіровоградської області позов задоволено. Стягнуто з К., П. та Б. солідарно суму боргу в повному обсязі[1]. Аналогічні рішення були прийняті Жовтневим районним судом м. Луганська, залишеним без зміни ухвалою апеляційного суду Луганської області, у справі за позовом Б. до Є. В. (позичальника) та його дружини Є. С., яка виступила поручителем за свого чоловіка, про стягнення боргу за договорами позики на загальну суму 12000 доларів США[2]; Васильківським районним судом Дніпропетровської області у справі за позовом про стягнення заборгованості по кредитному договору[3].

Норма ст. 554 ЦК України, якою встановлено презумпцію солідарності поруки, є диспозитивною, що надає можливість сторонам передбачати в договорі як альтернативний варіант субсидіарний порядок заявлення вимог кредитора до поручителя.

У цьому випадку порядок виконання поручителем договору поруки може бути визначений, враховуючи загальні положення ЦК України стосовно субсидіарної відповідальності (ст. 619 ЦК Украї-

[1] Архів Верховного Суду України за 2002 р. Справа № 06-6126кс01.
[2] Архів Верховного Суду України за 2005 р. Справа № 06-18898кс03.
[3] Архів Верховного Суду України за 2004 р. Справа № 06-6465кс03.

ни). На відміну від солідарної, при субсидіарній поруці кредитор обмежений у черговості пред'явлення вимог: перед тим, як звернутися до поручителя, що зобов'язався відповідати у субсидіарному порядку, кредитор повинен заявити вимогу до основного боржника. Відмова боржника від її задоволення або неотримання на неї відповіді в розумний строк дають кредитору право на звернення до поручителя (ч. 2 ст. 619 ЦК України). Важливо, щоб ця вимога була заявлена в межах строку, зазначеного у ч. 4 ст. 559 ЦК України. Таким чином, на сьогодні кредитор без будь-яких достатньо серйозних перешкод може звернутися за виконанням до поручителя.

У вітчизняному дореволюційному законодавстві процедура пред'явлення вимоги кредитора до поручителя при субсидіарній поруці була значно складнішою. До поручителя можна було заявити вимогу лише у випадку оголошення боржника банкрутом або неможливості звернути стягнення на майно боржника і лише в недоотриманій сумі (ст. 1558 ч. 1 т. X Зводу законів Російської імперії)[1]. В літературі радянського періоду здебільшого зазначалося, що поручитель відповідає лише у випадку, коли в основного боржника не вистачає коштів[2].

Юридичний факт виконання поручителем свого обов'язку за договором поруки є водночас правоприпиняючим (зобов'язання поручителя припиняється на підставі ст. 599 ЦК України у зв'язку з його належним виконанням) і правовстановлюючим, оскільки є підставою для виникнення якісно нових правовідносин між поручителем і боржником — післяпоручительських відносин. Зміст вказаних правовідносин складає право поручителя вимагати від боржника відновлення його майнової сфери до попереднього стану.

Питання про правовий механізм перекладення на боржника матеріальних витрат поручителя у зв'язку з виконанням договору поруки на сьогодні не знайшов свого однозначного вирішення. Цивілістикою вироблено два можливих способи такого перекладення — переведення прав кредитора (суброгація) або зворотня вимога (регрес). На законодавчому рівні це питання врегульоване у ч. 2 ст. 556 ЦК України, згідно з якою до поручителя, який виконав зобов'язання, забезпечене порукою, переходять усі права кредитора у цьому зобов'язанні. На жаль, вказана норма чіткої відповіді на питання про застосування інституту регресу чи суброгації не дає.

---

[1] Свод законов Российской империи. — Т. X. Свод законов гражданских. — Петроград, 1914. — Ч. 1. — С. 280—281.

[2] *Гриджук Д. М., Олійник В. А.* Забезпечення кредитних зобов'язань у діяльності банків. — К.: Істина, 2001. — С. 37.

У радянський період за поручителем, що виконав зобов'язання за боржника, традиційно визнавалося право на зворотню вимогу (регрес)[1]. При цьому вирізняльною ознакою регресного зобов'язання є його самостійний, незалежний від основного договору характер, а також те, що воно виникає лише після припинення основного договору. На відміну від вказаного, до поручителя на підставі ст. 556 ЦК України переходять права кредитора в основному зобов'язанні, тобто воно не припиняється, а на місце кредитора стає поручитель. На нашу думку, не випадково законодавець не вживає у цій статті термін «регрес» або «зворотна вимога», а, отже, не вважає вимогу поручителя до боржника регресною.

У чинному ЦК України наведена точка зору на юридичну природу підстав набуття поручителем прав кредитора знайшла своє додаткове підтвердження, а саме: у ч. 1 ст. 512 ЦК України поміщено вичерпний перелік підстав заміни кредитора в зобов'язанні, однією з яких є виконання обов'язку боржника поручителем.

Таким чином, ЦК України цілком однозначно встановлює, що юридичний факт виконання обов'язку поручителем породжує автоматичний перехід до нього прав кредитора, тобто йдеться про відчуження права однієї особи на користь іншої, а не про припинення одного і виникнення іншого права.

У зарубіжному законодавстві, наприклад у ФЦК, у подібних випадках прийнято говорити про суброгацію, тобто про виконання зобов'язання (платежу) із вступом третьої особи в права кредитора[2]. В чинному ЦК України норми стосовно суброгації містяться у загальних положеннях зобов'язального права (пункти 3 та 4 ст. 512 ЦК України), хоча самого терміна «суброгація» законодавець не вживає[3].

---

[1] *Гольмстен А. Х.* Опыт постороения общего учения о праве регресса // Юридические исследования и статьи. — СПб., 1913. — Т.2. — С. 179; *Юдельсон К. С.* Регрессное обязательство в основных институтах советского гражданского права // Ученые записки Свердл. юрид. ин-та. — 1945. — Вып. 1. — С. 89—95; *Ландкоф С. Н.* Основи цивільного права. — К.: Рад. школа, 1948. — С. 228; *Гавзе Ф. И.* Обязательственное право: Общие положения. — Минск, 1968. — С. 111; *Азімов Ч. Н.* Забезпечення виконанння зобов'язань: Навч. посіб. — Харків: Національна юридична академія України, 1995. — С. 16; Цивільний кодекс України: Коментар / За заг. ред. Є. О. Харитонова, О. М. Калітенко. — Одеса: Юридична література, 2003. — С. 296; *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Книга первая: Общие положения. — М.: Статут, 2000. — С. 467, 581.

[2] *Годэмэ Е.* Общая теория обязательств / Пер с франц. Новицкого И.Б. — М.: Юрид. изд-во Мин. юстиции СССР, 1948. — С. 471—472.

[3] Зазначене не стало перешкодою для вживання терміна «суброгація» в науковій літературі. Див. з цього приводу коментар Л. О. Єсіпової до ст. 512 ЦК України: Цивільний кодекс України: Коментар / За заг. ред. Є. О. Харитонова, О. М. Калітенко. — Одеса: Юрид. література, 2003. — С. 455.

Таким чином, опираючись на: 1) положення п. 3 ч. 1 ст. 512 ЦК України, яке серед підстав заміни кредитора у зобов'язанні визначає юридичний факт виконання обов'язку боржника поручителем; 2) використання у ч. 2 ст. 556 ЦК України формулювання «перехід прав кредитора», а не «зворотня вимога (регрес)»; 3) поняття регресного зобов'язання як самостійного, незалежного від основного договору, що виникає лише після його припинення, з іншим колом учасників — можемо дійти висновку про те, що ч. 2 ст. 556 ЦК України описує не що інше, як інститут суброгації. Саме суброгація передбачає перехід прав кредитора до поручителя, на відміну від регресу, який породжує нове право.

Підставою заміни кредитора є юридичний факт виконання третьою особою (поручителем) зобов'язання боржника. Причому ця заміна здійснюється автоматично в силу прямої вказівки закону (ч. 2 ст. 556 ЦК України), а тому жодних інших дій для переходу прав від кредитора до поручителя, який виконав зобов'язання за боржника, вчиняти не потрібно.

Новий підхід до вирішення зазначеного питання на користь суброгації принципово впливає на ряд юридичних наслідків:

1) згідно зі ст. 262 ЦК України заміна сторін у зобов'язанні не змінює порядку обчислення та перебігу позовної давності, тоді як на підставі ч. 6 ст. 261 ЦК України за регресними зобов'язаннями перебіг позовної давності починається від дня виконання основного зобов'язання;

2) можливість застосування загальних правил статей 514, 516—519 ЦК України у випадку заміни первісного кредитора новим (поручителем). Варто наголосити на тому, що загальні правила стосовно заміни кредитора у зобов'язанні сформульовані у статтях 513—519 ЦК України. Проте, як випливає зі змісту ст. 513 ЦК України, вона призначена виключно для регулювання уступки права вимоги (цесії) і до інших випадків переходу прав кредитора, передбачених у ст. 512 ЦК України, в тому числі і до суброгації, жодного відношення не має;

3) проти вимоги правонаступника кредитора при суброгації (поручителя), на відміну від кредитора — регредієнта, в силу ст. 518 ЦК України боржник має право висувати заперечення, які він мав проти первісного кредитора на момент одержання письмового повідомлення про його заміну. А якщо боржник не був письмово повідомлений про заміну кредитора у зобов'язанні, він має право висунути проти вимоги поручителя заперечення, які він мав проти первісного кредитора на момент пред'явлення йому вимоги новим кредитором або, якщо боржник виконав свій обов'язок до пред'явлення йому вимоги новим кредитором, — на момент його виконання.

Поручителю, який виконав зобов'язання, забезпечене порукою, належать:

а) права, що переходять до поручителя в порядку суброгації. До них відносяться, по-перше, права кредитора із основного зобов'язання в межах виконаного, тобто право на отримання грошової суми, сплаченої замість боржника, право на отримання виконання від боржника або його грошовий еквівалент, якщо поручитель не зацікавлений (втратив інтерес) у безпосередньому виконанні. І, по-друге, права, що забезпечували виконання основного зобов'язання, до яких слід віднести неустойку, заставу, притримання, завдаток (у формі рухомого майна), поруку (якщо основне зобов'язання було забезпечене кількома поручителями) і гарантію (якщо в самій гарантії передбачено, що право вимоги кредитора (бенефіціара) до гаранта може передаватися іншим особам);

б) права, не пов'язані з переходом прав кредитора до поручителя, тобто ті, що мають самостійний характер і грунтуються на загальних положеннях цивільного законодавства.

Варто відзначити, що в порядку суброгації від боржника не можна вимагати більше, ніж було виконано поручителем. Проте це не означає, що останній, здійснивши виконання чужого зобов'язання, повинен нести у зв'язку з цим збитки. Тому закон надає можливість поручителю вимагати від боржника сплати процентів за користування чужими грошовими коштами на суму, виплачену кредитору, а також право на відшкодування збитків, керуючись загальними нормами про цивільно-правову відповідальність.

Викладена позиція знайшла своє відображення у судовій практиці.

Так, за умовами договору про відкриття та обслуговування картрахунку К. було встановлено кредитний ліміт у вигляді поновлюваної кредитної лінії на пластикову картку в розмірі 33 500 дол. США. Оскільки до 31 липня 2001 р. К. зобов'язань перед комерційним банком не виконав, внаслідок чого утворилася заборгованість за кредитом та відсотками за ним у сумі 90 000 грн., на виконання договору поруки 1 серпня 2001 р. акціонерне товариство погасило зазначену заборгованість К. перед комерційним банком. У січні 2002 р. акціонерне товариство звернулося з позовом до К. про стягнення на його користь 180 600 грн. в рахунок *заборгованості*, що виникла внаслідок невиконання К. умов договору позики перед комерційним банком та виконання замість нього цих зобов'язань за договором поруки, в тому числі 14 000 грн. *штрафних санкцій* та 75 155 грн. *пені* за кожен день прострочення платежу, починаючи з 1 серпня 2001 р.

Рішенням Крюківського районного суду м. Кременчука, залишеним без зміни ухвалою апеляційного суду Полтавської обл., позов задоволено повністю. Скасовуючи вказані рішення, судова палата у цивільних справах Верховного Суду України цілком обґрунтовано зазначила, що суди першої та другої інстанцій правомірно виходили з того, що поручитель, який виконав зобов'язання боржника згідно з нормами цивільного законодавства набуває всіх прав кредитора по цьому зобов'язанню. Проте суди не врахували, що обсяг прав кредитора, які переходять до поручителя в разі виконання ним зобов'язання, повинен відповідати обсягу задоволених поручителем вимог кредитора за основним зобов'язанням. Місцевий суд, стягуючи з боржника на користь поручителя, крім сум основного боргу, ще й штрафні санкції і пеню, фактично стягнув з К. суму збитків, заподіяних позивачу, однак такі правовідносини підпадають під дію загальних положень ЦК України про цивільно-правову відповідальність і потребують доведення позивачем[1].

§ 5. Припинення поруки

Будучи за своєю правовою природою зобов'язанням, порука припиняється на загальних підставах, передбачених у главі 50 ЦК України, наприклад, у разі виконання поручителем своїх зобов'язань, за домовленістю сторін тощо. Крім того, у ст. 559 ЦК України встановлені спеціальні підстави припинення поруки.

Традиційною підставою, яка була передбачена ЦК УРСР і в такому ж формулюванні перенесена до ЦК України, є **припинення поруки у зв'язку з припиненням забезпеченого нею основного зобов'язання**. Це положення випливає з акцесорного характеру поруки.

Наприклад, у жовтні 2002 р. ЗАТ КБ «Приватбанк» звернулося до суду із позовом до М. про стягнення кредитної заборгованості, який обґрунтовувало тим, що М. як поручитель по кредитному договору № 962, укладеного 22 березня 2002 р. між Сумською філією цього банку і Лебединським міжгосподарським інкубаторно-птахівничим підприємством, зобов'язаний відповідати за невиконання боржником кредитних зобов'язань. Позивач просив стягнути з М. на користь банку 14973 грн. 07 коп. заборгованості по кредиту та 466 грн. 18 коп. судових витрат. У зустрічному позові М. просив визнати договір поруки недійсним.

Рішенням Лебединського районного суду Сумської області від 19 вересня 2003 р., залишеним без зміни ухвалою апеляційного суду Сумської області від 24 грудня 2003 р., в задоволенні позовів сторонам відмовлено.

[1] Архів Верховного Суду України за 2004 р. Справа № 06-1440 кс 03.

При цьому, відмовляючи в задоволенні позовних вимог ЗАТ КБ «Приватбанк», суди виходили з того, що у зв'язку із ліквідацією боржника припинилася дія кредитного договору, а тому вимоги про стягнення боргу за договором поруки задоволенню також не підлягають[1].

Порука припиняється також **у зв'язку із закінченням строку (строку дії поруки), який надається кредитору для пред'явлення вимоги поручителю**.

Виходячи із ч. 4 ст. 559 ЦК України такий строк може бути передбачений в договорі (**договірний строк**) або визначений в законі (**законний строк**). Договірний строк застосовується до всіх без винятку зобов'язань: як з визначеним строком виконання основного зобов'язання боржника, так і у випадках, коли строк виконання зобов'язання не вказаний або визначений моментом пред'явлення вимоги. Законний строк диференціюється: 6 місяців — для зобов'язань з визначеним строком виконання та 1 рік — для зобов'язань, строк виконання яких не визначений або визначений моментом пред'явлення вимоги.

Питання про правову природу вказаного строку в науці цивільного права не має однозначного вирішення. На думку деяких вчених, цей строк є типовим строком позовної давності[2]. Іноді відзначається його певна специфіка, «винятковість», проте в рамках єдиного інституту позовної давності[3]. На думку А. Діденко, «строк дії поруки є самостійним різновидом строків в цивільному праві. Він поєднує риси і строку позовної давності, і припиняючого строку»[4].

Переважаючою на сьогодні є думка про преклюзивний (припиняючий) характер цього строку. Із його спливом припиняє існування те чи інше суб'єктивне право, а разом з ним — і кореспондуючий йому юридичний обов'язок на відміну від строків позовної давності, які лише позбавляють управомочену особу судового захисту права, але саме право не припиняється.

З таких же позицій виходила і судова практика. Наприклад, 18 грудня 1997 р. між акціонерним банком і товариством з обмеженою відповідальністю був укладений кредитний договір про надання позики на 365 днів під 46% річних, які повинні виплачуватися щомісячно. З метою забезпечення зобов'язання по кредитному договору був укладений договір поруки з акціонерним товариством, яке

---

[1] Архів Верховного суду України за 2006 р. — Справа № 6-3830кс04.

[2] *Ринг М. П.* К вопросу об отграничении сроков исковой давности от некоторых других строков гражданского права // Ученые записки Ростовского государственного университета. — 1955.— Т. XXXVII. — Вып 1. — С. 28—29.

[3] *Новицкий И. Б.* Сделки. Исковая давность. — М., 1954. — С. 142.

[4] *Диденко А.* Гарантия и поручительство. — Алматы, 1999. — С. 118.

зобов'язалося відповідати за невиконання зобов'язань позичальником в повному обсязі. Оскільки позов про стягнення заборгованості з поручителя було заявлено лише в травні 1999 р., обласний суд відмовив позивачу в його задоволенні, ґрунтуючись на ст. 194 ЦК УРСР, яка встановлювала припинення поруки, якщо до поручителя не пред'явлено позов у тримісячний термін[1] з дня настання строку виконання зобов'язання, а також, виходячи з п. 5. 3. Роз'яснення Вищого арбітражного суду України № 02-5/706 від 6 жовтня 1994 р. «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з укладанням та виконанням кредитних договорів», в якому зазначено, що цей строк має припиняючий характер і не може бути відновлений судом. Вищий арбітражний суд залишив вказане рішення без змін[2].

Визначення строку дії поруки як припиняючого тягне такі юридичні наслідки.

1. Його закінчення є підставою для припинення поруки.

2. У випадку пропуску кредитором строку заявлення вимог до поручителя, цей строк не може бути поновлено, зупинено чи перервано з підстав, передбачених у статтях 263, 264, ч. 5 ст. 267 ЦК України, оскільки вони стосуються інституту позовної давності.

3. Не стосується строку, передбаченого у ч. 4 ст. 559 ЦК України, і положення ч. 3 ст. 267 ЦК України про застосування судом строку позовної давності за заявою сторін. Це означає, що суд зобов'язаний самостійно застосовувати норми про строк дії поруки, інакше рішення суду може бути скасовано вищестоящою інстанцією як таке, що не відповідає вимогам норм матеріального права.

4. У випадку, якщо поручитель поза межами строку дії поруки помилково виконає уже фактично неіснуючий обов'язок, він може за своїм вибором вимагати повернення виконаного як безпідставно одержаного кредитором (ст. 1212 ЦК України). Норма ч. 1 ст. 267 ЦК України про те, що особа, яка виконала зобов'язання **після спливу позовної давності**, не має права вимагати повернення виконаного, навіть якщо вона у момент виконання не знала про сплив позовної давності, в даному випадку не підлягає застосуванню.

5. При розгляді спору суд, встановивши факт закінчення строку дії поруки, відмовляє кредитору в позові за відсутністю у нього права вимагати стягнення боргу з поручителя, яке припинилося у зв'язку з його спливом, на відміну від вимоги, поданої в суд з пропуском строку позовної давності. В останньому випадку суд зобов'язаний з'ясувати чи мало місце порушення права, і, якщо такий факт у

[1] Згідно із ч. 4 ст. 559 ЦК України цей строк становить 6 міс.

[2] Судова практика // Бізнес. Бухгалтерія. — 2000. — № 21 (384). — С. 85.

судовому засіданні підтвердиться, то суд відмовляє у задоволенні позову саме у зв'язку із пропуском строку позовної давності.

Важливе практичне значення має питання про те, які дії повинен вчинити кредитор в рамках строку дії поруки. Зокрема, Л. А. Новосьолова вважає, що вимога кредитора може бути заявлена на протязі законодавчо встановленого строку, а позов до суду можна заявляти і пізніше на протязі строку позовної давності[1].

Судова практика, ґрунтуючись на нормах ч. 2. ст. 194 ЦК УРСР, виходила з того, що в межах вказаного строку кредитор повинен заявити позов до поручителя[2]. Вбачається, що такий підхід є більш виваженим і цілком відповідає правовій природі строку дії поруки як припиняючого. Таким чином, і право кредитора, і обов'язок поручителя по його закінченні припиняються, а це означає, що жодних дій щодо реалізації цього права, в тому числі застосування примусових заходів захисту в судовому порядку, кредитор вчиняти не може.

З огляду на вказане, використовуваний в ч. 4 ст. 559 ЦК України термін «вимога» слід тлумачити розширювально, маючи на увазі будь-яку вимогу кредитора до поручителя, в тому числі і позовну.

Крім вищерозглянутих двох підстав припинення поруки, які є традиційними в цивільному законодавстві, ЦК України передбачає ще три нові підстави.

1. Зміна основного зобов'язання, що спричиняє збільшення відповідальності поручителя, без його згоди.

Перш за все зазначимо, що цивільне законодавство України правомірними визнає лише такі зміни зобов'язання, коли на це була згода його безпосередніх учасників — кредитора і боржника. За загальним правилом, якщо інше не встановлено законом або договором, одностороння зміна умов зобов'язання, як і одностороння відмова від зобов'язання не допускається (ст. 525 ЦК України). Як випливає із ч. 1 ст. 559 ЦКУ для зміни основного зобов'язання, якщо воно забезпечене порукою, необхідною є ще й згода третьої особи, яка не є безпосереднім його учасником, — поручителя.

---

[1] *Ефимова Л.Г., Новоселова Л.А.* Поручительство (гарантия) как способ обеспечения возврата кредита // Гражданско-правовое регулирование банковской деятельности. — М, 1994. — С. 128—129.

[2] Інформаційний лист Вищого арбітражного суду України від 7 березня 1996 № 01-8/106 «Про деякі питання практики застосування окремих норм чинного законодавства при вирішенні спорів»; Роз'яснення Президії Вищого арбітражного суду України від 6 жовтня 1994 р. № 02-5/706 «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з укладенням та виконанням кредитних договорів»; Оглядовий лист вищого арбітражного суду України від 30 травня 2001 р. № 01-8/637 «Про практику вирішення окремих спорів, пов'язаних із забезпеченням виконання зобов'язань».

Положення, вміщене у ч. 1 ст. 559 ЦК України, відповідно до якого у тих випадках, коли боржник і кредитор змінюють умови основного договору таким чином, що це тягне збільшення обсягу зобов'язання поручителя без його згоди, порука припиняється, є підставою для висновку про те, що поручитель не залишається зобов'язаним навіть на початкових умовах.

Наприклад, ухвалою судової палати у цивільних справах Верховного Суду України скасовано рішення Токмацького районного суду та ухвалу судової колегії у цивільних справах Запорізького обласного суду, якими стягнуто солідарно з П. В. як боржника та П. Н. як поручителя на користь Ощадбанку України заборгованість за кредитним договором. Як вбачалося з матеріалів справи, на що не звернули уваги суди нижчестоящих інстанцій, кредитор в односторонньому порядку протягом дії договору збільшував відсотки за користування кредитом без оформлення цих змін угодою та без згоди відповідачів. На час укладення кредитного договору кредитна ставка становила 48%, надалі вона змінювалася за рішенням Правління Нацбанку України як в сторону зменшення до 12,8%, так і в сторону збільшення — до 60%[1].

Збільшення обсягу зобов'язання поручителя внаслідок зміни основного зобов'язання можуть виникнути через різні обставини: продовження строку його дії за рахунок збільшення періоду, за який нараховуються відсотки за користування чужими грошовими коштами; підвищення розміру відсотків, встановлення (збільшення розміру) неустойки, зміна способу і форми майнового обтяження, умов відповідальності при збереженні розміру, інші обставини, що потягли погіршення майнової сфери поручителя. Наприклад, спочатку договором передбачалося поступове, поетапне погашення боргу, а після його новації встановлено, що борг має бути повернутий відразу у повному обсязі.

2. Заміна боржника (переведення боргу на іншу особу) без згоди поручителя нести відповідальність за нового боржника.

Це правило закріплене у ч. 3 ст. 559 ЦК України як спеціальна підстава припинення поруки та у ч. 1 ст. 523 ЦК України, яка відображає особливості заміни боржника у зобов'язанні, забезпеченому порукою.

Саме таке законодавче вирішення пов'язане з особливим характером даних відносин. Зокрема, визначальним, на думку І. Красько, є те, що порука за своєю сутністю — це фідуціарна угода, яка ґрунтується на довірі сторін (так само, як, наприклад, дору-

[1] Архів Верховного суду України за 2002 р. — Справа № 06-275кс01.

чення)[1]. Ці довірчі стосунки майбутніх учасників правовідносин сприяють її укладенню і, власне, є передумовою встановлення правовідносин поруки.

Такі взаємовідносини боржника і поручителя породжують можливість прийняття на себе поручителем юридичних наслідків невиконання боржником свого обов'язку. Вони забезпечують досягнення мети поруки — встановлення гарантійних правовідносин між кредитором і поручителем. Ця обставина не може не враховуватися при заміні боржника новою особою, з якою поручителя довірчі стосунки не пов'язують.

Звичайно, відносини поруки можуть бути збереженими, якщо поручителем буде прийнята порука за нового боржника, шляхом укладення нового договору поруки.

3. Відмова кредитора прийняти належне виконання боржника чи поручителя після настання строку виконання забезпеченого порукою зобов'язання.

Як уже зазначалося, поручитель за договором поруки може бути зобов'язаний здійснити виконання за боржника, а за відсутності такого обов'язку за поручителем слід визнавати право на таке виконання. Вказаному праву (обов'язку) кореспондує обов'язок кредитора прийняти від поручителя виконання, запропоноване ним замість боржника.

За загальним правилом ст. 613 ЦК України відмова кредитора прийняти належне виконання є підставою вважати його таким, що прострочив, з усіма наслідками, що з цього випливають (відшкодування збитків, звільнення боржника від сплати процентів за час прострочення виконання грошового зобов'язання і т.д.). Частина 2 ст. 559 ЦК України містить спеціальне більш суворе (порівняно із загальним) по відношенню до кредитора правило, відповідно до якого у випадку відмови кредитора прийняти належне виконання боржника чи поручителя порука припиняється.

Таким чином, чітке визначення підстав припинення поруки, а отже, припинення існування прав та обов'язків учасників забезпечувальних правовідносин слугуватиме основою для зміцнення договірної дисципліни, забезпечення прав та законних інтересів поручителя та сприятиме більшому поширенню практики застосування інституту поруки у цивільному обігу.

---

[1] *Красько И.* Договор поручительства // Предпринимательство, хозяйство и право. — 1997. — № 10. — С. 23.

Глава 15
ГАРАНТІЯ

§ 1. Поняття та форми (види) гарантії

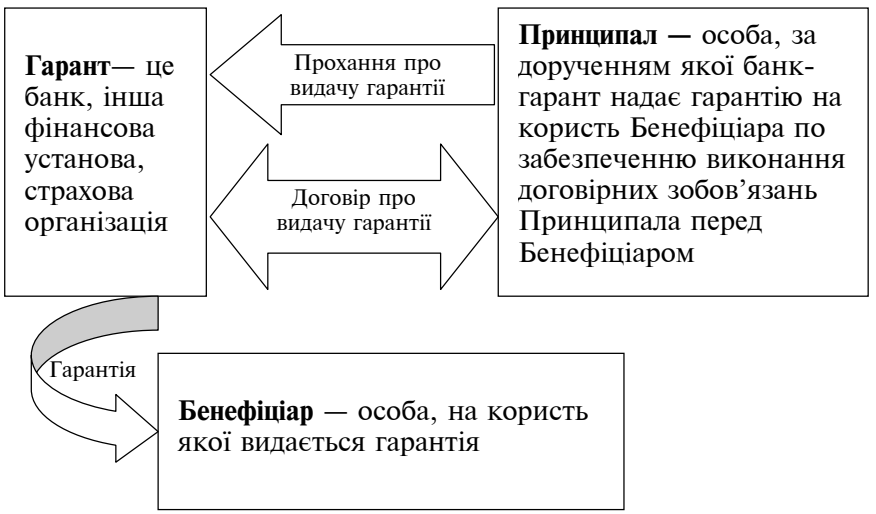
Гарантія є одним серед інших, передбачених ст. 546 ЦК України способів забезпечення виконання зобов'язань, на рівні з неустойкою, порукою, заставою, при триманням, завдатком та іншими. Гарантія є дуже зручним інструментом погашення кредитних зобов'язань і дуже часто використовується кредиторами для мінімізації фінансових втрат, тому попит на цю послугу зростає. Фінансові установи задовольняючи потреби клієнтів активно розвивають такий напрямок як надання гарантій і контргарантій.

Законодавчими джерелами, які регламентують питання гарантійних відносин є Цивільний кодекс України § 4 глави 49 (статей 560—569), Закон України «Про банки і банківську діяльність», Закон України «Про фінансові послуги та ринки фінансових послуг», «Положення про порядок здійснення банками операцій по гарантіям в національній та іноземній валютах» затверджене Постановою Правління НБУ № 639 від 15 грудня 2004 р.; Декретом КМУ«Про систему валютного регулювання та валютного контролю» № 15-93 від 19 лютого 1993 р., Законом України «Про порядок здійснення розрахунків в іноземній валюті» № 185/94-ВР від 23 вересня 1994 р.; Інструкція про застосування плану рахунків бухгалтерського обліку банків України; Затвердженої Постановою Правління НБУ № 280 від 17 червня 2004 р.;

Перелік основних видів банківської діяльності, які підлягають взаємному міжнародному визнанню, міститься в Додатку 1 до Директиви про кредитні установи, серед них є також надання гарантій та поручительств.

Міжнародна Торговельна Палата підготувала низку документів, які стосуються банківських гарантій та загальних тенденцій її застосування, в тому числі «Уніфіковані правила за договірними гарантіями» № 325, Уніфіковані правила для гарантій за первинною вимогою, в редакції 1992 року» № 458, Введення в «Уніфіковані правила для гарантій за вимогою» № 510 та «Банківські гарантії в міжнародній торгівлі» № 930.

Стаття 560 ЦК України надає поняття гарантії: «за гарантією банк, інша фінансова установа, страхова організація (гарант) гарантує перед кредитором (бенефіціаром) виконання боржником (принципалом) свого обов'язку. Гарант відповідає перед кредитором за порушення зобов'язання боржником». Відносини по видачі гарантії схематично можна відобразити так:



Таким чином, гарантом за гарантією може виступати тільки спеціальний суб'єкт, який відповідає вимогам законодавства та має відповідну ліцензію.

Однак необхідно враховувати, що відносини за гарантійними зобов'язаннями в житті можуть складатися з більшої кількості учасників, тобто схема може ускладнюватися. «Положення про порядок здійснення банками операцій за гарантіями в національній та іноземних валютах» від 15 грудня 2004 року № 639 згадує про авізуючий банк, банк бенефіціара та банк контргарант:

• *авізуючий банк* — банк, який авізує та надає письмове повідомлення бенефіціару або банку бенефіціара про умови наданої гарантії на користь бенефіціара;

• *банк бенефіціара* — банк, що обслуговує бенефіціара за гарантією;

• *банк-контргарант* — банк, який надає контргарантію на користь банку-гаранта або на користь іншого банку-контргаранта.

На практиці гарантії за способом надання мають такі різновиди: *пряма та непряма гарантія*. Пряма гарантія надається гарантом безпосередньо бенефіціару відповідно до інструкцій принципала (див. схему).

Коли ж гарант надає гарантію бенефіціару за наказом принципала (зазвичай іншого банку) в обмін на його контр гарантію це є непрямою гарантією (або опосередкованою або підтверджені). Контргарантія є зустрічною гарантією, яку надає банк-принципал на користь гаранта або іншого банку-контргаранта. Порядок роботи з контргарантіями є аналогічним з порядком роботи із гарантіями. Але на відміну від схеми надання прямих гарантій, у якій беруть участь три сторони (принципал — банк-гарант — бенефіціар), схема з використанням контргарантій передбачає участь у правовідносинах чотирьох сторін (принципал — банк-контргарант — банк-гарант — бенефіціар). Використання непрямих гарантій є характерною ознакою для забезпечення зобов'язань за міжнародними договорами.

Зазначене Положення розширює надане Кодексом поняття та *визнає гарантією спосіб забезпечення виконання зобов'язань, відповідно до якого банк-гарант приймає на себе грошове зобов'язання перед бенефіціаром (оформлене в письмовій формі або у формі повідомлення) сплатити кошти за принципала в разі невиконання останнім своїх зобов'язань у повному обсязі або їх частину в разі пред'явлення бенефіціаром вимоги та дотримання всіх вимог, передбачених умовами гарантії.*

Суб'єкти, які уповноважені надавати гарантії/контргарантії (гаранти), можуть надавати гарантії як у національній, так і в іноземних валютах для забезпечення принципалом своїх зобов'язань перед бенефіціаром за основним зобов'язанням. На гарантії можуть поширюватися «Уніфіковані правила для гарантій за першою вимогою» в редакції Міжнародної торговельної палати № 458, 1992 р., якщо на це є посилання в тексті гарантії.

Національне законодавство передбачає такі форми гарантії:

• *відклична* — гарантія, умови якої можуть бути в будь-який час змінені і вона може бути відкликана банком-гарантом за заявою принципала без попереднього повідомлення бенефіціара;

• *безвідклична* — гарантія, умови якої не можуть бути змінені і вона не може бути припинена банком-гарантом згідно із заявою принципала без згоди та погодження з бенефіціаром; якщо в гаран-

тії немає прямого застереження про її відкличність, вона є безвідкличною (ч. 3 ст. 561 ЦК України);

• *умовна* — гарантія, за якою банк-гарант у разі порушення принципалом свого зобов'язання, забезпеченого гарантією, сплачує кошти бенефіціару на підставі вимоги бенефіціара та в разі виконання ним відповідних умов або подання документів, зазначених у гарантії;

• *безумовна* — гарантія, за якою банк-гарант у разі порушення принципалом свого зобов'язання, забезпеченого гарантією, сплачує кошти бенефіціару за першою його вимогою без подання будь-яких інших документів або виконання будь-яких інших умов.

Також, банк-гарант може надавати такі види гарантій*:* гарантії платежу; тендерні гарантії (гарантії забезпечення пропозицій); гарантії виконання зобов'язань; гарантії авансового платежу; гарантії повернення кредиту та інші види.

Гарантія платежу — письмове зобов'язання гаранта, яке видається за наказом покупця на користь продавця, сплатити останньому визначену суму у випадку невиконання покупцем своїх обов'язків по сплаті за поставлений товар.

Тендерна гарантія — письмове зобов'язання гаранта, яке видане за наказом сторони, яка бере участь у тендері, на користь сторони, яка є організатором тендеру, сплатити останній визначену суму за порушення учасником тендера вимог тендеру, контракту в частині відмови від його реалізації після того, як він став переможцем тендеру.

Гарантія виконання зобов'язання — письмове зобов'язання банку, яке видане за наказом продавця товарів або послуг або іншої уповноваженої особи на користь покупця або замовника, сплатити останньому визначену суму у випадку невиконання першим визначених зобов'язань по відповідному договору.

Гарантія авансового платежу — письмове зобов'язання банку, яке видане за наказом продавця, який отримує аванс від покупця, сплатити покупцю визначену суму грошових коштів (яка не перевищує суму авансу) у випадку не виконання продавцем своїх обов'язків по постачанню.

Гарантія повернення кредиту — письмове зобов'язання банку, яке видане за наказом позичальника на користь кредитора, сплатити останньому суму основного боргу та/або процентів за кредитом у випадку невиконання позивачем своїх обов'язків за кредитним договором по відношенню до погашення боргу та/або процентів.

Цивільний кодекс України передбачає наступні загальні особливості гарантії як способу забезпечення зобов'язань:

• гарантія є самостійною, тобто незалежною від основного зобов'язання;

• як правило, гарантія не може бути відкликана;

• права за гарантією не можуть бути передані іншій особі;

• гарантія є чинною з моменту її видачі, якщо інше не передбачено договором;

• за надання гарантії сплачується винагорода;

• письмова форма гарантії;

• гарант має право на зворотну вимогу.

Гарантія як один з видів забезпечення зобов'язання є дуже унікальним з юридичної точки зору інструментом. Головним є те, що зобов'язання банку-гаранта перед бенефіціаром не залежить від основного зобов'язання принципала (його припинення, або недійсності), зокрема і тоді, коли посилання на таке зобов'язання безпосередньо міститься в тексті гарантії (ст. 562 ЦК України). Таким чином, такий спосіб забезпечення виконання зобов'язання як гарантія є виключенням, яке випадає з-під дії загальної норми ч. 2 ст. 548 ЦК України, про недійсність основного зобов'язання (вимоги), яке спричиняє недійсність правочину щодо його забезпечення. На гаранта покладається лише обов'язок повідомити про це кредитора і боржника (ч. 3 ст. 565 ЦК України). Але головною метою надання гарантії є забезпечення належного виконання принципалом своїх обов'язків перед бенефіціаром, тому незважаючи на самостійність та незалежність гарантії від основного зобов'язання, як і у випадках з іншими способами забезпечення зобов'язання, можливе тільки при існуванні основного зобов'язання. Неможливо ігнорування забезпечувальної функції гарантії. Прикладом є Постанова Господарського суду України від 20 квітня 2006 р. № 22/330-05-8977. Так, акціонерним банком «Південий» була надана безвідклична гарантія та контргарантія Berenberg bank, безумовно сплатити суму за першою вимогою, яка не перевищує 151500 доларів США строком до 31 грудня 2006 р. Вона була видана ТОВ «Марінком Одеса» — бенефіціар, перед принципалом — компанією «Duglas Shipping& Trading S. L.». Принципал — компанія «Duglas Shipping& Trading S. L.» у судовому засіданні просив визнати гарантію недійсною, посилаючись на те, що вона була видана для забезпечення неіснуючого зобов'язання. Така позиція була спочатку підтримана судами, але рішенням ВГСУ було скасовано та передано на новий розгляд на таких підставах: відповідно до умов гарантії платіж гаранта взагалі не пов'язаний з будь-яким контрактом та прийняте судом рішення зачіпає права та обов'язки осіб, які не були залучені до участі у справі (суди першої та апеляційної інстанції не з'ясували коло осіб, яких

стосується даний спір). Вказана справа цікава тим, що суди при розгляді справи не заперечували відносно відсутності в тексті гарантії посилань на конкретні контракти. Таким чином, суди зробили акцент на моменті незалежності гарантії як способу забезпечення від основного зобов'язання.

Згідно з українським законодавством гарантія, як правило, не може бути відкликана гарантом. Однак ця норма (ч. 3 ст. 561) є диспозитивною: «якщо в ній не встановлено інше». Внесення змін та доповнень до тексту гарантії після її видачі допускається тільки за згодою бенефіціара.

Також, законодавцем передбачена неможливість передачі прав за гарантією. Це означає, що право вимоги до гаранта, яке належить бенефіціару (кредитору) за гарантією, не може бути передано третій особі, якщо інше не передбачено в гарантії.

Важливим моментом у правовідносинах за гарантією є визначення моменту з якого гарантія починає свою дію. Законодавством передбачено загальне правило, що гарантія є чинною від дня її видачі (ч. 3 ст. 561 ЦК України), але якщо в ній не передбачено інше. Такою відкладальною умовою може бути, наприклад, момент видачі позичальником гаранту комісійної винагороди, яка визначена процентом від суми гарантії. Якщо гарантія передається бенефіціару поштою або за допомогою електронних документів, вона вважається виданою з моменту її передачі підприємству зв'язку або вводу електронного документа в інформаційну систему відправника.

Однією з основних операцій, яка проводиться при наданні гарантії, є виплата комісійної винагороди. Фінансові установи практикують як разову комісійну винагороду, так і за кожен день прострочення виконання. Умови виплати комісійної винагороди можуть бути також різними: або вони виплачуються до операції по наданню гарантії, або — після, або впродовж всього строку дії гарантії. При наданні контргарантії вартість комісійної винагороди зростає на суму комісії контргаранта.

Гарантія повинна видаватися у письмовій формі. До письмової форми гарантії прирівнюється банківський електронний документ.

Істотними умовами гарантії є:

• найменування принципала, бенефіціара та гаранта;

• посилання на основне зобов'язання, в якому передбачена видача гарантії;

• максимальна сума грошових коштів, яка підлягає виплаті, та валюта платежу;

• строк, на який видана гарантія, або подія, при настанні якої припиняється зобов'язання гаранта за гарантією;

• умови, на підставі яких здійснюється платіж.

Зобов'язання гаранта перед бенефіціаром за гарантією припиняються:

• при виплаті бенефіціару грошової суми, на яку видана гарантія;

• після закінчення строку, на який видана гарантія;

• після відмови бенефіціара від своїх прав за гарантією та повернення її гаранту;

• після відмови бенефіціара від своїх прав за гарантією шляхом письмової заяви про звільнення гаранта від його обов'язків.

Якщо дія гарантії припинена, гарант не пізніше наступного дня після припинення гарантії повідомляє про це принципала.

Вимога бенефіціара про сплату грошової суми за гарантією повинна бути надана гаранту у письмовій формі. До вимоги за умовною гарантією повинні додаватися документи, які вказані в тексті гарантії. Бенефіціар у вимозі або додатку до неї повинен вказати, в чому полягає порушення принципалом основного зобов'язання, у забезпечення якого видана гарантія. Гарант повинен не пізніше наступного дня повідомити принципала про отриману вимогу та передати йому копії вимоги та супроводжувальних документів. Гарант розглядає надіслану вимогу з додатками до неї на відповідність вимоги та доданих до неї документів умовам гарантії. У разі невідповідності вимоги та доданих до неї документів вимогам, вказаним у гарантії, або наданні вимоги гаранту після закінчення визначеного у гарантії строку гарант відмовляє бенефіціару у задоволенні його вимог. Гарант повинен негайно повідомити кредитора про відмову від задоволення його вимоги.

Гарант має право на зворотну вимогу (регрес) до боржника в межах суми сплаченої ним за гарантією кредиторові, якщо інше не встановлено договором між гарантом і боржником. Але у випадку коли гарант сплатив кредитору грошову суму яка не відповідає умовам гарантії, то він за загальним правилом не має права на зворотну вимогу але договором між гарантом і боржником може бути передбачений інший порядок. Питання зворотної вимоги гаранта до принципала також були предметом розгляду у ВГСУ (Постанова від 30 листопада 2004 р. у справі № 17/105). Акціонерний комерційний агропромисловий банк «Україна» за заявою принципала ЗАТ «Нафта — К» видав платіжну гарантію на користь австрійської компанії Vimet Metallhandelsqes G.m.b.h. Позовна заява надійшла від гаранта про звернення стягнення на майно принципала, яке було у заставі на забезпечення зобов'язань за договором про надання гарантії. Господарським судом міста Києва була призначена судово-бухгалтерська експертиза, за результатами якої позов був задоволений (в частині

регресних вимог) на думку позивача сума регресного зобов'язання складає 4791480,11 доларів США, але судом задоволена у сумі 27643,18 доларів США. Апеляційна інстанція, а потім і ВГСУ залишили рішення без змін. Підставами відмови у задоволенні більшої частини позовних вимог є такі: відсутні первинні документи по бухгалтерії, які підтверджують платежі у тій сумі, про яку висловлюється позивач, за одним з проведених платежів відсутньою є вимога бенефіціара про платіж, а мало місце лише письмове повідомлення бенефіціара про порушення основного зобов'язання принципалом. Таким чином, гарант повинен здійснювати платіж тільки у випадку, коли бенефіціар буде вимагати такого платежу. Само по собі повідомлення бенефіціаром гаранта про порушення принципалом основного зобов'язання не є підставою для платежу за гарантією, якщо бенефіціар не направив письмову вимогу про платіж.

§ 2. Правова природа гарантії

Розглядаючи правову природу гарантії, необхідно звернути увагу на ще одну особливість цього правового інституту — гарантія є одностороннім правочином. Але деякі вчені-правники з цим не погоджуються. Має місце точка зору про те, що «банківська гарантія може бути як одностороннім, так і дво- або багатостороннім правочином: все залежить від конкретних обставин, від фактичних відносин... відносини можуть бути оформлені і тристороннім (бенефіціар, гарант, принципал) договором»[1].

Дійсно, дії, які здійснюються до безпосередньо видачі гарантії як одностороннього правочину, мають **особливості,** які не можна не враховувати при вивченні інституту гарантії. Але розглянемо головні моменти.

По-перше, на волю гаранта впливає воля інших учасників правовідносин. Гарант видає гарантію у зв'язку із первинною заявою бенефіціара про надання гарантії та проханням принципала, який погодився забезпечити основне зобов'язання. Тобто, до волевиявлення гаранта необхідно волевиявлення інших осіб. Тому що, важко уявити собі ситуацію, коли банк або інша фінансова установа видає гарантії без звернення до цієї організації зацікавлених осіб. Більш того, бенефіціар завжди надає згоду на пропозицію принципала про

[1] *Алексеев С. С.* Односторонние сделки в механизме гражданско-правового регулирования// Теоретические проблеми гражданского права. Свердловский юридический институт. Сборник ученых трудов. — Вып. 13. — Свердловск, 1970. — С. 85).

забезпечення зобов'язання з боку конкретного банку або іншої фінансової установи. Бенефіціар також може безпосередньо вказати на ті чи інші банки або фінансові установи, гарантії яких він бажав би отримати у забезпечення основного зобов'язання. Або в іншому випадку бенефіціару потрібен час для того, щоб він міг перевірити ліквідність фінансової установи, страхової організації або банку гарантія якої йому пропонується в якості забезпечення зобов'язання.

До того ж слід додати, що умови гарантії визначаються гарантом з урахуванням вимог зобов'язання яке забезпечується, вимог бенефіціара, який отримує забезпечення, а також інтересів принципала, який виплачує винагороду за надання забезпечення основного зобов'язання.

Таким чином, надання гарантії не може розглядатися тільки як вираз волі однієї особи — гаранта, на відміну від таких односторонніх правочинів, як написання заповіту або прийняття спадщини чи відмова від неї та інших.

Безумовно, відносно деяких односторонніх правочинів, можна вважати, що здійснення цих правочинів є також результатом волі інших осіб, наприклад, як у випадку коли спадкодавець враховує інтереси спадкоємців. Однак у таких випадках воля інших осіб «юридично» не впливає на волю особи, яка здійснює такий односторонній правочин. А у випадку із гарантією, вимоги, які вказані в гарантії, як правило, співпадають із вимогами у договорі між принципалом та гарантом про видачу цієї гарантії.

По-друге, гарант за видачу гарантії отримує винагороду. Відповідно до ст. 567 ЦК України, гарант має право на оплату послуг, наданих ним боржникові. Не зважаючи на те, що диспозитивна норма Цивільного кодексу надає право, а не обов'язок по оплаті послуг гаранта, важко уявити собі ситуацію де банки або інші фінансові установи чи страхові компанії, будуть надавати такі послуги безоплатно, а у негативному випадку, ще й нести відповідні фінансові ризики.

Якщо звернутися до загальної частини цивільного права необхідно згадати про основну ознаку односторонніх правочинів, це, як правило, їх безоплатність. Тому що особа, яка здійснює правочин, висловлює тільки свою власну волю та не може розраховувати на винагороду з боку інших осіб.

Третьою особливістю є передбачене ч. 3 ст. 561 ЦК України правило, згідно з яким зобов'язання гаранта не може бути ним відкликане, якщо тільки в ній не передбачене інше. Ще однією ознакою односторонніх правочинів є можливість особи, яка його здійснила його й відмінити. Наприклад, відмінити або змінити заповіт. Однак

ця ознака не є визначальною, тому що деякі односторонні правочини, як, наприклад, відмова від спадщини, не може бути відмінена в силу закону.

Однак особливості правочину по видачі гарантії необхідно, з юридичної точки зору, розглядати виходячи не тільки з розуміння фактора волі, а і поєднання волі та волевиявлення, тому видача гарантії, зокрема у формі «гарантійного листа», все ж таки є одностороннім правочином, що підтверджує також аналіз норми ст. 560 ЦК України, в якій не вживається термін «договір гарантії». При спеціально-юридичному тлумаченні змісту цієї норми можна дійти висновку про бажання законодавця ввести такий вид забезпечення зобов'язання, як гарантія, яка може бути реалізована шляхом волевиявлення однієї особи.

Якщо уявити собі ситуацію, коли підставою виникнення зобов'язання гаранта була б згода між гарантом і принципалом, то така згода повинна була б розглядатися як договір на користь третьої особи. Власне, у цьому контексті можна стверджувати, що за таких обставин гарантія може бути результатом договору між відповідними сторонами.

Аргументом на користь того, що зобов'язання по гарантії є одностороннім правочином є також конститутивна ознака, яка властива одностороннім правочинам та зафіксована в ч. 3 ст. 202 ЦК України. А саме, що одностороннім правочином є дія однієї сторони, яка може бути представлена однією або кількома особами. Односторонній правочин може створювати обов'язки лише для особи, яка його вчинила. Односторонній правочин може створювати обов'язки для інших осіб лише у випадках, встановлених законом, або за домовленістю з цими особами.

Таким чином, не можна погодитися з авторами, які беззастережно розглядають гарантію як дво- або багатосторонній правочин. Гарантія є, як правило, одностороннім правочином, але має свої вищезгадані особливості, адже вона може бути видана на підставі договору між учасниками гарантійного правовідношення.

Таким чином, ***гарантія*** *— це письмове зобов'язання банку або іншої фінансової установи, яке видане за заявою іншої особи (принципала) сплатити кредитору принципала (бенефіціару) відповідно до вимог виданого гарантом зобов'язання грошову суму за письмовою вимогою про її сплату.*

Глава 16
ЗАВДАТОК

§ 1. Поняття та ознаки завдатку

Регламентація завдатку як одного зі способів забезпечення зобов'язань, найпоширенішим видом яких є договірні зобов'язання, здійснюється нормами статей 570—571 Цивільного кодексу України.

Так, відповідно до ст. 570 ЦК України «Завдатком є грошова сума або рухоме майно, що видається кредиторові боржником у рахунок належних з нього за договором платежів, на підтвердження зобов'язання і на забезпечення його виконання.»

Предметом завдатку можуть бути як грошові кошти, так і рухоме майно. У зв'язку з відсутністю у законі застереження щодо видів рухомого майна, можна припустити, що рухоме майно може бути предметом завдатку у тому випадку, коли боржник здійснює розрахунки з кредитором повністю або частково рухомим майном (наприклад, договір міни, договір оренди зі сплатою орендних платежів у натуральній формі тощо).

У статті 570 не визначається безпосередньо розмір завдатку, а відтак він визначається на розсуд сторін. Можна лише припустити, що в договірній практиці він має бути меншим від основної суми боргу.

Завдаток характеризується тим, що він одночасно виступає і способом платежу, і способом забезпечення виконання зобов'язань. Це означає, що завдаток виплачується стороною, яка зобов'язана сплачувати платежі за договором наперед — до моменту настання строку платежу. І у разі належного виконання забезпеченого

завдатком зобов'язання вартість завдатку утримується з належних з боржника платежів.

Завдаток відрізняється від усіх інших способів забезпечення виконання зобов'язання тим, що він може забезпечувати лише договірні зобов'язання, а відтак завдатком не можуть бути забезпечені деліктні зобов'язання, зобов'язання з безпідставного збагачення та інші, що виникають не на підставі договору. Крім того, не можуть бути забезпечені завдатком безвідплатні договори, наприклад, договір дарування, позики, доручення та ін.

Слід також зазначити, що ЦК УРСР 1963 р. також містив норми про завдаток, які, однак дещо по-іншому врегульовували цей спосіб забезпечення виконання зобов'язань. Так, у ст. 178 ЦК УРСР зазначалося, що завдатком можуть забезпечуватися договори між громадянами або за їх участю. Відповідно до ст. 195 ЦК УРСР завдатком є «грошова сума, що видається однією з договірних сторін в рахунок належних з неї за договором платежів другій стороні в підтвердження укладення договору і в забезпечення його виконання». Відтак до набрання чинності ЦК 2003 р. на законодавчому рівні було закріплено можливість забезпечення завдатком лише договірних зобов'язань, причому лише за участю громадян. Стаття 195 ЦК УРСР також містила подібну до ст. 571 ЦК норму, в якій визначалися правові наслідки невиконання договору, забезпеченого завдатком.

В юридичній літературі виділяються такі основні ознаки завдатку: 1) він слугує доказом укладення договору, який він одночасно забезпечує; 2) він виступає одночасно і способом платежу, і способом забезпечення. Крім того, в юридичній науці утверджується позиція про те, що завдатком забезпечується виконання тільки грошових зобов'язань, оскільки відповідно до ст. 570 він виплачується боржником кредитору в рахунок належних з боржника платежів за договором. Однак така позиція є спірною. Адже норма ст. 570 ЦК передбачає, що завдаток сплачується «боржником у рахунок належних з нього за договором платежів», а відтак можна зробити висновок, що маються на увазі не лише грошові платежі, а й інші види майнових платежів. Отже, ст. 570 допускає забезпечення завдатком не лише грошових, а й інших майнових зобов'язань.

Відсутність у Цивільному кодексі України правила про те, що завдатком, як і іншими способами, може забезпечуватися лише дійсне (існуюче між сторонами) зобов'язання, породжує у цивілістичній науці дискусії з цього приводу, а відтак впливає на практику застосування завдатку.

Одним з таких дискусійних питань є питання про те, чи повинно існувати основне зобов'язання на момент укладення правочину

про завдаток. Так, в статтях 570—571 ЦК України відсутнє застереження про те, що завдатком може забезпечуватись лише існуюче зобов'язання. Проте виходячи з норми ст. 571 ЦК можна зробити висновок, що саме визначення завдатку як грошової суми (рухомого майна), «що видається кредиторові *боржником у рахунок належних з нього за договором платежів*, *на підтвердження зобов'язання* і на забезпечення його виконання» свідчить про необхідність існування договірного зобов'язання між сторонами на момент укладення договору про завдаток. Крім того, до такого ж висновку можна дійти виходячи зі змісту статей 546—548 ЦК, які визначають, що завдатком та іншими способами може забезпечуватися виконання **основного зобов'язання** (мається на увазі — вже існуючого), якщо це встановлено договором або законом. Оскільки в ЦК та інших актах цивільного законодавства не передбачаються підстави для забезпечення завдатком зобов'язання, що може виникнути у майбутньому, можна зробити висновок про необхідність існування основного договірного зобов'язання між сторонами. Власне, саме на таких позиціях ґрунтується також і судова практика.

Так, у вересні 2001 р. М. звернувся з позовом до К. про відшкодування матеріальної та моральної шкоди. В заяві позивач зазначив, що з метою придбання дачного будинку в сільській місцевості дав відповідне оголошення в кількох газетах і після цього відповідачка запропонувала йому купити в с. Шибене Бородянського району Київської області земельну ділянку та садовий будинок, що належать їй на праві приватної власності. На підтвердження наміру укласти договір купівлі-продажу він, М., згідно з договором завдатку від 21 серпня 2001 р. передав відповідачці гроші в сумі, еквівалентній 500 дол. США (2 тис. 650 грн.). Однак договір купівлі-продажу не був укладений з вини К., оскільки остання не надала правовстановлюючих документів на садовий будинок. У зв'язку з наведеним позивач на підставі ст. 195 ЦК просив стягнути з відповідачки на його користь подвійну суму завдатку, а також зобов'язати К. відшкодувати заподіяну йому моральну шкоду.

К. пред'явила М. зустрічний позов про відшкодування матеріальної та моральної шкоди, пославшись на те, що наприкінці червня 2001 р. вирішила продати належну їй на праві приватної власності земельну ділянку. М. звернувся до неї з пропозицією придбати ділянку й у подальшому неодноразово оглядав її, а також документи, що підтверджують право власності на неї, сплатив завдаток і наполіг на вивезенні з дачного будинку зайвих побутових речей. Однак у визначений день для підписання договору купівлі-продажу не з'явився. Згодом став приходити до неї на роботу, поширювати неправдиві відомості, які порочать її честь, гідність і ділову репутацію, що спричинило психологічні страждання та погіршення стану здоров'я. У зв'язку з наведеним просила зобов'язати М. відшкодувати заподіяну їй матеріальну шкоду

(що полягає у витратах на перевезення речей, придбання ліків, а також у втраті заробітку) та моральну шкоду.

Солом'янський районний суд м. Києва рішенням від 7 червня 2002 р., залишеним без зміни ухвалою судової палати у цивільних справах Апеляційного суду м. Києва від 27 серпня 2002 р., позов М. до К. про відшкодування матеріальної та моральної шкоди задовольнив частково: ухвалив стягнути з К. на користь М. подвійну суму завдатку в розмірі 5 тис. 300 грн. та 110,5 грн. державного мита. У задоволенні решти позовних вимог та зустрічного позову відмовив.

К. не погодилась з рішенням суду і звернулась до суду з касаційною скаргою.

Розглянувши матеріали справи, Судова палата у цивільних справах Верховного Суду України дійшла висновку, що касаційна скарга підлягає задоволенню з таких підстав.

Ухвалюючи рішення про стягнення на користь М. подвійної суми завдатку, суд керувався ч. 2 ст. 195 ЦК, відповідно до якої грошова сума, що видається однією з договірних сторін у рахунок належних з неї за договором платежів другій стороні на підтвердження укладення договору й на забезпечення його виконання (завдаток), повертається в подвійному розмірі стороні, яка дала завдаток, якщо укладений договір не був виконаний з вини сторони, що одержала завдаток. Однак вказана норма матеріального права застосована судом неправильно, оскільки правило ч. 2 ст. 195 ЦК про залишення завдатку особі, яка його одержала, або стягнення з неї подвійної суми завдатку застосовується в тих випадках, коли між сторонами було укладено договір, проте він не виконується з вини якоїсь зі сторін. У тих випадках, коли сторони домовились укласти договір, але відповідно його не оформили, сплачені в рахунок виконання договору платежі визнаються авансовими і повертаються в тому розмірі, в якому вони надавалися.

За наведених обставин Судова палата у цивільних справах Верховного Суду України, керуючись ст. 342 ЦПК, касаційну скаргу К. задовольнила: рішення Солом'янського районного суду м. Києва від 7 червня 2002 р. та ухвалу судової палати у цивільних справах Апеляційного суду м. Києва від 27 серпня 2002 р. скасувала і направила справу на новий розгляд до суду першої інстанції.[1]

Подібні аргументи також викладені у рішенні Апеляційного суду АРК від 23 серпня 2006 р., відповідно до якого «поняття завдатку згідно зі ст. 570 ЦК України виникає за наявності договору, який передбачає платежі; по суті завдаток є способом забезпечення виконання договору, який вже укладений; якщо має місце тільки намір про укладення договору, зокрема договору купівлі-продажу майна, передача коштів повністю або частково за це майно фактично є

[1] Ухвала Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України від 26 лютого 2004 р. // Вісник Верховного Суду України. — 2005. — № 3(55).

авансом, тому наслідки, передбачені ст. 571 ЦК України, до зазначених коштів не застосовуються».[1]

Проте деякі автори вважають можливість поширення на завдаток правила ст. 573 ЦК, яке передбачає можливість забезпечення заставою вимоги, що може виникнути у майбутньому. Проте, по-перше, правила про заставу не можуть поширюватися на завдаток, у зв'язку з відсутністю застереження про це у статтях 570—571, а також у зв'язку з тим, що завдаток і застава є окремими способами забезпечення виконання зобов'язань, які регламентуються різними правовими нормами. По-друге, при аналізі змісту ст. 573 ЦК можна дійти висновку, що в даному разі має місце зобов'язання з відкладальною умовою, настання якої призведе до виникнення заставного зобов'язання.[2]

Така позиція підтверджується, зокрема, ЗУ «Про заставу», відповідно до ст. 3 якого «застава може мати місце щодо вимог, які можуть виникнути у майбутньому, за умови, якщо є угода сторін про розмір забезпечення заставою таких вимог».

Відповідно до п. 93 Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затвердженої наказом Мін'юсту України від 3 березня 2004 р. № 20/5 «заставою може бути забезпечене виконання дійсного зобов'язання або задоволення вимоги, яка може виникнути в *майбутньому на підставі договору, що набрав чинності*».

Власне на підтвердження цієї позиції Вищий арбітражний суд України надав Роз'яснення від 24 грудня 1999 р. № 02-5/602, в якому зазначив, що «оскільки заставою може забезпечуватись лише дійсна вимога, господарським судам слід з'ясовувати обставини, пов'язані з існуванням забезпечуваного заставою зобов'язання боржника. Якщо таке зобов'язання ще не виникло, право застави також не виникає, незважаючи на укладення договору застави і навіть на передачу предмета застави заставодержателю. Наприклад, за договором банківської позики право застави виникає лише після фактичного одержання суми позики боржником».

Отже, на підставі аналізу чинного законодавства України можна дійти висновку, що *завдаток може забезпечувати лише існуюче дійсне зобов'язання*. При цьому умова про завдаток може бути як предметом окремого правочину, так і входити до змісту основного правочину, вже укладеного сторонами.

---

[1] Справа №22-2383/2006р. // Єдиний державний реєстр судових рішень (http://reyestr.court.gov.ua).

[2] Науково-практичний коментар до Цивільного кодексу України / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової, В. В. Луця. — К.: 2006. — Т. ІІ. — С. 84.

На думку деяких авторів, неможливість забезпечення завдатком ще не існуючого зобов'язання призводить до загрози знищення завдатку, а, отже, йдеться про недоцільність забезпечення того зобов'язання, що вже відбулось[1]. Проте, необхідність забезпечення існуючого зобов'язання обумовлена загальновизнаною забезпечувальною функцією завдатку[2].

Крім того, підтвердженням необхідності існування основного зобов'язання є також те, що завдаток є додатковим зобов'язанням по відношенню до основного, яке воно забезпечує, походить та залежить від останнього, тобто є акцесорним.

Окрему увагу слід зосередити на питанні форми правочину про завдаток. Відповідно до ст. 547 ЦК правочин щодо забезпечення виконання зобов'язання вчиняється у письмовій формі, недотримання якої тягне за собою його недійсність. У статтях 570—571, які регламентують завдаток, відсутні застереження щодо можливості укладення угоди про завдаток в іншій формі, ніж це передбачається ст. 547. Постає питання, в якій формі має укладатися правочин щодо завдатку, який забезпечує виконання договору, що підлягає нотаріальному посвідченню. Відповідь на це питання можна знайти у п. 4 ст. 209, відповідно до якого, на вимогу фізичної або юридичної особи, будь-який правочин за її участю може бути нотаріально посвідчений. Такої проблеми не виникає у тих випадках, коли умова про завдаток міститься у самому змісті договору, що підлягає нотаріальному посвідченню. Коли ж правочин про завдаток укладається шляхом оформлення додаткової угоди до основного договору, він, як і основний договір, підлягає нотаріальному посвідченню відповідно до ст. 654 ЦК, згідно з якою зміна договору вчиняється в такій самій формі, що й договір, що змінюється, якщо інше не встановлено договором або законом чи не випливає із звичаїв ділового обороту. Відтак можна дійти висновку, що *правочин про завдаток укладається у письмовій формі, крім випадків, коли законом передбачається нотаріальна форма для договору, який забезпечується*

---

[1] *Осіпов А.* Поступово зникаючий завдаток // Юридичний вісник України. — 2006. — 22 квітня. — № 16 (564)

[2] *Иоффе О. С.* Обязательственное право. — М., 1975. — С. 167; Гражданское право / Под ред. Т. И. Илларионовой, Б. М. Гонгало, В. А. Плетнева. — М., 1998. — Ч. 1. — С. 409—410; Цивільне право України: Підручник. У 2 т. / За ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — Т. 2. — С. 42; Цивільне право України. Загальна частина. Підручник / За ред. І. А. Бірюкова, Ю. О. Заіки. — К.: КНТ, 2006. — С. 452; Цивільне право України: Підручник. — У 2 кн. / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — С. 680 та ін.

завдатком, або коли сторони за взаємною згодою бажають нотаріально посвідчити правочин про завдаток.

Особливу увагу також слід звернути на ч. 2 ст. 570, яка передбачає, що якщо не буде встановлено, що сума, сплачена в рахунок належних з боржника платежів, є завдатком, вона вважається авансом. Відтак, крім дотримання письмової форми правочину про завдаток необхідно також, щоб в такому правочині містилося визначення суми, що передається боржником кредиторові саме як завдаток. У противному разі, така сума буде вважатися авансом і не буде виконувати забезпечувальну функцію.

На відміну від завдатку, *аванс є лише способом платежу і не виконує забезпечувальної функції.* Аванс сплачується боржником в момент настання обов'язку платежу, тобто є попередньою оплатою. Крім того, боржник, що видав аванс, має право вимагати його повернення в усіх випадках невиконання чи неналежного виконання договору кредитором, а кредитора не може бути зобов'язано до повернення авансу у подвійному розмірі і, відповідно, до відшкодування збитків. Відтак, на відміну від завдатку, аванс не завжди слугує доказом існування зобов'язання.

§ 2. Зміст правовідносин, забезпечуваних завдатком

Стосовно видів зобов'язань, що можуть забезпечуватися завдатком, необхідно відзначити відсутність конкретного переліку таких зобов'язань в Цивільному кодексі, що породжує низку дискусій з цього приводу.

Проте в окремих нормативно-правових актах містяться посилання на можливість забезпечення завдатком конкретних видів зобов'язань. Так, ст. 10 Закону України «Про оренду державного та комунального майна» від 10 квітня 1992 р. встановлено перелік істотних умов договору оренди, до яких, зокрема, відноситься умова про забезпечення виконання зобов'язань — неустойку (штраф, пеня), поруку, завдаток, гарантію тощо.

Крім того, п. 10 Правил торгівлі у розстрочку, затверджених постановою КМУ від 1 липня 1998 р. № 997, передбачено, що передача у розпорядження покупцеві товарів, що придбаваються у розстрочку, здійснюється за умови внесення першого внеску (завдатку) у розмірі не менше 25 відсотків їх вартості, а товарів за ціною понад 50 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян — не менше 50 відсотків, що має зазначатися у договорі. При цьому встановлено, що

строк оплати решти вартості товарів має передбачатися договором у межах від 6 до 12 місяців, а товарів, вартість яких перевищує 50 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, — від 6 до 24 місяців, для транспортних засобів — від 6 до 60 місяців.

Підсумовуючи викладене, необхідно зазначити, що завдаток може забезпечувати договірні зобов'язання, які мають *триваючий характер*.

В цивільному законодавстві України інколи передбачаються спеціальні підстави для сплати грошових сум, названих завдатком. Так, в Тимчасовому положенні про порядок проведення прилюдних торгів з реалізації арештованого нерухомого майна, затвердженому Наказом Міністерства юстиції України від 27 жовтня 1999 р. № 68/5 визначається таке поняття, як «гарантійний внесок», під яким розуміється завдаток, який сплачує фізична або юридична особа, розмір якого встановлюється спеціалізованою організацією і не може перевищувати 5% стартової ціни майна, що виставляється на продаж. Цей внесок зараховується покупцю до купівельної ціни, іншим учасникам ця сума повертається протягом трьох робочих днів після закінчення прилюдних торгів. Гарантійний внесок також підлягає поверненню, якщо торги не відбулися. Гарантійний внесок не повертається у випадках, коли покупець не внесе всієї належної суми в терміни, передбачені цим Положенням, а також учаснику торгів, який став переможцем торгів, але відмовився підписати протокол.

Ще один випадок застосування завдатку був передбачений п. 3.3 Наказу Міністерства зв'язку України «Про організацію та проведення конкурсів на використання радіочастот в Україні», згідно з яким учасник конкурсу на використання радіочастот зобов'язаний додати до пакету документів платіжний документ, що підтверджує сплату учасником завдатку в розмірі 10 відсотків ціни заявленої ліцензії. Проте Рішенням Національної комісії з питань регулювання зв'язку України від 6 вересня 2007 р. № 911 термін «завдаток» був замінений на термін «конкурсна (тендерна) гарантія», який визначається як грошовий внесок у розмірі 10 відсотків початкової вартості смуги радіочастот, який вноситься претендентом як засіб забезпечення сумлінності дотримання ним своїх зобов'язань на період проведення конкурсу[1]. Внесений завдаток повертається учаснику конкурсу в разі, якщо він не пройшов конкурс, в строк не пізніше 10 діб після дня закінчення проведення конкурсу. Покупцеві, який придбав ліцензію, вказана сума завдатку зараховується в установленому порядку при сплаті вартості ліцензії.

[1] Офіційний вісник України. — 2007. — № 76. — С. 75. — Ст. 2830.

Подібні норми також передбачені в інших нормативно-правових актах, які регулюють порядок проведення окремих видів аукціонів. Зокрема, в Порядку продажу на аукціонах виробів з дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння, дорогоцінного каміння органогенного утворення та напівдорогоцінного каміння з Державного фонду дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння України, затверджено Наказом Міністерства фінансів України від 1 червня 2006 р. № 517.

Як видно зі змісту наведених нормативно-правових актів, в них передбачаються особливі форми завдатку, в яких не застосовується повернення завдатку в подвійному розмірі та не передбачається можливість відшкодування збитків, завданих порушенням зобов'язання, забезпеченого завдатком. Крім того, вони забезпечують спеціальні види зобов'язань, а саме зобов'язання з участі в аукціоні.

На практиці досить часто виникають спори з приводу можливості забезпечення завдатком попереднього договору, зокрема щодо укладення в майбутньому договору купівлі-продажу нерухомості. Агенції нерухомості, укладаючи з покупцем та продавцем договір про надання послуг, який також містить певні ознаки попереднього договору, зазвичай закладають у ньому умову про завдаток. Проте, з метою уникнути проблем, пов'язаних з можливою недійсністю таких договорів, вони пропонують укладати авансову угоду або договір про наміри. Відтак у першому випадку має місце правочин, за яким покупець сплачує продавцеві майбутньої нерухомості певну грошову суму в якості авансу, причому правові наслідки його сплати прирівнюються до правових наслідків сплати завдатку. Отже, при виникненні спору щодо змісту такого договору, його можна розтлумачити саме як правочин про завдаток. Проблема у цьому випадку виникає з тим, що самого договору купівлі-продажу ще не укладено між сторонами, відтак і правочин про завдаток не набирає чинності.

Стосовно правомірності укладення договору про наміри у сфері купівлі-продажу нерухомості, то відповідно до ст. 635 ЦК договір про наміри не вважається попереднім договором, якщо в ньому немає волевиявлення сторін щодо надання йому сили попереднього договору, тож він не породжує у сторін таких прав та обов'язків як попередній договір. Якщо ж в такому договорі існує таке волевиявлення сторін, то він має називатися попереднім договором. А це породжує необхідність нотаріального посвідчення такого договору, чого зазвичай намагаються уникнути агенції з нерухомості.

З приводу законності таких умов існують різні точки зору в цивільно-правовій науці. Так, на думку В. В. Вітрянського, завда-

ток може забезпечувати виконання попереднього договору[1]. Протилежної точки зору притримується Б. М. Гонгало, на думку якого завдаток не може забезпечувати виконання попереднього договору, адже цей договір є організаційним договором, мета якого полягає в укладенні договору в майбутньому, а тому він не може передбачати можливість передання будь-якого майна, в тому числі грошових коштів в якості завдатку[2].

Для відповіді на це питання необхідно з'ясувати основні ознаки попереднього договору.

Відповідно до ст. 635 ЦК України попереднім є договір, сторони якого зобов'язуються протягом певного строку (у певний термін) укласти договір в майбутньому (основний договір) на умовах, встановлених попереднім договором.

Стосовно сфери застосування попереднього договору, то українським законодавством вона безпосередньо не визначена. Відтак попередній договір може укладатися, виходячи з принципу свободи договору, щодо будь-кого виду цивільно-правового договору.

Більш вдалим, на мою думку, уявляється підхід російських законодавців до цієї проблеми. Так, відповідно до ст. 429 ЦК РФ за попереднім договором сторони зобов'язуються укласти у майбутньому договір про передачу майна, виконання робіт чи надання послуг (основний договір) на умовах, передбачених попереднім договором.

На нашу думку, є більше підстав вважати неможливим забезпечення завдатком попереднього договору. Адже виходячи з визначення попереднього договору, даного в ст. 635 ЦК, це договір, сторони якого зобов'язуються протягом певного строку *укласти договір в майбутньому на умовах, встановлених попереднім договором*. Стосовно істотних умов попереднього договору, то до них відносяться всі ті умови, що є істотними для основного договору. Відтак в ньому можуть *передбачатися лише права та обов'язки сторін, спрямовані на укладення основного договору*. Зокрема, одна з сторін може бути наділена обов'язком отримати довідку з БТІ чи іншого державного органу, необхідну для державної реєстрації договору купівлі-продажу нерухомості, розробити проект договору купівлі-продажу та ін. Проте при зазначенні таких обов'язків сторони вправі передбачити, наприклад, пеню за прострочення виконання таких обов'язків. Однак це аж ніяк не означає, що така пеня встановлюється в якості способу забезпечення виконання договору купівлі-продажу, який

---

[1] *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право: Общие положения. — М.: Статут, 1997. — С. 485

[2] *Гонгало Б. М.* Учение об обеспечении обязательств. — М.: Статут, 2004. — С. 80—82.

тільки планується укласти. Крім того, завдаток передається однією стороною другій *стороні в рахунок належних з неї по договору платежів*, а виходячи зі змісту попереднього договору, цей *договір є безвідплатним*, а відтак ніякі платежі боржником кредитору за цим договором передаватися не можуть. Проте в попередньому договорі може передбачатися право однієї зі сторін, що понесла витрати, пов'язані, наприклад, з оформленням документів, необхідних для укладення договору купівлі-продажу, на відшкодування таких витрат другою стороною або обов'язок однієї зі сторін попереднього договору нести витрати, пов'язані з підготовкою до укладення основного договору. У цьому випадку, на нашу думку, завдаток може застосовуватися для забезпечення виконання попереднього договору. Крім того, можливість забезпечення попереднього договору виникає також у разі укладення змішаного договору, який містить у собі елементи не лише попереднього договору, але й інших відплатних договорів, наприклад, договору про виконання робіт, надання послуг тощо.

Однак, виходячи з норми ч. 2 ст. 546 ЦК, перелік способів забезпечення виконання зобов'язань наведений у цій статті не є вичерпним, і договором або законом можуть передбачатися інші способи. Отже, можна стверджувати, що *попередній договір може бути забезпечений іншим способом, передбаченим законом або договором.*

Власне з таких же позицій виходить і судова практика.

Так, в червні 2006 р. О. звернувся до суду з позовом про повернення з чужого володіння незаконно отриманих грошових коштів, відшкодування моральної шкоди, у якому зазначав, що 3 листопада 2005 р. уклав з відповідачем Б. попередній договір про зобов'язання укласти договір купівлі—продажу 39/100 частин жилого будинку. В рахунок оплати зазначеної частини будинку ним, позивачем, було передано Б. 5 100 грн.

Строк укладення основного договору купівлі—продажу сплинув 3 лютого 2006 р., проте договір купівлі-продажу укладено не було з вини відповідача, який ввів його, позивача, в оману відносно істотних умов договору.

Під час укладення попереднього договору було обумовлено, що частина будинку, яку він мав намір придбати, має земельну ділянку, водопровід, газ та каналізацію. Коли він оглянув будинок, то встановив, що частина будинку, яку він мав намір придбати, не має земельної ділянки, водопроводу, газу та каналізації. Крім того, відповідачем не забезпечено надання згоди на укладення договору купівлі-продажу особи, яка є власником іншої частини будинку.

Посилаючись на вказані обставини, а також на п. 5 попереднього договору, ст. 571 ЦК України, позивач просив стягнути з Б. на його користь суму завдатку 5 100 грн., додатково суму завдатку 5 100 грн. та 1 700 грн. на відшкодування моральної шкоди.

Відповідач проти позову заперечував, посилаючись на те, що позивач безпідставно відмовився від укладення договору купівлі-продажу, адже він з самого початку попередив його, що земельна ділянка знаходиться в загальному користуванні, а вода — в колонці.

Рішенням Харківського районного суду Харківської області від 8 червня 2006 року позов задоволено частково. Постановлено стягнути з Б. на користь О. завдаток у сумі 5 100 грн., додатково суму завдатку 5 100 грн. та витрати по сплаті судового збору в сумі 102 грн. Постановлено стягнути з Б. витрати на інформаційно-технічне забезпечення в сумі 30 грн. В іншій частині позову відмовлено.

Б. звернувся до суду з апеляційною скаргою, в якій просив рішення суду в частині стягнення з нього завдатку в сумі 5 100 грн., додатково суми завдатку 5 100 грн. та витрат по сплаті судового збору скасувати, і в позові в цій частині відмовити.

На думку Апеляційного суду Харківської області, апеляційна скарга підлягає частковому задоволенню, а рішення суду першої інстанції — зміні з підстав, передбачених пунктами 3, 4 ч. 1 ст. 309 ЦПК України, оскільки, задовольняючи позов, суд першої інстанції вважав доведеним, що позивач в рахунок належних з нього платежів за договором купівлі-продажу частини жилого будинку, на підтвердження цього зобов'язання і на забезпечення його виконання передав відповідачу 5 100 грн. Оскільки порушення зобов'язання сталося з вини відповідача, останній, відповідно до вимог ст. 570, 571 ЦК України, повинен повернути позивачеві завдаток та додатково суму завдатку.

Такий висновок суду першої інстанції не відповідає обставинам справи і зроблений судом з порушенням норм матеріального права. Апеляційним судом було встановлено, що 3 листопада 2005 р. сторони уклали нотаріально посвідчений попередній договір, відповідно до якого зобов'язались в строк до 3 лютого 2006 р. укласти договір купівлі-продажу 39/100 частин жилого будинку з відповідною частиною надвірних будівель. Ціна продажу визначена сторонами в сумі 132 600 грн., з яких 5 100 грн. О. сплатив Б. на забезпечення виконання зобов'язань.

Відповідно до ч. 3 ст. 635 ЦК України зобов'язання, встановлене попереднім договором, припиняється, якщо основний договір не укладений протягом строку (у термін), встановленого попереднім договором, або якщо жодна із сторін не направить другій стороні пропозицію про його укладення.

Судом встановлено і не заперечується сторонами, що в строк, визначений попереднім договором, основний договір купівлі—продажу укладено не було і жодна зі сторін не направила другій стороні пропозицію про його укладення.

З огляду на це та відповідно до вимог ч. 3 ст. 635 ЦК України зобов'язання, встановлене попереднім договором, припиняється. А отже, сума, внесена О. при укладенні попереднього договору, повинна бути йому повернута Б.

Відтак вимоги про стягнення додаткової суми 5 100 грн. є безпідставними. Адже ця сума є авансом, а не завдатком, оскільки договір купівлі-продажу частини будинку сторонами укладено не було. А відповідно до ст. 570 ЦК

України завдатком є грошова сума, яка видається кредиторові боржником у рахунок належних з нього платежів за вже укладеним договором.

Отже, відповідач Б. не може бути зобов'язаний до повернення внесеної позивачем суми у подвійному розмірі. Частина 2 ст. 635 ЦК України передбачає лише санкції для сторони, яка необґрунтовано ухиляється від укладення основного договору, передбаченого попереднім договором.

Відтак судова колегія апеляційного суду Харківської області апеляційну скаргу відповідача Б. задовольнила частково і вирішила стягнути з нього на користь позивача 5 100 (п'ять тисяч сто) грн. та витрати по сплаті судового збору в сумі 51 грн., в іншій частині це ж рішення залишила без змін[1].

З врахуванням усіх висловлених позицій, можна дійти висновку, що завдаток може забезпечувати лише те *договірне відплатне зобов'язання, яке існує на момент укладення правочину про завдаток та має триваючий характер*. Тому завдатком не може забезпечуватися виконання попереднього договору або іншого договору, який сторони планують укласти в майбутньому. Не можуть також забезпечуватись завдатком деліктні та інші недоговірні зобов'язання, а також безвідплатні зобов'язання.

У XVIII—XIX ст. у російському законодавстві передбачався договір «запродажу», за яким сторони зобов'язувалися укласти у певний строк договір купівлі-продажу. Відтак цей договір слугував своєрідним видом попереднього договору, проте з тією особливістю, що сфера його застосування обмежувалася договором купівлі-продажу. Передбачалася також можливість забезпечення такого договору завдатком шляхом включення такої умови у запродажний запис або шляхом видачі завдаткової розписки, в якій мали зазначатися: зазначення строку її видачі, визначення умов договору.

Правові наслідки порушення або припинення зобов'язання, забезпеченого завдатком, визначаються ст. 571 ЦК.

Загальним наслідком порушення зобов'язання з вини боржника є залишення суми завдатку у кредитора. Цей наслідок і обумовлює віднесення завдатку до засобів цивільно-правової відповідальності, адже у разі порушення боржником зобов'язання з його вини він втрачає вартість завдатку.

Отже, завдаток не повертається у разі наявності вини боржника у порушенні зобов'язання. А у разі наявності вини кредитора у порушенні зобов'язання, він несе відповідальність за таке порушення шляхом повернення подвійної вартості завдатку боржнику.

---

[1] Рішення апеляційного суду Харківської області 5 вересня 2006 р. по справі № 22-ц-4166/2006 р. // Єдиний державний реєстр судових рішень.

Крім загальних наслідків у формі втрати завдатку ч. 2 ст. 571 наділяє добросовісну сторону правом вимагати від винної сторони відшкодування заподіяних порушенням зобов'язання збитків. При цьому розмір збитків, якщо інше не передбачено договором між ними, вираховується виходячи з вартості, на яку збитки перевищують вартість завдатку. В даному випадку необхідно враховувати загальні норми про відшкодування збитків, передбачені ст. 22 ЦК.

Відповідно до ч. 3 ст. 571 завдаток підлягає також поверненню у разі припинення зобов'язання до початку його виконання або внаслідок неможливості його виконання. Припинення зобов'язання до початку його виконання може бути обумовлене такими обставинами, як недоцільність його виконання сторонами або коли відпала необхідність у сторін на виконання зобов'язання. В даному випадку має місце згода сторін на припинення зобов'язання до початку його виконання. Другою підставою для повернення завдатку є припинення зобов'язання у разі настання обставин, за які жодна із сторін не відповідає, що призвело до його припинення (ст. 607 ЦК).

Глава 17

ЗАСТАВА ЯК СПОСІБ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ

§ 1. Поняття і зміст застави. Підстави виникнення застави

Відповідно до ст. 572 ЦК України та ст. 1 Закону України «Про заставу» (далі — Закон про заставу) **застава** — це спосіб забезпечення зобов'язань, в силу якої кредитор (заставодержатель) має право у разі невиконання боржником (заставодавцем) зобов'язання, забезпеченого заставою, одержати задоволення за рахунок заставленого майна переважно перед іншими кредиторами цього боржника, якщо інше не встановлено законом (право застави).

Застава як спосіб забезпечення зобов'язання:

1) є спеціальним способом забезпечення зобов'язання, що встановлюється в момент виникнення зобов'язання;

2) має акцесорний (додатковий) характер і залежить від основного зобов'язання;

3) супроводжуються виділом з майна боржника певної його частини, яка має, перш за все, задовольняти можливі вимоги кредитора, з відстороненням від неї інших можливих кредиторів;

4) не є юридичною відповідальністю;

5) є забезпеченням виконання зобов'язання шляхом звернення стягнення на майно боржника;

6) відноситься до тих забезпечувальних способів, що можуть бути застосовані між будь-якими суб'єктами.

Наприклад, заставою можуть забезпечуватися зобов'язання, які випливають, зокрема, з договорів позики, кредиту, купівлі-продажу, оренди, перевезення вантажу тощо.

За загальним правилом, застава може збільшуватися або зменшуватися у сумі, залежно від зміни суми основної вимоги. Залежність застави від основної вимоги підтверджується також тим, що визнання недійсності основного зобов'язання тягне за собою і недійсність застави. Крім того, похідність застави тісно пов'язана з тим, що застава завжди слідує долі основного зобов'язання і не має самостійного життя щодо забезпечуваної нею вимоги. Задоволення основного зобов'язання автоматично стає підставою для припинення застави (ст. 28 Закону про заставу).

Суб'єктами заставних відносин є:

— заставодержатель (кредитор)

— заставодавець (боржник).

В силу застави заставодержатель отримує не право на предмет застави, а право, у разі невиконання заставодавцем зобов'язання, забезпеченого заставою, одержати задоволення за рахунок заставленого майна переважно перед іншими кредиторами цього боржника.

Відповідно до ст. 3 Закону про заставу ***заставою може бути забезпечена***:

— дійсна існуюча вимога;

— вимога, що може виникнути у майбутньому.

Дійсність застави означає, що нею забезпечуються лише:

— вимоги, які відповідають закону та непогашені за давністю;

— реально існуюча вимога, а не уявна вимога, тобто, якщо після укладення основного договору позики, забезпеченого заставою певного майна, не відбулося фактичної передачі позики боржникові, то у кредитора не виникає реальної вимоги до боржника.

Закон припускає, що застава може встановлюватися стосовно вимог, які можуть виникнути у майбутньому, «за умови, якщо є угода сторін про розмір забезпечення заставою таких вимог» (ст. 3 Закону про заставу). Забезпечення заставою майбутньої вимоги за своєю суттю є забезпеченням не вимоги, а саме зобов'язання, що може мати місце у майбутньому. Тоді право застави виникне у разі дотримання двох умов: якщо зобов'язання виникло і якщо це зобов'язання не виконується або виконується неналежним чином.

Так, заставою можуть забезпечуватися і вимоги щодо відшкодування збитків, заподіяних невиконанням або неналежним виконанням зобов'язання, хоч такі вимоги можуть і не виникнути, якщо боржник належним чином виконає своє зобов'язання. Єдина умова — домовленість сторін про розмір забезпечення заставою таких зобов'язань.

Відповідно до ст. 19 зазначеного Закону, застава забезпечує вимогу у тому обсязі, який існує на момент задоволення: за рахунок

заставленого майна заставодержатель має право задовольнити свої вимоги в повному обсязі, що визначається на момент фактичного задоволення, включаючи проценти, відшкодування збитків, завданих простроченою виконання (а у випадках, передбачених законом чи договором, — неустойку), необхідні витрати на утримання заставленого майна, а також витрати на здійснення забезпеченої заставою вимоги, якщо інше не передбачено договором застави.

Застава, внаслідок її універсальності, широко застосовується і для забезпечення інших, ніж цивільно-правових, зобов'язань. Так, існує *податкова застава* — спосіб забезпечення податкового зобов'язання платника податків, не погашеного у строк; виникає згідно із законом та не потребує письмового оформлення. *Грошова застава* передбачена виборчим законодавством і застосовується з метою забезпечення відповідального ставлення громадян-кандидатів до їхньої участі у виборах, сприяє прийняттю виважених рішень кандидатами щодо реалізації їхнього пасивного виборчого права, а також застерігає від можливих невиправданих витрат із державних фондів.

Крім того, існує також *страхова застава, грошова застава у митному законодавстві*, *застава як запобіжний захід в кримінально-процесуальному законодавстві України*.

Проте всі ці випадки застосування застави не регулюються Законом про заставу, оскільки останній регулює заставу як спосіб забезпечення виконання саме цивільних зобов'язань.

Відповідно до ст. 574 ЦК України ***застава виникає на підставі*:**

— договору;

— закону;

— рішення суду.

Найбільш поширеною підставою виникнення заставних відносин є договір застави.

Якщо застава виникає внаслідок закону, то закон, в якому передбачено виникнення застави, повинен містити вказівку, через які зобов'язання і яке конкретно майно повинне бути в заставі. Наприклад, відповідно до ч. 6 ст. 694 ЦК України з моменту передачі товару, проданого в кредит, і до його оплати продавцю належить право застави на цей товар.

Рішення суду як підстава виникнення заставних відносин поки що в Україні не діє, оскільки судова практика вказану новелу поки що не сприйняла. Проте як приклад у науковій літературі наводиться постанова Пленуму Верховного Суду України «Про практику застосування судами застави, як запобіжного заходу» від 26 березня 1999 р. № 6. Зі змісту вказаної постанови випливає теза про те, що

така застава виникає на підставі постанови (ухвали) суду. Застава як запобіжний захист, який існує у КПК України, не є заставою, яка виникла на підставі рішення суду у контексті цивільного законодавства.

Згідно зі ст. 585 ЦК України ***право застави виникає у двох випадках***.

1. З моменту укладення договору застави, а у випадках, коли договір підлягає нотаріальному посвідченню, — з моменту його нотаріального посвідчення. Тобто момент виникнення права застави пов'язується з моментом укладення договору застави або з моментом його нотаріального посвідчення.

Так, ст. 3 Закону України «Про іпотеку» (далі — Закон про іпотеку) передбачено, що взаємні права і обов'язки іпотекодавця та іпотекодержателя за іпотечним договором виникають з моменту його нотаріального посвідчення. У разі іпотеки, яка виникає на підставі закону або рішення суду, взаємні права і обов'язки сторін виникають з дня вчинення відповідного правочину, на підставі якого виникає іпотека, або з дня набрання законної сили рішенням суду.

Статтею 12 Закону України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень» визначено, що взаємні права та обов'язки за правочином, на підставі якого виникло обтяження, виникають у відносинах між обтяжувачем і боржником з моменту набрання чинності цим правочином, якщо інше не встановлено законом.

2. Якщо предмет застави відповідно до договору або закону повинен перебувати у володінні заставодержателя, то право застави виникає в момент передання йому предмета застави. Якщо таке передання було здійснене до укладення договору застави, право застави виникає з моменту його укладення. Тобто момент виникнення права застави пов'язується з моментом передання предмета застави або з моментом укладення договору застави.

§ 2. Предмет застави

Предметом застави ***може бути***:

— будь-яке майно (зокрема річ, цінні папери, майнові права), що може бути відчужене заставодавцем і на яке може бути звернене стягнення (земельні ділянки, що належать особам на праві приватної власності);

— майно, яке заставодавець набуде після виникнення застави (майбутній урожай, приплід худоби тощо).

Відповідно до ч. 3 ст. 576 ЦК України право застави (право заставодержателя) на річ, яка є предметом застави, поширюється на

її приналежність, якщо інше не встановлено договором. Це право також поширюється і на плоди, продукцію та доходи, одержані від використання заставленого майна, у випадках, встановлених договором. Тобто сторони у договорі застави можуть передбачити, що право застави буде поширюватися на плоди, продукцію та доходи, одержані від використання заставленого майна.

Зазначимо, що майно, що перебуває у спільній власності, може бути передано в заставу тільки за згодою всіх співвласників. Майно, що перебуває у спільній частковій власності (частки, паї), може бути самостійним предметом застави за умови виділення його в натурі.

Предметом застави ***не можуть бути:***

— національні, культурні та історичні цінності, які є об'єктами права державної власності і занесені або підлягають занесенню до Державного реєстру національної культурної спадщини;

— вимоги, які мають особистий характер;

— інші вимоги, застава яких заборонена законом.

За загальним правилом предмет застави залишається у заставодавця, якщо інше не встановлено договором або законом.

Відзначимо, що застава окремих видів майна може бути заборонена або обмежена законом.

Пряма заборона використання у якості предмета застави передбачена щодо:

— майна, переданого за договором довічного утримання (догляду) — ч. 1 ст. 754 ЦК України;

— майна і коштів благодійних організацій — ч. 5 ст. 19 Закону України «Про благодійництво та благодійні організації»;

— приватизаційних паперів — ст. 5 Закону України «Про приватизаційні папери»;

— земельного сервітуту — ч. 2 ст. 101 Земельного кодексу України;

— речей, які неможливо відчужити: посвідчення особи, паспорт, інші документи;

— об'єктів державної власності, приватизація яких заборонена законом, а також майнових комплексів державних підприємств та їх структурних підрозділів, що знаходяться у процесі корпоратизації — ч. 7 ст. 4 Закону про заставу. Проте, відповідно до ч. 8 цієї статті Закону предметом застави зазначених підприємств та їх структурних підрозділів, що знаходяться в процесі корпоратизації, можуть бути їхні товари в обороті або в переробці;

— документів Національного архівного фонду та архівних установ — ст. 10 Закону України «Про Національний архівний фонд та архівні установи».

Заміна предмета застави може здійснюватися тільки за згодою заставодержателя, якщо інше не встановлено договором або законом.

Відповідно до ст. 580 ЦК України ризик випадкового знищення або випадкового пошкодження предмета застави несе власник заставленого майна, якщо інше не встановлено договором або законом.

У разі випадкового знищення або випадкового пошкодження предмета застави заставодавець на вимогу заставодержателя зобов'язаний:

— надати рівноцінний предмет;

— якщо це можливо, відновити знищений або пошкоджений предмет застави.

Невиконання заставодавцем вказаного обов'язку можна розглядати як порушення ним правил про заміну предмета застави або втрату предмета застави за обставин, за які заставодержатель не відповідає, якщо заставодавець не замінив або не відновив предмет застави (ч. 1 ст. 592 ЦК України). У такому випадку заставодержатель має право вимагати дострокового виконання зобов'язання, забезпеченого заставою.

Сторони мають право за взаємною згодою застрахувати предмет застави у тому разі, якщо таке страхування не є обов'язковим. Сума, на яку страхується предмет застави, визначається за взаємною згодою сторін. Водночас сторони можуть вирішити питання, за чий рахунок має здійснюватися таке страхування.

Після настання страхового випадку, коли предметом застави стає право вимоги до страховика, до такої застави застосовуються норми ЦК України та інших нормативно-правових актів з урахуванням спеціальних норм щодо застави майнових прав.

Наприклад, відповідно до ст. 8 Закону про іпотеку іпотекодавець зобов'язаний застрахувати предмет іпотеки на його повну вартість від ризиків випадкового знищення, випадкового пошкодження або псування, якщо іпотечним договором цей обов'язок не покладено на іпотекодержателя. У разі наступної іпотеки страхування предмета іпотеки не є обов'язковим. Договір страхування укладається на користь іпотекодержателя, який у разі настання страхового випадку набуває право вимоги до страховика. У разі набуття прав за іпотечним договором новим іпотекодержателем він також набуває право вимоги до страховика.

Оцінка предмета застави не є обов'язковою, а здійснюється тільки тоді, коли це вимагає закон чи договір. Згідно з ч. 2 ст. 582 ЦК України оцінка здійснюється заставодавцем разом із заставодержа-

телем відповідно до звичайних цін, що склалися на момент виникнення права застави, якщо інший порядок оцінки предмета застави не встановлений договором або законом.

Так, ст. 13 Закону України «Про оцінку земель» передбачено, що проведення експертної грошової оцінки земельних ділянок є обов'язковим у разі застави земельної ділянки. Крім того, ст. 7 Закону України «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні» передбачає випадки обов'язкового проведення незалежної оцінки майна.

§ 3. Користування та розпорядження предметом застави

Відповідно до ст. 586 ЦК України ***заставодавець має право:***

— користуватися предметом застави відповідно до його призначення, у тому числі здобувати з нього плоди та доходи, якщо інше не встановлено договором і якщо це випливає із суті застави;

— відчужувати предмет застави;

— передавати предмет застави в користування іншій особі;

— іншим чином розпоряджатися ним лише за згодою заставодержателя, якщо інше не встановлено договором чи законом.

— заповідати заставлене майно.

Необхідно зазначити, що ст. 10 Закону України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень» передбачено винятки з правила про необхідність згоди заставодержателя на відчуження майна заставодавцем. Так, у разі відчуження рухомого майна боржником, який не мав права його відчужувати, особа, що придбала це майно за відплатним договором, вважається його добросовісним набувачем згідно зі ст. 388 ЦК України за умови відсутності в Державному реєстрі обтяжень рухомого майна відомостей про обтяження цього рухомого майна. Добросовісний набувач набуває право власності на таке рухоме майно без обтяжень.

Заставодержатель має право користуватися переданим йому предметом застави лише у випадках, встановлених договором. За договором на заставодержателя може бути покладено обов'язок здобувати з предмета застави плоди та доходи. Зазначимо, що сам факт володіння не є підставою для користування заставодержателем предметом застави.

Особа, яка володіє предметом застави, зобов'язана (якщо інше не встановлено договором):

— вживати заходів, необхідних для збереження предмета застави;

— утримувати предмет застави належним чином;

— негайно повідомляти другу сторону договору застави про виникнення загрози знищення або пошкодження предмета застави.

Сторони договору застави мають право встановити також й інші обов'язки володільця предмета застави на період дії заставного зобов'язання.

Заставодавець, який володіє предметом застави, у разі втрати, псування, пошкодження або знищення заставленого майна з його вини зобов'язаний замінити або відновити це майно, якщо інше не встановлено договором. А володілець-заставодержатель при виникненні з його вини аналогічних випадків — зобов'язаний відшкодувати заставодавцю заподіяні збитки.

Наприклад, відповідно до ст. 48 Закону про заставу за втрату або недостачу предмета закладу заставодержатель несе відповідальність у розмірі вартості втраченого майна, а за пошкодження предмета закладу — в розмірі суми, на яку знизилась вартість заставленого майна. Заставодержатель зобов'язаний відшкодувати заставодавцю всі заподіяні збитки в повному обсязі, якщо це передбачено законом чи договором. Він відповідає за втрату, недостачу чи пошкодження предмета закладу, якщо не доведе, що втрата, недостача чи пошкодження сталися не з його вини.

§ 4. Наступна застава. Дострокове виконання зобов'язання, забезпеченого заставою. Припинення права застави

Відповідно до ст. 588 ЦК України наступна застава майна, що вже заставлене, допускається, якщо інше не встановлено попереднім договором застави або законом. Наступна застава майна не припиняє право застави попереднього заставодержателя. Тобто, якщо предметом є майно, яке вже є заставним забезпеченням іншого зобов'язання, право застави попереднього заставодержателя зберігає силу.

Перший заставодержатель має переважне право перед наступними заставодержателями на задоволення своїх вимог за рахунок заставленого майна. Вимоги наступних заставодержателів задовольняються в порядку черговості виникнення права застави, крім випадку, передбаченого ч. 4 ст. 588 ЦК України. Тобто діє принцип старшинства попередньої застави над наступною, крім випадків, коли предметом застави є рухоме майно.

Якщо предметом застави є рухоме майно, заставодержатель зареєстрованої застави має переважне право на задоволення вимог із заставленого майна перед заставодержателями незареєстрованих застав та застав, які зареєстровані пізніше.

Заставодавець незареєстрованої застави зобов'язаний надати кожному із заставодержателів інформацію про всі попередні застави майна в обсязі, встановленому щодо істотних вимог договору застави. До його обов'язків входить також відшкодування збитків, що виникли у будь-кого із заставодержателів внаслідок невиконання ним цього обов'язку.

За загальним правилом основне зобов'язання, виконання за яким забезпечується заставою, має бути виконане на умовах і в строки, визначених в ньому. Захищаючи заставодержателя від можливих неправомірних дій недобросовісних заставодавців, ст. 592 ЦК України передбачає, що ***заставодержатель має право вимагати дострокового виконання зобов'язання*****,** забезпеченого заставою, ***у разі***:

— передання заставодавцем предмета застави іншій особі без згоди заставодержателя, якщо одержання такої згоди було необхідним;

— порушення заставодавцем правил про заміну предмета застави;

— втрати предмета застави за обставин, за які заставодержатель не відповідає, якщо заставодавець не замінив або не відновив предмет застави.

Проте, якщо його вимога не буде задоволена, він може звернути стягнення на предмет застави:

— у разі порушення заставодавцем правил про наступну заставу;

— у разі порушення заставодавцем правил про розпоряджання предметом застави;

— в інших випадках, встановлених договором.

Відповідно до ст. 593 ЦК України **право застави припиняється у разі**:

— припинення зобов'язання, забезпеченого заставою;

— втрати предмета застави, якщо заставодавець не замінив предмет застави;

— реалізації предмета застави;

— набуття заставодержателем права власності на предмет застави,

— в інших випадках, встановлених законом.

Так, відповідно до ст. 17 Закону «Про іпотеку» іпотека припиняється у разі:

— припинення основного зобов'язання або закінчення строку дії іпотечного договору;

— реалізації предмета іпотеки відповідно до цього Закону;

— набуття іпотекодержателем права власності на предмет іпотеки;

— визнання іпотечного договору недійсним; з інших підстав, передбачених Законом «Про іпотеку».

Згідно зі ст. 29 Закону про заставу у разі відмови кредитора прийняти виконання забезпеченою заставою грошової вимоги відповідна сума вноситься заставодавцем у депозит державної нотаріальної контори, приватного нотаріуса. Якщо внесена в депозит сума повністю покриває борг, застава припиняється.

У разі припинення права застави на нерухоме майно до державного реєстру вносяться відповідні дані, а саме: про зняття заборони на відчуження предмета застави.

У разі припинення права застави внаслідок виконання забезпеченого заставою зобов'язання заставодержатель, у володінні якого перебувало заставлене майно, зобов'язаний негайно повернути його заставодавцеві.

§ 5. Договір застави

Договір застави є двостороннім договором, який вступає в силу, за загальним правилом, з моменту укладення договору. Дійсність договору застави залежить від додержання форми його вчинення.

До форми договору застави застосовуються вимоги ст. 547 ЦК про форму правочину щодо забезпечення виконання зобов'язання, а також норми ст. 13 Закону про заставу, згідно з якими договір застави вчиняється *у письмовій формі*, яка може бути *простою* або *нотаріальною* (з державною реєстрацією).

Договір застави може бути або самостійним, тобто відокремленим від договору, за яким виникає забезпечене заставою зобов'язання, або умову про заставу може бути включено до основного договору.

Наприклад, Законом про іпотеку передбачено, що іпотечний договір та договір, що обумовлює основне зобов'язання, можуть бути оформлені у вигляді одного документа. Цей документ за формою і змістом повинен відповідати вимогам, встановленим у Законі про іпотеку, та вимогам, встановленим законом, для договору, який визначає основне зобов'язання.

Зокрема, у разі якщо іпотекою забезпечується повернення позики, кредиту для придбання нерухомого майна, яке передається в іпотеку, договір купівлі-продажу цього нерухомого майна та іпотечний договір можуть укладатися одночасно.

Недодержання письмової форми тягне нікчемність зазначеного правочину, оскільки відповідно до ч.2 ст. 547 ЦК України правочин щодо забезпечення виконання зобов'язання, вчинений із недодержанням письмової форми, є нікчемний.

Сторонами договору застави є:

— заставодавець: боржник або третя особа (майновий поручитель);

— заставодержатель: кредитор.

Заставодавцем може бути:

— власник речі;

— особа, якій належить майнове право;

— особа, якій власник речі або особа, якій належить майнове право, передали річ або майнове право з правом їх застави.

Законом обмежується участь у заставних відносинах окремих суб'єктів цивільного права, зокрема:

— благодійні організації, не мають права передавати у заставу своє майно, кошти (ст. 19 Закон України «Про благодійництво та благодійні організації»);

— державне комерційне підприємство має право лише за попередньою згодою органу, до сфери управління якого воно входить, віддавати в заставу майнові об'єкти, що належать до основних фондів (ст. 75 Господарського кодексу України);

— з моменту прийняття рішення про приватизацію майна державного підприємства або відкритого акціонерного товариства, створеного в процесі корпоратизації, застава їх майна здійснюється з дозволу відповідного органу приватизації (ст. 11 Закону «Про заставу»).

Розглянемо судову практику з цього питання.

Так, Судова палата у господарських справах Верховного Суду України (далі — судова палата), розглянувши у судовому засіданні касаційну скаргу ВАТ-1 на постанову Вищого господарського суду України у справі за позовом ВАТ-2 до ВАТ-1 про визнання недійсним договору застави, встановила:

ВАТ-2 пред'явило у господарському суді позов до ВАТ-1 про визнання недійсним договору застави товарів в обороті з тих мотивів, що спірний договір укладено з порушенням вимог ч. 5 ст. 11 Закону про заставу (умови не були погодженні з Фондом державного майна України). Господарський суд позов задовольнив, але апеляційний господарський суд рішення суду першої інстанції скасував, в позові відмовив. Проте Вищий господарський суд України скасував постанову суду апеляційної інстанції, а рішення господарського суду залишив без змін. Судова ж палата вважає, що касаційна скарга підлягає задоволенню з таких підстав.

Позивач є відкритим акціонерним товариством, створеним у процесі корпоратизації, щодо якого прийнято рішення про приватизацію майна.

Визнаючи недійсним укладений між сторонами договір застави, суд першої інстанції, з яким погодився Вищий господарський суд України, виходив з того, що підставою недійсності зазначеного договору є недодержання вимог ч. 5 ст. 11 Закону про заставу, відповідно до якої з моменту прийняття рішення про приватизацію відкритого акціонерного товариства, створеного в процесі корпоратизації, застава його майна здійснюється з дозволу відповідного органу приватизації.

Проте висновки судів першої та касаційної інстанцій щодо наявності підстав для задоволення позову ґрунтуються на неправильному застосуванні норм матеріального та процесуального права.

Частиною 1 ст. 16 ЦК України передбачено, що захист цивільних прав та інтересів здійснюється, зокрема у такий спосіб, як визнання правочину недійсним. Відповідно до законодавства за ступенем недійсності всі правочини поділяються на абсолютно недійсні з моменту їх вчинення (нікчемні) та відносно недійсні, які можуть бути визнані судом недійсними за певних умов (оспорювані). Нікчемним є той правочин, недійсність якого прямо передбачена законом (ч. 2 ст. 215 ЦК України). Застосовуючи до правовідносин сторін положення ч. 5 ст. 11 Закону про заставу, лише суд апеляційної інстанції правильно звернув увагу на те, що згадана правова норма безпосередньо не визначає недійсність договору застави майна, укладеного без дотримання вимог цієї норми.

Крім того, проаналізувавши положення Порядку, яким визначено основні засади прийняття органами приватизації рішення щодо погодження умов договору застави, суд апеляційної інстанції обґрунтовано виходив з того, що цим Порядком передбачено подання до відповідного органу приватизації проекту договору застави або укладеного договору застави відповідно до вимог чинного законодавства (пункти 2.2, 3.1, абзац 3 пункту 4 Порядку).

Статтею 4 Закону про заставу, якою визначено вимоги до предмета застави, не встановлено заборони щодо застави товарів в обороті або в переробці будь-якими суб'єктами підприємницької діяльності — заставодавцями.

Правильним є також висновок апеляційного господарського суду про те, що згідно з Порядком саме позивач повинен звернутися до органу приватизації з відповідною письмовою заявою та необхідним пакетом документів для отримання рішення щодо погодження умов договору застави. Проте ВАТ-2 не надало доказів вчинення таких дій, відповідно й не надало доказів відмови органу приватизації в погодженні умов укладеного сторонами договору застави.

Не спростувавши висновку суду апеляційної інстанції про те, що позивач не довів факт порушення свого суб'єктивного цивільного права, Вищий господарський суд України не дав належної юридичної оцінки тій обставині, що звернення до суду з даним позовом фактично є намаганням ВАТ-2 покласти на відповідача несприятливі правові наслідки через невиконання самим позивачем свого обов'язку.

За цих обставин у Вищого господарського суду України не було законних підстав для скасування постанови суду апеляційної інстанції. Тому оскаржена постанова Вищого господарського суду України підлягає скасуванню, а скасована нею законна й обґрунтована постанова суду апеляційної інстанції — залишенню в силі.

Якщо предметом застави є нерухоме майно, а також в інших випадках, встановлених законом, договір застави підлягає обов'язковому *нотаріальному посвідченню*, яке здійснюється відповідно до Закону України «Про нотаріат», а також Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України. Так, відповідно до Закону про заставу у випадках, коли предметом застави є нерухоме майно, космічні об'єкти — договір застави нотаріально посвідчується на підставі відповідних правоустановчих документів. Нотаріальне посвідчення договору застави нерухомого майна здійснюється за місцезнаходженням нерухомого майна, а договору застави космічних об'єктів — за місцем реєстрації цих об'єктів.

За домовленістю сторін може бути передбачено нотаріальне посвідчення договору застави і в тих випадках, коли це є не обов'язковим в силу закону, але на цьому наполягає одна із сторін.

Застава нерухомого майна підлягає державній реєстрації у випадках та у порядку, встановлених законом. Відповідно до Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» державна реєстрація речових прав на нерухоме майно та їх обмежень — це офіційне визнання і підтвердження державою фактів виникнення, переходу або припинення речових прав на нерухоме майно та їх обмежень, що супроводжується внесенням даних до Державного реєстру речових прав на нерухоме майно та їх обмежень.

Державна реєстрація прав на нерухомість і правочинів щодо нерухомості є публічною, здійснюється відповідним органом, який зобов'язаний надавати інформацію про реєстрацію та зареєстровані права в порядку, встановленому законом (ст. 182 ЦК України).

Так, згідно із Законом про іпотеку обтяження нерухомого майна іпотекою підлягає державній реєстрації в порядку, встановленому законом. У разі недотримання цієї умови іпотечний договір є дійсним, але вимога іпотекодержателя не набуває пріоритету відносно зареєстрованих прав чи вимог інших осіб на передане в іпотеку нерухоме майно.

Державна реєстрація здійснюється особою, на яку відповідно до законодавства покладені функції щодо державної реєстрації обтя-

жень нерухомого майна іпотекою, на підставі повідомлення іпотекодержателя.

Застава рухомого майна може бути зареєстрована на підставі заяви заставодержателя або заставодавця з внесенням запису до Державного реєстру обтяжень рухомого майна. Моментом реєстрації застави є дата та час внесення відповідного запису до Державного реєстру обтяжень рухомого майна.

Державна реєстрація рухомого майна здійснюється відповідно до Закону України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень». Порядок ведення Державного реєстру обтяжень рухомого майна затверджено Постановою Кабінету Міністрів України від 5 липня 2004 р. № 830.

Суб'єктами реєстрації застав рухомого майна є заставодавець, заставодержатель чи особа, яка діє від їх імені і за довіреністю, орган державної податкової служби, реєстратори державного реєстру, держатель державного реєстру.

У договорі застави зазначаються (*зміст договору застави*):

— найменування (прізвище, ім'я та по батькові) сторін;
— місцезнаходження (місце проживання) сторін;
— суть договору;
— розмір зобов'язання, забезпеченого заставою;
— строк виконання зобов'язання, забезпеченого заставою;
— опис предмета застави;
— інші умови, погоджені сторонами договору.

Закон України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень» встановлює, зокрема вимоги щодо опису предмета обтяження: якщо предметом обтяження є окремий об'єкт (сукупність об'єктів рухомого майна), його опис надається (може надаватися) за індивідуальними ознаками. В обох випадках опис предмета обтяження повинен дозволяти ідентифікувати рухоме майно як предмет обтяження.

Оскільки застава не може існувати без основного зобов'язання, на нього неодмінно слід послатися в договорі застави.

За згодою сторін або на вимогу однієї зі сторін при укладенні договору застави може бути проведена:

— аудиторська перевірка достовірності та повноти балансу або фінансового стану відповідної сторони договору застави;
— оцінка предмета застави відповідно до законодавства.

Наприклад, ст. 18 Закону про іпотеку розкриває істотні умови іпотечного договору:

1) для іпотекодавця та іпотекодержателя-юридичних осіб відомості про:

для резидентів — найменування, місцезнаходження та ідентифікаційний код в Єдиному державному реєстрі юридичних та фізичних осіб-підприємців;

для нерезидентів — найменування, місцезнаходження та державу, де зареєстровано особу;

2) для іпотекодавця та іпотекодержателя-фізичних осіб відомості про:

для громадян України — прізвище, ім'я, по батькові, адресу постійного місця проживання та індивідуальний ідентифікаційний номер у Державному реєстрі фізичних осіб—платників податків та інших обов'язкових платежів;

для іноземців, осіб без громадянства — прізвище, ім'я, по батькові (за наявності), адресу постійного місця проживання за межами України;

3) зміст та розмір основного зобов'язання, строк і порядок його виконання та/або посилання на правочин, у якому встановлено основне зобов'язання;

4) опис предмета іпотеки, достатній для його ідентифікації, та/або його реєстраційні дані. При іпотеці земельної ділянки має зазначатися її цільове призначення;

5) посилання на видачу заставної або її відсутність.

У разі відсутності в іпотечному договорі однієї з зазначених вище істотних умов він може бути визнаний недійсним на підставі рішення суду. Іпотечний договір може містити інші положення, зокрема, визначення вартості предмета іпотеки, посилання на документ, що підтверджує право власності іпотекодавця на предмет іпотеки, відомості про обмеження та обтяження прав іпотекодавця на предмет іпотеки тощо.

Іпотечний договір та договір, що обумовлює основне зобов'язання, можуть бути оформлені у вигляді одного документа. Цей документ за формою і змістом повинен відповідати вище переліченим вимогам та вимогам, встановленим законом, для договору, який визначає основне зобов'язання.

§ 6. Звернення стягнення на заставлене майно

Звернення стягнення на заставлене майно є правом, а не обов'язком банку-заставодержателя. Звернення стягнення на предмет застави здійснюється за рішенням суду, якщо інше не встановлено договором або законом.

Заставодержатель набуває право звернення на предмет застави в разі, якщо в момент настання терміну виконання кредитного

зобов'язання, забезпеченого заставою, воно не було виконане, якщо інше не передбачене законом чи договором (ч. 1 ст. 20 Закону про заставу).

У разі ліквідації юридичної особи заставодавця заставодержатель набуває право звернення стягнення на заставлене майно незалежно від настання строку виконання зобов'язання, забезпеченого заставою.

При частковому виконанні боржником забезпеченого заставою зобов'язання застава зберігається в початковому обсязі. Якщо предмет одного договору застави складають дві або більше речей (два чи більше прав), стягнення може бути звернено на всі ці речі (права) або на будь-яку з речей (на будь-яке з прав) за вибором заставодержателя. Якщо заставодержатель зверне стягнення на одну річ (право), він зберігає право наступного стягнення на інші речі (права), що складають предмет застави.

До третьої особи, яка задовольнила в повному обсязі вимоги заставодержателя, переходить разом з правом вимоги забезпечена нею застава у встановленому законодавством порядку.

Можливість звернути стягнення на заставлене майно залежить від наявності однієї із трьох умов:

— невиконання зобов'язання, забезпеченого заставою, на час закінчення строку виконання;

— наявності спеціального закону;

— у випадках, передбачених договором.

Звернення стягнення на заставлене майно може бути здійснене тільки в межах тих видів зобов'язань, виконання яких забезпечене заставою відповідно до договору. Реалізація заставленого майна, на яке звернено стягнення, проводиться державним виконавцем на підставі виконавчого листа суду, наказу господарського суду або виконавчого напису нотаріуса у встановленому порядку, якщо інше не передбачене Законом про заставу чи договором.

Стаття 591 ЦК України визначає загальні умови реалізації предмета застави, відповідно до яких така реалізація проводиться шляхом його продажу з публічних торгів, якщо інше не встановлено договором або законом. Порядок реалізації предмета застави з публічних торгів встановлюється законом.

Відповідно до ст. 21 Закону про заставу, реалізація заставленого майна провадиться спеціалізованими організаціями з аукціонів (публічних торгів), якщо інше не передбачено договором, а державних підприємств та відкритих акціонерних товариств, створених у процесі корпоратизації, всі акції яких перебувають у державній власності, — виключно з аукціонів (публічних торгів).

Початкова ціна предмета застави для його продажу з публічних торгів визначається в порядку, встановленому договором або законом. Якщо звернення стягнення здійснюється за рішенням суду, суд у своєму рішенні може визначити початкову ціну предмета застави.

Якщо перший аукціон (публічні торги) оголошено таким, що не відбувся, проводиться наступний аукціон. Початковою ціною другого і наступних аукціонів вважається ціна, зменшена на 30 відсотків по відношенню до початкової ціни попереднього аукціону. Якщо другий і наступні аукціони (публічні торги) оголошені такими, що не відбулися, заставодержатель має право залишити заставлене майно за собою за початковою ціною, яка була запропонована на останньому аукціоні (публічних торгах). У разі якщо заставодержатель відмовився залишити заставлене майно за собою, це майно реалізується у встановленому порядку, якщо інше не передбачено договором.

У випадках, коли суми, виручені від продажу предмета застави, недостатньо для повного задоволення вимог заставодержателя, він має право, якщо інше не передбачено законом чи договором, одержати суму, якої не вистачає для повного задоволення вимоги, з іншого майна боржника в порядку черговості, передбаченої законодавством України.

Якщо при реалізації предмета застави виручена грошова сума перевищує розмір забезпечених цією заставою вимог заставодержателя, різниця повертається заставодавцю.

Статтею 23 Закону про заставу передбачено, що при заставі майнових прав реалізація предмета застави провадиться шляхом уступки заставодавцем заставодержателю вимоги, що випливає із заставленого права. Заставодержатель набуває право вимагати в судовому порядку переводу на нього заставленого права в момент виникнення права звернення стягнення на предмет застави.

Згідно зі ст. 26 Закону про заставу заставодавець має право в будь-який час до моменту реалізації предмета застави припинити звернення стягнення на заставлене майно виконанням забезпеченого заставою зобов'язання.

Якщо зобов'язання, забезпечене заставою, передбачає виконання частинами, заставодавець має право припинити звернення стягнення на предмет застави шляхом виконання простроченої частини зобов'язання.

Якщо заставодавцем є третя особа, яка надала в заставу належне їй майно, то в разі невиконання забезпеченого заставою зобов'язання перед заставодержателем вона має право виконати зобов'язання з метою запобігання зверненню стягнення на предмет застави.

Для осмислення наведеного розглянемо судову практику.

Судова палата у господарських справах Верховного Суду України, розглянувши касаційну скаргу ВАТ (Банку) на постанову Вищого господарського суду України у справі за позовом ВАТ до Приватного підприємства та ТОВ (надалі ПП та ТОВ) про звернення стягнення на заставлене майно в сумі 18222953,24 грн., встановила:

ВАТ звернулось з позовом до ПП та ТОВ, в якому просило з метою стягнення заборгованості з ТОВ за кредитною угодою в сумі 18222953,24 грн. звернути стягнення на автомобіль, зареєстрований в МРЕВ ДАІ за ПП.

Позовні вимоги мотивовані тим, що Позивач уклав з ТОВ кредитну угоду, на підставі якої останньому було надано кредит. У забезпечення виконання зобов'язань за кредитною угодою між ВАТ та ТОВ було укладено нотаріально посвідчений договір застави, за яким предметом застави виступав автомобіль. Позивач вказував, що ТОВ було визнане банкрутом і стосовно нього відкрита ліквідаційна процедура. Ліквідатор повідомив позивача про відсутність предмета застави, і зазначив, що на даний момент автомобіль, зареєстрований за ПП, що підтверджується довідкою Державтоінспекції УМВС України. Одночасно Позивач зазначив, що не надавав ТОВ згоди на відчуження заставленого майна за договором застави.

Господарський суд у позові відмовив, апеляційний господарський суд рішення скасував і позов задовольнив повністю. Вищий господарський суд України скасував постанову апеляційного господарського суду, а рішення господарського суду залишив без змін. У касаційній скарзі Банк просив скасувати постанову Вищого господарського суду України. Судова палата у господарських справах Верховного Суду України касаційну скаргу задовольнила з таких підстав.

Скасовуючи постанову суду апеляційної інстанції, Вищий господарський суд України виходив з того, що вона не відповідає вимогам чинного законодавства, оскільки Банк є заставним кредитором, на вимоги якого поширюється дія мораторію, введеного у справі про банкрутство ТОВ, і він не може звернути стягнення на заставлене майно та отримати задоволення грошових вимог за рахунок майна боржника всупереч порядку, встановленому Законом України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом». Разом з тим, з обґрунтованістю та законністю такого висновку погодитися не можна.

Згідно з визначенням терміна «мораторій», що дане у ст. 1 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом», мораторій на задоволення вимог кредиторів — зупинення виконання боржником грошових зобов'язань і зобов'язань щодо сплати податків і зборів (обов'язкових платежів), строк виконання яких настав до дня введення мораторію та зупинення заходів, спрямованих на забезпечення виконання цих зобов'язань та зобов'язань щодо сплати податків і зборів (обов'язкових платежів), застосованих до прийняття рішення про введення мораторію. Із змісту цієї норми випливає, що мораторій поширюється стосовно вимог кре-

дитора до боржника і не може обмежувати право конкурсного кредитора після порушення справи про банкрутство боржника на вимоги щодо третіх осіб, які надали забезпечення.

Вищий господарський суд України не дав належної правової оцінки тому, що предметом спору у даній справі є вимога про звернення стягнення на майно, яке не входить до ліквідаційної маси, оскільки не належить боржнику, а належить іншій особі — Приватному підприємству.

Відповідно до ч. 1 ст. 17 Закону про заставу, в редакції, чинній на момент відчуження первісним заставодавцем предмета застави, заставодавець зберігає право розпорядження заставленим майном, якщо інше не передбачено законом чи договором. За змістом ч. 1 ст. 27 цього Закону застава зберігає силу, якщо за однією з підстав, зазначених в законі, майно або майнові права, що складають предмет застави, переходять у власність іншої особи.

Таким чином, позивач мав законні підстави для пред'явлення позову до ПП. Висновок касаційного суду про можливість захисту прав банку лише в ліквідаційній процедурі боржника шляхом визнання недійсним договору про відчуження предмета застави Товариством Приватному підприємству не ґрунтується на законі і є обмеженням прав банку, не встановленим законом.

Стаття 20 Закону про заставу встановлює правило, згідно з яким заставодержатель набуває право звернення стягнення на предмет застави в разі якщо в момент настання терміну виконання зобов'язання, забезпеченого заставою, воно не буде виконано, якщо інше не передбачено законом чи договором. При цьому право заставодержателя на позов про звернення стягнення на предмет застави, коли заставодавцем є третя особа, не може бути обмежене в разі порушення справи про банкрутство та введення у зв'язку з цим мораторію на задоволення вимог кредиторів.

Таким чином, постанова касаційного суду є помилковою і підлягає скасуванню, а постанова суду апеляційної інстанції, який прийшов до висновку про обґрунтованість позову, відповідає вимогам закону і залишається без змін.

§ 7. Види застав

Видами застави є:

— іпотека;

— заклад;

— застава майнових прав;

— застава цінних паперів;

— застава товарів, що знаходяться у цивільному обороті або у переробці.

Відповідно до ст. 1 Закону про іпотеку, **іпотека** — це вид забезпечення виконання зобов'язання нерухомим майном, що залишаєть-

ся у володінні і користуванні іпотекодавця, згідно з яким іпотекодержатель має право в разі невиконання боржником забезпеченого іпотекою зобов'язання одержати задоволення своїх вимог за рахунок предмета іпотеки переважно перед іншими кредиторами цього боржника у порядку, встановленому Законом про іпотеку.

Іпотека має похідний характер від основного зобов'язання і є дійсною до припинення основного зобов'язання або до закінчення строку дії іпотечного договору.

Іпотека виникає на підставі: договору, закону, рішення суду.

До іпотеки, яка виникає на підставі закону або рішення суду, застосовуються правила щодо іпотеки, яка виникає на підставі договору, якщо інше не встановлено законом.

Взаємні права і обов'язки у сторін за іпотечним договором виникають з моменту його нотаріального посвідчення. У разі іпотеки, яка виникає на підставі закону або рішення суду, — з дня вчинення відповідного правочину, на підставі якого виникає іпотека, або з дня набрання законної сили рішенням суду.

Обтяження нерухомого майна іпотекою підлягає державній реєстрації в порядку, встановленому законодавством. У разі недотримання цієї умови іпотечний договір є дійсним, але вимога іпотекодержателя не набуває пріоритету стосовно зареєстрованих прав чи вимог інших осіб на передане в іпотеку нерухоме майно.

Предметом іпотеки є *нерухоме майно* (один або декілька об'єктів) за таких умов:

— нерухоме майно належить іпотекодавцю на праві власності або на праві господарського відання, якщо іпотекодавцем є державне або комунальне підприємство, установа чи організація;

— нерухоме майно може бути відчужене іпотекодавцем і на нього відповідно до законодавства може бути звернене стягнення;

— нерухоме майно зареєстроване у встановленому законом порядку як окремий виділений у натурі об'єкт права власності, якщо інше не встановлено Законом про іпотеку;

Крім того, **предметом іпотеки також може бути**:

— *об'єкт незавершеного будівництва* або *інше нерухоме майно*, яке стане власністю іпотекодавця після укладення іпотечного договору, за умови, що іпотекодавець може документально підтвердити право на набуття ним у власність відповідного нерухомого майна у майбутньому;

— *частина об'єкта нерухомого майна* лише після її виділення в натурі і реєстрації права власності на неї як на окремий об'єкт нерухомості, якщо інше не встановлено Законом про іпотеку;

— *право оренди чи користування нерухомим майном*, яке надає орендарю чи користувачу право будувати, володіти та відчужувати об'єкт нерухомого майна.

Предметом іпотеки не можуть бути:

— національні культурні цінності, що перебувають у державній власності і занесені або підлягають занесенню до Державного реєстру національного культурного надбання (закони України «Про Національний архівний фонд та архівні установи», «Про музеї та музейну справу»);

— об'єкти державної власності, приватизація яких заборонена законодавчими актами, а також майнові комплекси державних підприємств та їх структурних підрозділів, що знаходяться у процесі корпоратизації. (Закони України «Про приватизацію державного майна», «Про перелік об'єктів права державної власності, що не підлягають приватизації»);

— майно благодійних організацій (ст. 19 Закону України «Про благодійництво та благодійні організації»;

— майно вищих навчальних закладів державної та комунальної власності, що забезпечує їх статутну діяльність (ст. 63 Закону України «Про вищу освіту»).

Згідно зі ст. 6 Закону про іпотеку **умовами передачі нерухомого майна в іпотеку** є:

— у разі обмеження правомочності розпорядження нерухомим майном згодою його власника або уповноваженого органу державної влади чи органу місцевого самоврядування така ж згода необхідна для передачі цього майна в іпотеку;

— майно, що є у спільній власності, може бути передане в іпотеку лише за нотаріально посвідченою згодою усіх співвласників. Співвласник нерухомого майна має право передати в іпотеку свою частку в спільному майні без згоди інших співвласників за умови виділення її в натурі та реєстрації права власності на неї як на окремий об'єкт нерухомості;

— іпотекодавець зобов'язаний до укладення іпотечного договору попередити іпотекодержателя про всі відомі йому права та вимоги інших осіб на предмет іпотеки, в тому числі ті, що не зареєстровані у встановленому законом порядку. У разі порушення цього обов'язку іпотекодержатель має право вимагати дострокового виконання основного зобов'язання та відшкодування іпотекодавцем завданих збитків;

— якщо будівля (споруда), що передається в іпотеку, розташована на земельній ділянці, яка належить іпотекодавцю на праві власності, така будівля (споруда) підлягає передачі в іпотеку разом із

земельною ділянкою, на якій вона розташована. Якщо ця земельна ділянка належить іншій особі та була передана іпотекодавцю в оренду (користування), після звернення стягнення на будівлі (споруди) їх новий власник набуває права і обов'язки, які мав іпотекодавець за правочином, яким встановлено умови оренди цієї земельної ділянки (користування нею);

— якщо в іпотеку передається земельна ділянка, на якій розташовані будівлі (споруди), які належать іпотекодавцю на праві власності, така земельна ділянка підлягає передачі в іпотеку разом з будівлями (спорудами), на якій вони розташовані. Після звернення стягнення на передану в іпотеку земельну ділянку, на якій розташовані будівлі (споруди), що належать іншій, ніж іпотекодавець, особі, новий власник земельної ділянки зобов'язаний надати власнику будівлі (споруди) такі самі умови користування земельною ділянкою, які мав іпотекодавець;

— об'єкти незавершеного будівництва, розташовані на переданій в іпотеку земельній ділянці, вважаються предметом іпотеки, незалежно від того, хто є власником об'єкта незавершеного будівництва.

Відповідно до Закону про іпотеку за рахунок предмета іпотеки іпотекодержатель має право задовольнити свою вимогу за основним зобов'язанням у повному обсязі або в частині, встановленій іпотечним договором, що визначена на час виконання цієї вимоги, включаючи сплату процентів, неустойки, основної суми боргу та будь-якого збільшення цієї суми, яке було прямо передбачене умовами договору, що обумовлює основне зобов'язання.

Якщо інше не встановлено законом або іпотечним договором, іпотекою також забезпечуються вимоги іпотекодержателя щодо відшкодування:

— витрат, пов'язаних з пред'явленням вимоги за основним зобов'язанням і зверненням стягнення на предмет іпотеки;

— витрат на утримання і збереження предмета іпотеки;

— витрат на страхування предмета іпотеки;

— збитків, завданих порушенням основного зобов'язання чи умов іпотечного договору.

Іпотекодавець зобов'язаний застрахувати предмет іпотеки на його повну вартість від ризиків випадкового знищення, випадкового пошкодження або псування, якщо іпотечним договором цей обов'язок не покладено на іпотекодержателя. У разі наступної іпотеки страхування предмета іпотеки не є обов'язковим. Договір страхування укладається на користь іпотекодержателя, який у разі настання страхового випадку набуває право вимоги до страховика. У

разі набуття прав за іпотечним договором новим іпотекодержателем він також набуває право вимоги до страховика.

Предмет іпотеки може бути переданий в наступну іпотеку за згодою попередніх іпотекодержателів, якщо інше не встановлено попереднім іпотечним договором.

Відповідно до ст. 15 Закону про іпотеку іпотека земельних ділянок здійснюється відповідно до цього Закону. Заборони та обмеження щодо відчуження і цільового використання земельних ділянок, встановлені Земельним кодексом України, є чинними при їх іпотеці.

Реалізація переданих в іпотеку земельних ділянок сільськогосподарського призначення при зверненні стягнення на предмет іпотеки здійснюється на прилюдних торгах. Покупцями земельних ділянок сільськогосподарського призначення можуть бути особи, визначені Земельним кодексом України.

Дія Закону про іпотеку не поширюється на земельні ділянки, які перебувають у державній чи комунальній власності і не підлягають приватизації.

Іпотека припиняється у разі:

— припинення основного зобов'язання або закінчення строку дії іпотечного договору;

— реалізації предмета іпотеки відповідно до Закону про іпотеку;

— набуття іпотекодержателем права власності на предмет іпотеки;

— визнання іпотечного договору недійсним;

— знищення (втрати) переданої в іпотеку будівлі (споруди), якщо іпотекодавець не відновив її. Якщо предметом іпотечного договору є земельна ділянка і розташована на ній будівля (споруда), в разі знищення (втрати) будівлі (споруди) іпотека земельної ділянки не припиняється;

— з інших підстав, передбачених Законом про іпотеку.

Відомості про припинення іпотеки підлягають державній реєстрації у встановленому законодавством порядку.

Відповідно до ст. 23 Закону про іпотеку у разі переходу права власності (права господарського відання) на предмет іпотеки від іпотекодавця до іншої особи, у тому числі в порядку спадкування чи правонаступництва, іпотека є дійсною для набувача відповідного нерухомого майна, навіть у тому випадку, якщо до його відома не доведена інформація про обтяження майна іпотекою.

Особа, до якої перейшло право власності на предмет іпотеки, набуває статус іпотекодавця і має всі його права і несе всі його обов'язки за іпотечним договором у тому обсязі і на тих умовах, що існували до набуття ним права власності на предмет іпотеки.

Якщо право власності на предмет іпотеки переходить до спадкоємця фізичної особи — іпотекодавця, такий спадкоємець не несе відповідальність перед іпотекодержателем за виконання основного зобов'язання, але в разі його порушення боржником він відповідає за задоволення вимоги іпотекодержателя в межах вартості предмета іпотеки.

Статтею 33 Закону про іпотеку передбачено, що у разі невиконання або неналежного виконання боржником основного зобов'язання іпотекодержатель вправі задовольнити свої вимоги за основним зобов'язанням шляхом звернення стягнення на предмет іпотеки. Право іпотекодержателя на звернення стягнення на предмет іпотеки також виникає з підстав, встановлених ст. 12 Закону про іпотеку.

У разі порушення провадження у справі про відновлення платоспроможності іпотекодавця або визнання його банкрутом, або при ліквідації юридичної особи-іпотекодавця іпотекодержатель набуває право звернення стягнення на предмет іпотеки незалежно від настання строку виконання основного зобов'язання, якщо іпотекодержатель і правонаступник іпотекодавця не досягнуть згоди про інше.

Звернення стягнення на предмет іпотеки здійснюється на підставі рішення суду, виконавчого напису нотаріуса або згідно з договором про задоволення вимог іпотекодержателя.

Закладом є застава рухомого майна, що передається у володіння заставодержателя або за його наказом — у володіння третій особі (ст. 575 ЦК України).

За угодою заставодержателя із заставодавцем предмет застави може бути залишено у заставодавця під замком та печаткою заставодержателя (тверда застава). Індивідуально визначена річ може бути залишена у заставодавця з накладенням знаків, які засвідчують заставу.

Заставодержатель, якщо інше не передбачено договором, зобов'язаний дотримуватися правил, визначених у ст. 45 Закону про заставу, зокрема: вживати заходів, необхідних для збереження предмета закладу; у випадках, коли це передбачено договором, одержувати з предмета закладу доход в інтересах заставодавця; страхувати предмет закладу в обсязі його вартості за рахунок та в інтересах заставодавця; сплачувати податки та збори, пов'язані з володінням заставленою річчю, за рахунок заставодавця; негайно повідомляти заставодавця про виникнення загрози загибелі чи пошкодження предмета закладу тощо.

Заставодержатель має право користуватися предметом закладу, якщо це передбачено договором. Набуті ним доходи спрямовуються на покриття витрат на утримання предмета закладу, а також зара-

ховуються в рахунок погашення процентів по боргу, забезпеченому закладом зобов'язань чи самого боргу.

Відповідно до ст. 47 Закону про заставу, якщо заставодержатель зберігає або використовує предмет закладу неналежним чином, заставодавець має право в будь-який час вимагати припинення застави та (або) достроково виконати забезпечене закладом зобов'язання.

За втрату або недостачу предмета закладу заставодержатель несе відповідальність у розмірі вартості втраченого майна, а за пошкодження предмета закладу — в розмірі суми, на яку знизилась вартість заставленого майна.

Майнові права — це суб'єктивні права учасників правовідносин, пов'язані з володінням, користуванням і розпорядженням майном, а також з тими матеріальними (майновими) вимогами, які виникають між учасниками правовідносин у зв'язку з розподілом цього майна і обміну (товарами, послугами, виконаними роботами, грішми, цінними паперами і ін.)[1].

Відповідно до ст. 49 Закону про заставу заставодавець може укласти договір застави як належних йому на момент укладення договору прав вимоги по зобов'язаннях, в яких він є кредитором, так і тих, що можуть виникнути в майбутньому.

У договорі застави прав повинна бути вказана особа, яка є боржником по відношенню до заставодавця. Заставодавець зобов'язаний повідомити свого боржника про здійснену заставу прав.

Строкове право вимоги, яке належить заставодавцю-кредитору може бути предметом застави тільки до закінчення строку його дії.

У договорі застави прав, які не мають грошової оцінки, вартість предмета застави визначається угодою сторін.

Відповідно до ст. 51 Закону про заставу при заставі прав, якщо інше не передбачено договором, заставодержатель має право:

— незалежно від настання терміну виконання забезпеченого заставою зобов'язання вимагати в судовому порядку переводу на себе заставленого права, якщо заставодавець порушив обов'язки, передбачені статтею 50 Закону про заставу;

— вступати у справу як третя особа в судовому спорі, в якому розглядається позов про заставлене право;

— в разі порушення заставодавцем обов'язків, передбачених статтею 50 Закону про заставу, самостійно вживати всіх заходів, необхідних для захисту заставленого права проти порушень з боку третіх осіб.

Згідно зі ст. 50 Закону про заставу при заставі прав, якщо інше не передбачено договором, заставодавець зобов'язаний:

---

[1] Словник «Юридична термінологія». — К., 1998. — С. 83; Большой юридический словарь. — М., 1998. — С. 243.

— виконувати дії, необхідні для забезпечення дійсності заставленого права;

— не здійснювати уступки заставленого права;

— не виконувати дій, що тягнуть за собою припинення заставленого права чи зменшення його вартості;

— вживати заходів, необхідних для захисту заставленого права від посягань з боку третіх осіб;

— надавати заставодержателю відомості про зміни, що сталися в заставленому праві, про його порушення з боку третіх осіб та про домагання третіх осіб на це право.

Зазначений перелік не є вичерпаним, і тому при укладенні договору застави майнових прав сторони можуть визначити інший об'єм обов'язків, який не суперечить чинному законодавству.

Якщо боржник заставодавця до виконання заставодавцем зобов'язання, забезпеченого заставою, виконає своє зобов'язання, все, одержане при цьому заставодавцем, стає предметом застави, про що заставодавець зобов'язаний негайно повідомити заставодержателя.

При одержанні від свого боржника в рахунок виконання зобов'язання грошових сум заставодавець зобов'язаний за вимогою заставодержателя перерахувати відповідні суми в рахунок виконання зобов'язання, забезпеченого заставою, якщо інше не встановлено договором застави.

Застава цінних паперів. Відповідно до ст. 3 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» цінні папери — це документи встановленої форми з відповідними реквізитами, що посвідчують грошові або інші майнові права, визначають взаємовідносини особи, яка їх розмістила (видала), і власника, та передбачають виконання зобов'язань згідно з умовами їх розміщення, а також можливість передачі прав, що випливають із цих документів, іншим особам.

Якщо законом чи договором не передбачено інше, застава векселя чи іншого цінного паперу, який може бути переданий шляхом вчинення передавального запису (індосаменту), здійснюється шляхом індосаменту і вручення заставодержателю індосованого цінного паперу.

Застава цінного паперу, який не передається шляхом індосаменту, здійснюється за угодою заставодержателя і особи, на ім'я якої було видано цінний папір.

За угодою сторін заставлені цінні папери можуть бути передані на зберігання в депозит державної нотаріальної контори, приватного нотаріуса або банку.

Якщо законом чи договором не передбачено інше, купонні листи на виплату процентів, дивідендів та інші доходи від зазначеного в

цінному папері права є предметом договору застави тільки у випадках, якщо вони передані кредитору заставного зобов'язання.

Застава товарів в обороті або у переробці. Як правило, зазначений вид застави застосовується при наданні кредиту позичальникам — постійним виробникам відповідної продукції, які мають стабільний оборот товарів.

Суть цього виду застави полягає в тому, що заставодавцю надається право змінювати склад і натуральну форму заставленого майна за умови, що його загальна вартість не буде меншою від вказаної в договорі застави (право відчуження і зміни предмета застави).

Право заміни означає, що у випадку застави товарів в обороті чи переробці відсутня та ступінь індивідуалізації заставленого майна, яка необхідна для існування речового права, відносини ж між заставодавцем і заставодержателем мають обов'язків характер, а відносини між заставодержателем і заставленим майном не виникають до призупинення застави товарів в обороті чи переробці (при порушенні умов договору чи невиконанні забезпеченого зобов'язання).

Предметом застави товарів в обороті або у переробці можуть бути:

— сировина;

— напівфабрикати;

— комплектуючі вироби;

— готова продукція тощо.

При заставі товарів в обороті або у переробці реалізовані заставодавцем товари перестають бути предметом застави з моменту їх вручення набувачу або транспортній організації для відправлення набувачу або передачі на пошту для пересилки набувачу, а набуті заставодавцем товари, передбачені в договорі застави, стають предметом застави з моменту виникнення на них права власності.

Договір застави товарів у обороті або в переробці повинен індивідуалізувати предмет застави шляхом зазначення знаходження товарів у володінні заставодавця чи їх розташування в певному цеху, складі, іншому приміщенні або іншим способом, достатнім для ідентифікації сукупності рухомих речей як предмета застави.

При заставі товарів в обороті або у переробці заставодавець зберігає за собою право володіти, користуватися та розпоряджатися предметом застави відповідно до правил цього розділу.

У разі відчуження заставлених товарів заставодавець зобов'язаний замінити їх іншими товарами такої самої або більшої вартості. Зменшення вартості замінених товарів допускається тільки у випадках, коли це здійснено за домовленістю сторін щодо погашення частки початкової заборгованості.

Глава 18
ПРИТРИМАННЯ

§ 1. Загальні правові засади притримання

Право притримання набуло статусу загального для усіх видів зобов'язань способу забезпечення їх виконання лише з прийняттям у 2003 р. нового ЦК України.

За своєю цивілістичною природою вчинення дій щодо притримання речі можна розглядати як односторонній правочин, згідно з яким кредитор, який володіє чужою річчю, на свій розсуд утримує і не передає її боржнику до моменту виконання останнім свого зобов'язання перед кредитором. Обов'язок боржника може полягати не тільки в оплаті речі або виконанні іншої вимоги, а й у відшкодуванні витрат та інших збитків кредитора, пов'язаних з такою річчю.

Особливість притримання полягає в тому, що на відміну від інших способів забезпечення виконання зобов'язання, які виникають за договором, притримання виникає безпосередньо в силу закону. Отже, для реалізації права притримання, встановленого ст. 594 ЦК, не вимагається, щоб воно було передбачено договором.

Застосування кредитором притримання речі боржника є можливим за сукупної наявності таких умов:

1) фактичне знаходження у кредитора речі, що належить боржнику;

2) правомірне володіння річчю, тобто притримувана річ знаходиться у кредитора на певних правових підставах. При цьому, якщо річ початково не належала боржнику як власнику, добросовісному володільцю тощо, то вона не може бути предметом притримання;

3) річ підлягає передачі боржникові або іншій визначеній ним особі;

4) існує дійсне прострочене зобов'язання боржника перед кредитором, який притримує річ боржника.

За загальним правилом зобов'язання боржника перед кредитором, яке забезпечується притриманням, пов'язане безпосередньо із притриманою річчю. Так, притримання забезпечує зобов'язання замовника за договором підряду сплатити встановлену ціну роботи або іншу суму, належну підрядникові у зв'язку із виконанням договору підряду (ст. 856 ЦК); зобов'язання комітента за договором комісії задовольнити вимоги комісіонера (ч. 1 ст. 1019 ЦК); зобов'язання відправника за договором перевезення внести провізну плату та інші платежі (ч. 4 ст. 916 ЦК) тощо.

Однак наявність у ЦК спеціальних норм, які безпосередньо надають кредиторам за окремими видами зобов'язань право притримання майна боржника, не означає, що за іншими видами договірних зобов'язань кредитори таким правом не користуються. Навпаки, правом притримання наділений будь-який кредитор за будь-яким договірним зобов'язанням, за винятком випадків, коли договором обумовлено інше. Зокрема, ч. 2 ст. 594 ЦК визначає, що притриманням речі можуть забезпечуватись інші вимоги кредитора, якщо інше не встановлено договором або законом. Тобто кредитор, який правомірно отримав річ від боржника, вправі забезпечити виконання боржником будь-якого простроченого зобов'язання (і не лише грошового) перед собою, якщо можливість такого притримання не обмежена спеціальним законом або умовами договору, на підставі якого така річ була передана кредитору, з боку боржника, або за яким виникло відповідне зобов'язання останнього.

Об'єктом права притримання можуть виступати лише речі (ст. 179 ЦК). Не можуть притримуватися, як правило, гроші, цінні папери, інше майно, у тому числі майнові права, роботи, послуги, результати інтелектуальної діяльності, інформація, нематеріальні блага. Слід також зауважити, що хоча законодавець прямо не обмежує застосування права притримання щодо нерухомих речей, однак його застосування з практичної точки зору виглядає малоймовірним. Це пов'язано з необхідністю державної реєстрації правочинів з нерухомістю, що суперечить сутності правовідносин, що виникають при реалізації кредитором права притримання майна.

Хоча право притримання є своєрідним заходом оперативного впливу на боржника з метою стимулювання останнього до виконання простроченого основного зобов'язання, законодавець надав кредиторові право задовольняти свої вимоги за рахунок притриманого майна. При цьому ст. 597 ЦК чітко встановлює, що у випадку, якщо

боржник не виконав свого обов'язку, кредитор, який притримує річ, має право задовольнити свої вимоги із вартості речі в порядку, передбаченому для задоволення вимог, забезпечених заставою (ст. 591 ЦК). Тобто реалізація предмета притримання здійснюється шляхом його продажу з публічних торгів державним виконавцем на підставі виконавчого документа. Належним виконавчим документом, який може отримати у даному випадку кредитор, слід визнати рішення суду, якщо інше не передбачено договором або законом.

Водночас у певних випадках спеціальними нормами допускається спрощений порядок (продаж) звернення кредитором стягнення на притримані речі.

Наприклад, це стосується випадків, передбачених ч. 5 ст. 853 ЦК, щодо спрощеної процедури реалізації притриманого майна підрядником або комісіонером на підставі ч. 3 ст. 1025 ЦК. При цьому правом продажу наділені кредитори, які відповідно до ст. 594 ЦК наділені правом притримання майна боржника. Таким чином, право продажу, яким наділені кредитори за окремими видами договірних зобов'язань, є спеціальним правом, яке виключає дію загального правила про порядок задоволення вимог кредитора за рахунок притриманого майна, передбаченого ст. 597 ЦК.

§ 2. Правова природа права притримання та його співвідношення з іншими правовими конструкціями

У правовій доктрині інститут притримання не є абсолютно новим, а відтак давно тривають наукові дискусії з питань його правової природи та місця у системі цивільного права. Незважаючи на зовнішню простоту притримання, існують різні точки зору на його сутність та співвідношення з іншими цивільно-правовими інститутами. Насамперед постає питання про місце притримання в системі юридичних фактів, які відповідно до ст. 11 ЦК України слугують підставами виникнення цивільних прав та обов'язків. Серед них на першому місці названі договори та інші правочини. З цього приводу було висловлено дві точки зору. Так, одні автори розглядають притримання як односторонній правочин без наведення конкретних аргументів[1]. Інші категорично заперечують наявність

[1] Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової, В. В. Луця. — К.: Юрінком Інтер, 2006. — Т. 2. — С. 114; Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой / Под ред. Т. Е. Абовой, А. Ю. Кабалкина. — М.: Юрайт Издат, 2003. — С. 740.

у притримання ознак правочину (угоди), оскільки воно не призводить до модифікації правових зв'язків між кредитором і боржником і спрямоване лише на стимулювання боржника до виконання своїх обов'язків[1].

З огляду на те, що вчинення кредитором дій з притримання речі боржника за невиконаним останнім обов'язків певним чином змінює зобов'язальне правовідношення в частині умов його виконання, є більше підстав вважати такі дії одностороннім правочином.

Виявлення відмінних та спільних рис між притриманням та суміжними інститутами має не тільки теоретичне, але й практичне значення, оскільки дозволяє більш глибоко зрозуміти сутність притримання та правильно вирішувати складні питання у судовій практиці, що врешті сприяє підвищенню ефективності захисту прав сторін договору. Безперечно, основне призначення права притримання — це забезпечення належного виконання зобов'язання. Однак притримання може виконувати і інші функції, у тому числі захисні у разі настання факту порушення зобов'язань.

У 1970—1990-ті роки право притримання відносили до так званих ***заходів оперативного впливу***. Концепцію даного інституту найбільш повно було розроблено професором В. П. Грибановим, який під заходами оперативного впливу розумів «такі юридичні заходи правоохоронного характеру, які застосовуються до порушника цивільних прав і обов'язків безпосередньо самою управомоченою особою, як стороною в цивільному правовідношенні, без звернення за захистом права до компетентних державних чи громадських органів»[2].

Він же сформулював п'ять найбільш характерних особливостей таких заходів, якими є:

— правоохоронний характер цих заходів, який виражається в тому, що вони використовуються управомоченою особою у разі невиконання боржником своїх обов'язків, які мають превентивне та попереджувальне значення;

— це односторонні дії управомоченого суб'єкта цивільних правовідносин, які здійснюються без звернення до компетентних державних органів;

— специфічний характер гарантій їх правильного застосування: необхідність точного і імперативного визначення в законі специфічних та індивідуальних умов і меж застосування цих заходів, а також можливість зобов'язаної особи оскаржити їх правильність;

---

[1] *Гонгало Б. М.* Учение об обеспечении обязательств. — М.: Статут, 2004. — С. 194.

[2] *Грибанов В.П.* Осуществление и защита гражданских прав. — М.: Статут, 2000. — С. 133—137.

— настання в результаті застосування заходів оперативного впливу невигідних наслідків для зобов'язаної особи за умови відсутності з її боку позитивної реакції, тобто лише у крайньому випадку;

— головним призначенням цих заходів є спонукання іншої сторони до належного виконання своїх обов'язків, тому головною функцією заходів оперативного впливу є забезпечення належного виконання зобов'язання, а не відновлення майнового стану потрепілого, як це притаманне іншим цивільно-правовим санкціям.

Поділяючи наукові погляди В.П.Грибанова і виходячи з легального визначення права притримання, інший провідний російський вчений Є. А. Суханов відносить останнє до різновидів заходів оперативного впливу, а саме до заходів, пов'язаних із забезпеченням зустрічного задоволення[1]. До заходів оперативного впливу включає притримання речей комісіонером М. С. Карпов.[2]

Протилежну позицію щодо співвідношення цих двох правових явищ має російський дослідник С. В. Сарбаш, який вважає, що жодна з наведених особливостей не може бездоганно характеризувати право притримання, а тому останнє не відноситься до заходів оперативного впливу[3].

З таким категоричним запереченням наявності у права притримання всіх виділених В. П. Грибановим особливостей заходів оперативного впливу погодитися не можна. Адже досліджуваному інституту властиві і забезпечувальна функція, і застосування лише у випадку порушення зобов'язання боржником, і здійснення у порядку, встановленому законом, і настання негативних наслідків для боржника лише у разі невиконання ним зобов'язання.

Позицію неототожнення притримання і заходів оперативного впливу займають і деякі українські правники, зазначаючи, що останні являють собою самостійний вид наслідків невиконання або неналежного виконання зобов'язань і не мають ніякого відношення до способів забезпечення виконання зобов'язань[4].

Важко знайти правові аргументи, щоб категорично заперечити приналежність права притримання до заходів оперативного впливу, оскільки останні, як стверджує В. В. Луць, не відновлюють початковий майновий стан потерпілої особи, а спрямовані на запобігання

---

[1] Гражданское право / Под ред. Е. А. Суханова. — М.: БЕК, 1999. — Т. 2. — С. 159.

[2] *Карпов М. С.* Гражданско-правовые меры оперативного воздействия. — М.: Статут, 2004. — С. 94.

[3] *Сарбаш С. В.* Право удержания как способ обеспечения исполнения обязательств. Изд.2-е, испр. — М.: Статут, 2003. — С. 196

[4] Цивільний кодекс України: Коментар / За заг. ред. Є. О. Харитонова, О. М. Калітенко. — Одеса: Юридична література, 2003. — С. 480.

конкретним порушенням у майбутньому, виконують забезпечувальну функцію, мають запобіжний характер і можуть застосовуватися в оперативному порядку односторонньо управомоченою стороною без звернення до юрисдикційного органу.[1]

Доктринальна концепція заходів оперативного впливу знайшла своє певне відображення у Господарському кодексі України, згідно зі ст. 235 якого передбачена можливість застосування за порушення господарських зобов'язань оперативно-господарських санкцій, якими є заходи оперативного впливу на правопорушника з метою припинення або попередження повторення порушень зобов'язання, що використовуються самими сторонами зобов'язання в односторонньому порядку. Однак необхідно констатувати допущену розробниками ГК України непослідовність, адже в ч. 2 ст. 235 передбачено, що до суб'єкта, який порушив господарське зобов'язання, можуть бути застосовані лише ті оперативно-господарські санкції, застосування яких передбачено договором. Важко пояснити неможливість застосування оперативно-господарської санкції, передбаченої не договором, а законом, або на розсуд сторони, право якої порушено. Якщо той чи інший захід оперативного впливу є не забороненою законом санкцією, то він має застосовуватися і тоді, коли не передбачався в договорі.

Плідною може виявитися оцінка правової природи права притримання в контексті його ролі в системі захисту цивільних прав та інтересів. В новому ЦК України передбачена ст. 19 «Самозахист цивільних прав», згідно з якою самозахистом є застосування особою засобів (способів) протидії, які не заборонені законом та не суперечать моральним засадам суспільства, і які можуть обиратися самою особою чи встановлюватися договором або актами цивільного законодавства. Між тим, деякі юристи взагалі заперечують визнання самозахисту способом захисту цивільних прав.[2] Така позиція є хибною, адже стаття про самозахист розміщена в ЦК України в главі «Захист цивільних прав та інтересів» (подібна конструкція самозахисту закріплена і в ЦК РФ).

Отже, за ЦК України самозахист уявляє собою різновид захисту цивільних прав, за яким уповноважений суб'єкт захищає свої права у разі їх порушень самостійно, без звернення до суду чи іншого юрисдикційного органу. Власне таким же чином кредитор здійснює право притримання речі боржника, що і наближає це право до пра-

---

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

[2] *Гонгало Б. М.* Учение об обеспечении обязательств. — М.: Статут, 2004. — С. 190.

ва на самозахист. Наявність такої спільної ознаки у притриманні та самозахисті зумовила в цивілістичній літературі дискусію про їх співвідношення. Одні автори розглядають притримання як один із проявів самозахисту (С. М. Бервено, Т. В. Богачова, З. В. Ромовська, Н. О. Саніахметова та ін), інші вважають їх різними правовими категоріями (С. В. Сарбаш, Т. А. Фаддєєва).

Звичайно ж притриманню властиві особливі ознаки, які виходять за межі забезпечувальної функції. Наприклад, притримання набуває ознак компенсаційної функції, але лише у разі звернення кредитором стягнення на притримувану річ. Компенсаційна функція заходів самозахисту хоч прямо не закріплена в нормах про самозахист, але і не заперечується ними. Тому ця обставина не може бути достатнім аргументом того, щоб не визнавати у притримання ознак самозахисту, який водночас є способом захисту цивільних прав.

Надто категоричною є позиція С. М. Бервено, який беззастережно розглядає притримання кредитором майна боржника способом самозахисту і не розкриває зміст цих понять[1].

За таких обставин юридично недоцільно заперечувати наявність у притримання ознак «оперативного» способу захисту цивільних прав. Тому з огляду на наведене можна дійти висновку про те, що притримання є таким видом забезпечення виконання зобов'язання, який у разі застосування щодо речі боржника конкретного способу притримання набуває ознак способу самозахисту чи іншого способу оперативного впливу. Таким чином, притримання, виконуючи забезпечувальну функцію, з моменту застосування до майна боржника виконує також захисну, а з моменту звернення стягнення на притримане майно — і компенсаційну функції.

Можливе ототожнення відносин притримання і зустрічного виконання.

Норми про зустрічне виконання вміщені у главі 48 ЦК України «Виконання зобов'язання». Згідно з ч.1 ст. 538 ЦК України зустрічним виконанням зобов'язання є виконання свого обов'язку однією із сторін, яке відповідно до договору обумовлене виконанням другою стороною свого обов'язку.

У разі невиконання однією із сторін у зобов'язанні свого обов'язку або за наявності очевидних підстав вважати, що вона не виконає свого обов'язку у встановлений строк або виконає його не в повному обсязі, друга сторона має право зупинити виконання свого обов'язку, відмовитися від його виконання частково або в повному обсязі (ч. 3 ст. 538 ЦК України).

---

[1] Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової, В. В. Луця. — С. 45.

Виходячи з аналізу положень ст. 538 ЦК України, яка регулює зустрічне виконання зобов'язання, та ст. 594 ЦК, яка визначає право притримання, можна виявити схожу рису цих двох інститутів. Вона полягає у тому, що і у тому, і в іншому випадку управомоченій особі (кредитору) надається право зупинити виконання свого обов'язку, відмовитися від його виконання частково або в повному обсязі. Але право притримання спрямоване на забезпечення інтересів кредитора (ретентора), який вже поніс збитки або має невиконану вимогу по відношенню до боржника. Відмова від виконання в рамках ст. 538 ЦК України має іншу мету — дати кредитору можливість не зазнати збитків, виконуючи свій обов'язок. При цьому в нього може і не бути таких збитків у наявності, оскільки йому надано право зупинити виконання або відмовитися від договору навіть і в тому випадку, коли за наявності очевидних підстав можна вважати, що інша сторона не виконає свого обов'язку у встановлений строк або у повному обсязі. Утримавшись від виконання, кредитор може взагалі не понести ніяких збитків.

Іншою відмінністю є той факт, що згідно зі ст. 538 ЦК України кредитор вправі зупинити будь-яке виконання зобов'язання, в тому числі зі сплати грошових коштів, виконання робіт, надання послуг тощо, тоді як за правилами ст. 594 ЦК ретентору дозволяється лише притримати річ, якою він правомірно володіє і яку повинен передати боржнику чи іншій вказаній ним особі, а не будь-яке виконання зобов'язання.

Як випливає з аналізу ст. 538 ЦК України, зустрічне виконання зобов'язання повинне здійснюватися тільки тоді, коли це обумовлено договором. Це загальне правило, як слушно зазначають окремі українські вчені[1], прийшло на зміну презумпції зустрічного виконання будь-якого взаємного зобов'язання, яка була закріплена у ст. 171 ЦК УРСР 1963 р. Крім цього, застосування правила про зустрічне виконання може бути встановлено законом, наприклад, як у ст. 693 ЦК України, що регулює зобов'язання сторін договору купівлі-продажу з умовою попередньої оплати товару. Сфера застосування притримання набагато ширша: не лише в договірних, але й у позадоговірних, у тому числі деліктних, відносинах, а також у зобов'язаннях, в яких зустрічне виконання не обумовлене.

Інститут зустрічного виконання зобов'язань, на відміну від притримання, не дозволяє задовольняти вимоги кредитора із вартості чужої речі. У цьому випадку, якщо у кредитора на законних підставах виявляється річ боржника, він може застосувати притримання

[1] Цивільний кодекс України: Коментар / За заг. ред. Є. О. Харитонова, О. М. Калітенко. — Одеса: Юридична література, 2003. — С. 592.

для задоволення своїх вимог і реалізувати річ за правилами, встановленими для реалізації заставленого майна. У той же час, якщо йдеться про зупинення виконання зобов'язання по передачі цієї речі, то тут повинна застосовуватися лише ст. 538 ЦК України.

Інша відмінність інститутів притримання і зустрічного виконання полягає в наступному. Якщо відповідно до статей 594—597 ЦК України право кредитора завершується реалізацією речі за умови, що її притримання не призведе до одержання виконання від боржника, то відповідно до ст. 538 ЦК України кредитор вправі, якщо зупинення виконання зобов'язання не призвело до виконання боржником його обов'язку, взагалі відмовитися від договору. Норми ст. 538 ЦК не дозволяють забезпечити інтереси кредитора, оскільки ніякої цінності від зупинення виконання або від відмови від виконання зобов'язання він не одержує. Ця юридична конструкція лише захищає кредитора від заподіяння (або збільшення) збитків, яких він міг би зазнати, якби був зобов'язаний виконати свій обов'язок, незважаючи на відсутність зустрічного надання. Таким чином, передбачена ст. 538 ЦК України відмова від зустрічного виконання не являє собою, на відміну від притримання, способу забезпечення зобов'язання, захищаючи, однак, інтереси кредитора.

Таким чином, враховуючи вищевикладене, можна зробити висновок про принципову відмінність інститутів притримання та зустрічного виконання зобов'язань, встановлених відповідно ст. 594 та ст. 538 ЦК України.

Певні схожі риси мають ***притримання і зарахування***.

Зарахування — це спосіб припинення зобов'язання, за яким здійснюється погашення двох зустрічних однорідних вимог, строк виконання яких настав або виконання яких можна вимагати в один і той же час. Такі вимоги взаємно погашають одна одну повністю (за рівності суми зобов'язання) або частково (якщо суми зустрічних зобов'язань різні).

Обов'язковими умовами правомірного застосування зарахування є:

— зустрічність вимог, яка означає, що сторони одночасно беруть участь у двох зобов'язаннях і при цьому кредитор за одним зобов'язанням є боржником в іншому;

— однорідність вимог (грошові, вимоги однорідних речей тощо);

— строк виконання за зобов'язаннями або вже настав, або не встановлений, або визначений моментом пред'явлення вимоги.

Якщо проаналізувати притримання з точки зору наявності у ньому вищезазначених умов, то виявляється наступне. При застосуванні притримання однорідності вимог не існує. З одного боку, є вимо-

га боржника про передачу речі, з іншого — вимога про оплату речі, відшкодування пов'язаних з нею витрат чи збитків, тобто грошові вимоги. А тому, у зв'язку з відсутністю однорідності вимог, застосування в даному випадку зарахування вимог є неприпустимим.

Незважаючи на таку, здавалося б, істотну відмінність, деякі автори допускають змішування понять притримання і зарахування. Так, розробники проекту Цивільного кодексу України відзначають, що «утримання майна (у вигляді грошових коштів) передбачалося і в попередньому ЦК (наприклад, у договорі комісії — ст. 408 ЦК 1963 р.)»[1]. Аналогічний погляд на право комісіонера притримувати належні йому за договором комісії суми, в тому числі комісійну винагороду, винагороду за делькредере, відшкодування понесених витрат, яке було закріплене в ст. 408 ЦК УРСР 1963 р., мають і деякі інші науковці[2].

При визначенні, чи є правомочність комісіонера на притримання належних йому за договором сум правом притримання у розумінні ст. 601 ЦК, слід мати на увазі, що зустрічні вимоги комісіонера та комітента можуть бути як однорідними, так і різнорідними. У тому випадку, якщо комісіонер пред'являє до комітента вимоги про видачу одержаних для нього комісіонером сум, то вимоги є однорідними, а тому щодо них допускається зарахування. Якщо ж вимога комітента полягає в передачі майна, одержаного для нього комісіонером, то однорідність вимог відсутня. А тому у разі реалізації комісіонером наданого йому права — буде мати місце саме притримання.

Чинний ЦК України здійснює регулювання права комісіонера на притримання більш вдало, порівняно з ЦК УРСР. Так, згідно зі ст. 1019 комісіонер має право для забезпечення своїх вимог за договором комісії притримати річ, яка має бути передана комітентові. Інша ст. 1020 встановлює право комісіонера на відрахування з грошових коштів, що належать комітентові. Таким чином, законодавець відмежував права комісіонера щодо речі боржника (право на притримання) та щодо грошових коштів (право на відрахування). Хоча деякі науковці дане розмежування не беруть до уваги і продовжують поширювати право комісіонера на притримання речей і на грошові кошти[3].

Право притримання слід відрізняти від ***права продажу чужої речі***. Незважаючи на певну схожість (обидва права дають кредитору мож-

---

[1] Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар/За ред. розробників проекту Цивільного кодексу України. — К.: Істина. — С. 417.

[2] *Харитонов Е. О.* и др. Гражданское право Украины — Х.: ООО «Одиссей», 2005. — С. 487.

[3] Цивільний кодекс України: Коментар/ За заг. ред. Є. О. Харитонова, О. М. Калітенко. — Одеса: Юридична література, 2003. — С. 820.

ливість продати чужу річ, аби захистити свої інтереси), інститути притримання і права продажу чужої речі є самостійними.

Право продажу чужої речі — це право одного контрагента за договором у певних випадках продати (реалізувати) річ, що належить іншому контрагенту.

Право продажу чужої речі передбачене, зокрема:

— у договорі купівлі-продажу — згідно з ч. 2 ст. 690 ЦК України продавець зобов'язаний забрати (вивезти) товар, не прийнятий покупцем (одержувачем) або розпорядитись ним у розумний строк. Якщо продавець у цей строк не розпорядиться товаром, покупець має право реалізувати товар або повернути його продавцеві;

— у договорі підряду — згідно з ч. 5 ст. 853 ЦК України, якщо замовник протягом одного місяця ухиляється від прийняття виконаної роботи, підрядник має право після дворазового попередження продати результат роботи, а суму виторгу, з вирахуванням усіх належних підрядникові платежів, внести у депозит нотаріуса на ім'я замовника, якщо інше не встановлено договором;

— у договорі побутового підряду — згідно з ч. 1 ст. 874 ЦК України у разі нез'явлення замовника за одержанням виконаної роботи або іншого ухилення замовника від її прийняття підрядник має право, письмово попередивши замовника, зі спливом двох місяців від дня такого попередження продати предмет договору побутового підряду за розумну ціну, а суму виторгу, з вирахуванням усіх належних підрядникові платежів, внести у депозит нотаріуса на ім'я замовника;

— у договорі зберігання речі, прийнятої ломбардом від фізичної особи, — згідно з ч. 1 ст. 968 ЦК України річ, яку поклажодавець не забрав із ломбарду після спливу трьох місяців від дня закінчення строку договору зберігання, може бути продана ломбардом у порядку, встановленому законом;

— у договорі зберігання в камерах схову транспортних організацій — згідно з ч. 4 ст. 972 ЦК України, якщо сторона не забрала річ із камери схову організацій, підприємств транспорту у встановлені строки, камера схову зобов'язана зберігати її протягом трьох місяців. Зі спливом цього строку річ може бути продана у порядку, встановленому законом;

— у договорі комісії — згідно з ч. 3 ст. 1025 ЦК України у разі відмови комітента від договору комісії він повинен у строк, встановлений договором, а якщо такий строк не встановлений, — негайно розпорядитися своїм майном, яке є у комісіонера. У разі невиконання комітентом цього обов'язку комісіонер має право передати це майно на зберігання за рахунок комітента або продати майно за найвигіднішою для комітента ціною.

Виходячи з вищенаведених описів юридичної конструкції права продажу чужої речі, можна виокремити такі відмінності, що не дозволяють ототожнювати його з правом притримання.

По-перше, метою застосування права продажу чужої речі є насамперед звільнення кредитора від тягаря зберігання і утримання чужої речі, попередження зайвих витрат у майбутньому, і лише в другу чергу — задоволення вимог кредитора в частині належних йому платежів. Основним завданням притримання є спонукання боржника до належного виконання зобов'язання, а потім вже — одержання належної кредитору оплати речі, відшкодування пов'язаних з нею витрат чи збитків.

По-друге, правом продажу чужої речі кредитор може скористатися лише в окремих видах договорів, прямо визначених законодавством. Сфера застосування права притримання значно ширша. Вона можлива не лише у випадках, безпосередньо передбачених законом, але й в межах інших правовідносин за наявності підстав, визначених законом.

По-третє, якщо підставою застосування права продажу чужої речі є порушення боржником обов'язку у встановлений строк забрати своє майно чи іншим чином розпорядитись ним, то підставою застосування притримання є прострочення боржника у виконанні обов'язку з оплати речі, відшкодування пов'язаних з нею витрат та інших збитків.

По-четверте, в переважній більшості випадків можливість застосування права продажу чужої речі не пов'язана з необхідністю попередження про це боржника; обов'язком же кредитора, який притримує річ боржника, є негайне повідомлення його про це.

По-п'яте, продаж майна, що притримується, здійснюється за правилами, встановленими для реалізації заставленого майна, тоді як продаж чужої речі здійснюється у більшості випадків самим кредитором за «розумною, найвигіднішою» ціною без дотримання спеціального порядку реалізації у вигляді публічних торгів.

Незважаючи на всі наведені відмінності, окремі автори все-таки не вважають право на продаж речі самостійним інститутом. Так, на думку російських дослідників М. І. Брагінського та В. В. Вітрянського, правом продажу наділені кредитори, які володіють правом притримання майна боржника[1]. Тому, якби спеціальні норми про право продажу були відсутні, кредитор як суб'єкт права притримання, змушений був би задовольняти свої вимоги в порядку, передбаченому для задоволення вимог, забезпечених заставою, тобто за рішенням

[1] *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Книга первая: Общие положения: Изд. 2-е, испр. — М.: Статут, 2000. — С. 553.

суду з публічних торгів. За наявності ж права продажу кредитор уповноважений на односторонні дії, пов'язані зі зміною або припиненням договірного зобов'язання. Виходячи з цього, право продажу майна боржника за своєю природою — це захід оперативного впливу, а за його співвідношенням з правом притримання — спеціальне правило, що виключає дію загального правила про порядок задоволення вимог кредитора за рахунок притримуваного майна боржника, передбаченого для задоволення вимог, забезпечених заставою.

Підводячи підсумок, вважаємо, що право притримання — це спосіб забезпечення виконання зобов'язань, тоді як право продажу чужої речі — захід оперативного впливу, покликаний, перш за все, попередити витрати і позбавити кредитора тягаря утримання речі боржника.

Притримання та застава хоч і є самостійними способами забезпечення виконання зобов'язань, але водночас мають і певні схожі риси.

Перш за все, на те, що ці інститути різні, вказує сама структура закону, де зазначені способи забезпечення виконання зобов'язань розміщені в різних параграфах глави 49 ЦК України «Забезпечення зобов'язань» (§ 6 «Застава» та § 7 «Притримання»).

Істотною ознакою, яка відрізняє притримання від застави, є й та обставина, що притримання речі боржника виникає безпосередньо із закону (на відміну від більшості інших способів забезпечення виконання зобов'язань, в тому числі і застави, що виникають на підставі договору) за наявності певних умов, які передбачені у ст. 594 ЦК України. Цими умовами є невиконання боржником в строк зобов'язань по оплаті речі, відшкодуванню пов'язаних з нею витрат, інших збитків, інших вимог та знаходження речі у володінні кредитора на законних підставах. Від волі кредитора залежить лише застосування притримання в кожному конкретному випадку чи незастосування.

Але ця відмінна ознака притримання є не єдиною та безумовною рисою, яка відрізняє його від застави. Адже слід пам'ятати, що зобов'язання можуть забезпечуватися і за допомогою застави, яка встановлюється законом (ч. 1 ст. 574 ЦК України), наприклад для забезпечення виконання покупцем його обов'язку щодо оплати товару (ч. 6 ст. 694 ЦК України).

Російським дослідником Є. А. Павлодським була висловлена думка, що право притримання може перерости в право застави, яке виникає не з договору чи закону, а з факту знаходження у кредитора майна боржника[1]. Вважаємо, що ця позиція є помилковою, оскільки

[1] *Павлодский Е. А.* Залог и ипотека // Хозяйство и право. — 1997. — № 2. — С. 82.

відповідно до п. 3 ст. 334 ЦК Російської Федерації застава виникає в силу договору чи на підставі закону, а згідно з подібною нормою ЦК України (ч. 1 ст. 574) — ще й на підставі рішення суду. Як видно з формулювання правової норми, такої підстави, як знаходження речі боржника у кредитора, закон для виникнення застави, як, втім, і притримання, не передбачає. Враховуючи вищенаведені аргументи, вважаємо, що будь-якого переростання права притримання в заставу або його трансформації, як стверджують окремі автори, не відбувається.

Наступною особливістю притримання є те, що на відміну від застави, яка встановлюється угодою сторін, як правило, в момент виникнення основного зобов'язання, необхідність застосування притримання може з'явитися у випадку невиконання (неналежного виконання) зобов'язання, незалежно від умов про притримання в основній чи додатковій угоді. Тобто, якщо застава може бути встановлена як одночасно з виникненням забезпечуваного зобов'язання, так і в будь-який момент його існування, то притримання виникає лише після порушення основного зобов'язання. Крім цього, застава забезпечує зобов'язання боржника, щодо якого існує лише потенційна можливість невиконання, а притримання — зобов'язання, яке вже було порушене боржником.

Слід зазначити, що при забезпеченні зобов'язання заставою вимагається індивідуалізація зобов'язання, яке забезпечується, та предмета застави. У заставному зобов'язанні вже в момент його вчинення фіксується певне майно, за рахунок якого за необхідності буде задовольнятися основна вимога, опис предмета застави є істотною умовою договору застави (ст. 584 ЦК України, ст. 12 Закону України «Про заставу»). При застосуванні притримання в більшості випадків провести зазначену індивідуалізацію неможливо, оскільки передбачувані правовідносини не дозволяють заздалегідь визначити зобов'язання, яке належить забезпечити, і предмет, який буде слугувати забезпеченням. З цієї причини наука цивільного права, а також і законодавство конструюють спеціальний для цих випадків спосіб забезпечення, який дозволяє задовольнити вимоги кредитора без встановлення застави шляхом притримання речі боржника.

Відрізняються ці два способи забезпечення виконання зобов'язань і за своїм предметом. Так, предмет застави — будь-яке майно (зокрема, речі, цінні папери, майнові права), що може бути відчужене заставодавцем і на яке може бути звернене стягнення; об'єкт притримання — лише річ, і не можуть бути, за загальним правилом, певні цінні папери, грошові кошти, нематеріальні блага.

Майно, обтяжене заставою, може залишатися у заставодавця, а може передаватися і заставодержателю. При притриманні річ у всіх випадках знаходиться у кредитора, причому не у зв'язку з укладенням забезпечувального зобов'язання. З цією відмінною ознакою тісно пов'язане так зване право слідування. Ця правомочність властива речовим правам, а також деяким зобов'язальним, зокрема заставі. Його суть полягає в тому, що заставодержатель вправі вимагати заставлене майно з чужого незаконного володіння, в тому числі і з володіння заставодавця.

Положення п. 2 ст. 359 ЦК Російської Федерації (аналогічна норма закріплена у ч. 3 ст. 594 ЦК України), згідно з яким кредитор має право притримати річ у себе також у разі, якщо права на неї, які виникли після передачі речі у володіння кредитора, набула третя особа, дозволили окремим російським науковцям стверджувати, що право притримання, «як і при заставі, слідує за річчю, обтяжуючи її»[1]. Однак при тлумаченні ст. 594 ЦК України, можна зробити висновок, що реалізація кредитором права притримання можлива лише у разі володіння ним річчю боржника.

У заставному правовідношенні право слідування виникає незалежно від того, знаходиться предмет застави у володінні кредитора (заставодержателя) чи ні. На відміну від інституту застави § 7 глави 49 ЦК України не містить аналогічної норми про захист прав ретентора, що давала б йому право вимагати річ із володіння іншої особи. Таку особливість права притримання відзначав ще радянський вчений М. М. Агарков, який писав: «Право притримання відрізняється від заставного права тим, що воно не надає права слідування. Якщо річ вийшла з володіння особи, яка притримувала річ, то вона вже не може бути витребувана нею зворотно»[2].

На наш погляд, притримання характеризується *обмеженим* правом слідування за об'єктом притримання. Наявність права слідування підтверджується тим, що кредитор зберігає право притримати річ, незважаючи на те, що після того, як ця річ надійшла у володіння кредитора, права на неї набула третя особа (п. 3 ст. 594 ЦК України); крім цього, при переході права вимоги від кредитора до іншої особи новий кредитор одночасно одержує і право притримання (ст. 514 ЦК України). Обмеженість права слідування, властива притриманню, виражається в тому, що ретентор, з володіння якого

---

[1] Гражданское право: Учебник. — 5-е изд. / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — М.: ПБОЮЛ Л. В. Рожников, 2000. — Т. 1. — С. 574.

[2] *Агарков М.М.* Основы банковского права. Курс лекций. Изд. 2-е. Учение о ценных бумагах: Научное исследование: Изд. 2-е. — М.: Издательство БЕК, 1994. — С. 118.

притримана річ вийшла поза його волею, не наділений правом вимагати її повернення від третіх осіб чи боржника.

З вищевикладеної аргументації випливає наступна відмінність притримання від застави: вибуття речі, яку притримує кредитор, з його фактичного володіння припиняє притримання. Проте вибуття предмета застави з фактичного володіння заставодержателя застави не припиняє, а дає підстави вимагати повернення заставленого майна з чужого незаконного володіння.

Іншою особливістю притримання є збереження за боржником права розпоряджатися річчю, яка притримується кредитором (ч. 2 ст. 596 ЦК України). При цьому боржник не зобов'язаний одержувати згоду кредитора на розпорядження цією річчю, а також повідомляти кредитора про передачу ним прав щодо речі, яка притримується. Єдиним обов'язком боржника при цьому є обов'язок повідомити набувача про притримання речі і права кредитора. Щодо застави, то заставодавець має право розпоряджатися предметом застави лише за згодою заставодержателя, якщо інше не встановлено договором (ч. 2 ст. 586 ЦК України).

Іншими особливостями, які відрізняють притримання від застави, є такі:

— ризик випадкового знищення або випадкового пошкодження притриманої речі, лежить на кредиторі (ч. 4 ст. 594 ЦК України); ризик випадкового знищення або пошкодження предмета застави несе власник заставленого майна, якщо інше не встановлено договором або законом (ч. 1 ст. 580 ЦК України);

— кредитор не має права користуватися річчю, яку він притримує у себе (ч. 3 ст. 595 ЦК України), заставодержатель має право користуватися переданим йому предметом застави у випадках, встановлених договором (ч. 4 ст. 586 ЦК України);

— кредитор, який притримує річ у себе, зобов'язаний негайно повідомити про це боржника (ч. 1 ст. 595 ЦК України), тоді як подібний обов'язок у заставодержателя відсутній.

При значній кількості відмінностей між інститутами притримання та застави, спільних рис в них не так вже й багато. Так, при притриманні, як і при заставі, кредитор вправі вимагати задоволення за рахунок майна, що притримується.

Іншою спільною рисою, що спонукає окремих правників робити висновок про трансформацію права притримання в право застави, є порядок задоволення вимог кредитора, який притримує річ. Такий порядок встановлений ст. 597 ЦК України і полягає в тому, що вимоги кредитора, який притримує річ у себе, задовольняються з її вартості відповідно до ст. 591 ЦК, тобто в порядку, передбаченому

для заставних відносин. Але законодавець, формулюючи норму, що міститься в ст. 597 ЦК України, використав відомий юридико-технічний прийом: замість визначення особливого порядку стягнення на предмет притримання він запозичив відомий і перевірений на практиці порядок звернення стягнення на заставлене майно, що, однак, абсолютно не змінює природу правовідносин, які регулюються. Інша справа, що законодавець розповсюдив норми цивільного законодавства про обсяг і порядок задоволення вимог заставодержателя також до притримання (ст. 597 ЦК України).

Таким чином, **притримання** — це окремий, самостійний спосіб забезпечення виконання зобов'язань, який має принципові ознаки, що відрізняють його від заставних відносин.

§ 3. Умови здійснення права притримання

Виникнення права притримання. Важливим для правильного застосування правових норм, присвячених притриманню, є визначення підстав і передумов, які обумовлюють виникнення цього права.

В юридичній літературі під підставами і передумовами виникнення, зміни та припинення цивільних правовідносин розуміється певний комплекс різних за характером явищ, взаємодія яких тягне за собою рух цивільного правовідношення (прав, обов'язків). Серед них виділяють дві основні категорії: нормативні передумови та фактичну підставу виникнення, зміни та припинення цивільних правовідносин.

Згідно з ч. 2 ст. 11 ЦК України підставою виникнення правовідносин є юридичні факти, тобто передбачені правовими нормами конкретні обставини, з настанням яких виникають, змінюються або припиняються правові відносини. Підставою виникнення правовідношення притримання є складний юридичний факт, який створює абстрактну можливість появи у кредитора права притримання. Аналіз норм ЦК України про притримання дозволяє виокремити наступні елементи такого юридичного факту.

Згідно з ч. 1 ст. 594 ЦК України притриманням забезпечуються вимоги кредитора по оплаті речі або відшкодуванню пов'язаних з нею витрат або інших збитків. Крім цього чинне законодавство містить ряд спеціальних норм, які передбачають можливість кредитора застосовувати право притримання в таких зобов'язаннях, як: договори підряду (ст. 856 ЦК України), побутового підряду (ч. 2 ст. 874 ЦК

України), перевезення (ч. 4 ст. 916 ЦК України, статті 163, 170 КТМ України), комісії (ст. 1019 ЦК України).

Однак наявність спеціальних норм, які безпосередньо надають кредиторам за окремими видами зобов'язань можливість притримання майна боржника, зовсім не означає, що за іншими видами договірних зобов'язань кредитори таким правом не користуються. Навпаки, правом притримання наділений будь-який кредитор за будь-яким договірним зобов'язанням, за окремими винятками. Неможливість застосування притримання може бути обумовлена лише договором чи законом щодо вимог, які не пов'язані з оплатою речі, відшкодуванням витрат на неї чи збитків (ч. 2 ст. 594 ЦК України).

Вимоги, які забезпечуються притриманням, повинні бути виражені у грошовій формі, оскільки одержувана кредитором з вартості реалізованої притримуваної речі грошова компенсація здатна адекватно задовольнити лише грошову вимогу. Разом з тим, грошовий характер забезпечуваної притриманням вимоги зовсім не заперечує можливість застосування притримання у зобов'язаннях, предметом яких є, наприклад, виконання певних робіт, надання послуг. Адже у разі невиконання цього зобов'язання у кредитора виникає вимога відшкодування збитків, яка носить грошовий характер, а тому може бути забезпечена притриманням.

Із змісту ст. 594 ЦК можна дійти висновку, що за загальним правилом кредитор набуває право на притримання лише тієї речі, якою він володіє правомірно і яка належить боржникові за невиконаним ним зобов'язанням, а не за іншим зобов'язанням, з яким така річ не пов'язана. Ця ж стаття застерігає, що договором або законом може передбачатися можливість забезпечення притриманням інших вимог кредитора, а не лише вимог щодо оплати притриманої речі або відшкодування кредиторові пов'язаних з нею витрат та інших збитків. Під «іншими вимогами» не слід розуміти вимоги за іншими зобов'язаннями сторін, які не пов'язані з притриманою річчю.

Таким чином, притриманням речі можуть бути забезпечені вимоги лише грошового характеру, що виникають в рамках будь-яких зобов'язань (грошового і негрошового характеру; договірних та позадоговірних); при цьому кредитор може притримувати річ, якою він заволодів на законних підставах в межах забезпечуваного зобов'язання.

Стаття 526 ЦК України встановлює, що зобов'язання має виконуватися належним чином відповідно до умов договору та вимог ЦК, інших актів цивільного законодавства, а за відсутності таких умов та вимог — відповідно до звичаїв ділового обороту або інших

вимог, що звичайно ставляться. Однією з умов належного виконання є виконання у встановлений строк (термін).

За умови відсутності факту невиконання боржником зобов'язання у визначений строк (термін) кредитор не має права залишати в себе річ, яку повинен передати за договором боржнику. Після передачі речі боржнику в межах виконання основного зобов'язання кредитор не має права вимагати її повернення для здійснення притримання або забирати її назад у боржника, навіть якщо у нього існує така можливість.

Встановлення моменту прострочення боржником договірного зобов'язання з невстановленим строком виконання чи деліктного зобов'язання, пов'язаного, наприклад, з відшкодуванням збитків, спричинених властивостями речі тощо, є неможливим, оскільки сам строк виконання не визначений. У такому випадку кредитору слід пред'явити відповідну вимогу до боржника, термін виконання якої визначається за загальним правилом — у семиденний строк від дня її пред'явлення (ч. 2 ст. 530 ЦК України). Після цього момент невиконання боржником свого обов'язку буде визначатися в момент закінчення такого семиденного строку.

Застосування притримання можливе лише за умови, що володіння кредитором річчю, що притримуватиметься, є первісним, одержаним по волі власника речі, характеризується похідним характером, безпосередністю і законністю набуття за відсутності неправомірних дій кредитора по захопленню речі.

Законне (титульне) володіння спирається на певну правову підставу — юридичний титул володіння, який може виникнути у третьої особи тільки по волі власника або з його санкції. Волевиявлення власника, таким чином, являє собою конститутивну ознаку законного володіння.

Кредитор не наділений і повноваженнями по витребуванню речі у боржника (майна боржника у третіх осіб) з метою забезпечення виконання зобов'язань. При цьому, притримуватися може як річ, що знаходилася у кредитора на момент порушення зобов'язання боржником, так і річ, що потрапила у законне володіння кредитора в дальшому.

Володіння кредитора річчю боржника, що може стати об'єктом притримання, має бути тимчасовим. Характеристика тимчасовості вказує на наявність обов'язку кредитора в майбутньому повернути річ боржнику, який є власником речі, або за його вказівкою третій особі. Визначальним тут є наявність стимулюючого компонента притримання, реалізація якого полягає у позбавленні власника во-

лодіння шляхом невиконання кредитором (ретентором) обов'язку повернути річ. Тому, коли у кредитора відсутній такий обов'язок, притримання, як спосіб забезпечення, застосовано бути не може.

Для виникнення притримання, крім вищеперахованих передумов, необхідне також волевиявлення кредитора на його застосування. Саме від цього залежить чи буде реалізоване кредитором право притримання, чи ні. Адже, якщо незважаючи на прострочку боржника, кредитор все ж передає йому річ, притримання не відбувається.

Враховуючи викладене, твердження окремих науковців про те, що на відміну від більшості інших способів забезпечення виконання зобов'язань, які виникають з договору, притримання виникає «безпосередньо з закону», має дещо умовний характер, оскільки закон чи договір є лише нормативною передумовою (підставою) виникнення того чи іншого правовідношення.

Таким чином, право притримання виникає на підставі ст. 594 ЦК України, іншої норми права чи договору про притримання, у разі укладення такого сторонами (нормативна передумова), і названих вище елементів складного юридичного факту (фактична підстава) за наявності відповідної волі на це кредитора.

ЦК України не передбачаються підстави припинення права притримання. Однак з аналізу ч. 1 ст. 594 ЦК України можна зробити висновок, що однією з підстав припинення притримання є виконання основного зобов'язання, забезпеченого притриманням.

Виходячи з акцесорності забезпечувального зобов'язання, яким є притримання, останнє припиняється не лише у разі задоволення вимог кредитора, але і у випадку визнання основного зобов'язання недійсним (ч.2 ст. 548 ЦК України), а також розірвання договору, на якому ґрунтувалася вимога кредитора, забезпечена притриманням.

Право притримання залежить від факту володіння річчю боржника кредитором. Тому у випадку втрати ретентором володіння притримуваною річчю, а також загибелі притримуваної речі право притримання припиняється.

Крім названих підстав, припинення права притримання відбувається у разі задоволення вимог кредитора за рахунок притримуваної речі, що здійснюється шляхом її продажу з публічних торгів (ст. 597 ЦК України). Слід зазначити, що до припинення права притримання можна застосувати й інші підстави припинення зобов'язань, передбачені у главі 50 ЦК України.

Для правильного визначення цих моментів слід враховувати особливість юридичної конструкції права притримання, що вклю-

чає дві складові: правомочність кредитора власне притримувати річ у своєму володінні та правомочність задовольнити свої вимоги з вартості притримуваної речі у встановленому порядку. Здійснення цих правомочностей здійснюється у дві відповідні стадії, на яких реалізуються функції притримання: стимулююча (на стадії «чистого» притримання боржник спонукається виконати забезпечене зобов'язання належним чином під страхом настання невигідних наслідків) та компенсаційна (на другій стадії притримання компенсуються або попереджаються несприятливі наслідки для кредитора).

Не дивлячись на відсутність формальних обмежень права притримання, здійснення останнього має певні часові межі, обумовлені сутністю даного правового інституту та загальними засадами цивільного законодавства.

Визначення моменту виникнення права притримання залежить від строків існування кожної із його складових — правомочності «чистого» притримання та правомочності продажу притримуваної речі.

Правомочність «чистого» притримання — це реакція управомоченої сторони на невиконання зобов'язання боржником, яка виникає з настанням достатньої підстави для притримання. Кредитор може розпочати здійснювати зазначену правомочність в будь-який час після виникнення підстави притримання, але в межах строку позовної давності за забезпечуваним зобов'язанням.

Щодо моменту виникнення правомочності продажу притримуваної речі ретентором, то вона формально виникає разом з правомочністю «чистого» притримання, тобто в момент настання прострочення виконання зобов'язання. Однак в цьому випадку право притримання буде зведено до права продажу чужого майна (хоча й обмеженого процедурами, встановленими за аналогією з заставою). Проте зрозуміло, що момент продажу предмета притримання не збігається з моментом невиконання боржником основного зобов'язання, зважаючи на необхідність кредитора повідомити боржника про притримання речі та необхідність отримання від останнього відповіді про те, чи збирається він виконувати зобов'язання, чи кредитор може приймати рішення про реалізацію притримуваної речі.

Але досить вірогідною є ситуація, коли боржник не виконує свого зобов'язання, а кредитор, застосувавши притримання належної йому речі, не поспішає одержати задоволення з її вартості в порядку реалізації заставленого майна, тобто за рішенням суду, в межах строку позовної давності за основним зобов'язанням.

Відповідно до ст. 266 ЦК України зі спливом строку позовної давності до основної вимоги вважається, що позовна давність спливла і до додаткової вимоги. Однак зі спливом позовної давності суб'єктивне право не погашається, а продовжує існувати, хоча і не може бути реалізоване в примусовому порядку.

Особливість права притримання, обумовлена його структурою, що складається з правомочностей «чистого» притримання та продажу притримуваної речі, дозволяє здійснювати «чисте» притримання лише діями самого управомоченого кредитора, без допомоги судового процесу і не потребує підтримки будь-яких юрисдикційних органів. Для реалізації правомочності задоволення вимог кредитора з вартості притримуваної речі обов'язкове одержання відповідного судового рішення. Очевидно, що у випадку спливу позовної давності по забезпеченому зобов'язанню і заяви про це боржником в суді, примусове звернення стягнення на притримувану річ стане неможливим. Таким чином, кредитор (ретентор, володілець) буде нездатним задовольнити свою вимогу за рахунок притримуваної речі.

З іншого боку, оскільки сплив строку позовної давності не припиняє саме суб'єктивне право, то у разі невиконання боржником свого обов'язку кредитор може, незважаючи на сплив строку позовної давності за забезпечуваним зобов'язанням, притримувати річ як завгодно довго до виконання боржником свого обов'язку, адже реалізація цього повноваження в примусовому порядку ретентору не потрібна. В такій ситуації боржник, який продовжує бути власником речі, але не володіє нею, не має правових підстав для повернення володіння, адже у задоволенні його вимоги витребування речі судом може бути відмовлено у зв'язку зі спливом строку позовної давності. Іншими словами, боржник не завжди зможе витребувати річ і відновити повноту свого права власності.

Чинне законодавство не містить жодної вказівки на випадок, коли кредитор, притримуючи річ протягом тривалого часу, не вчиняє жодних дій щодо неї. Юридична доля притримуваної речі в таких ситуаціях залишається невизначеною. На наш погляд, у разі невиконання боржником свого обов'язку і після спливу строку позовної давності, притримувана річ може перейти у власність кредитора за набувальною давністю на підставі ч. 3 ст. 344 ЦК України, згідно з якою, якщо особа заволоділа майном на підставі договору з його власником, який після закінчення строку договору не пред'явив вимоги про його повернення, вона набуває право власності за набувальною давністю на нерухоме майно через п'ятнадцять, а на рухоме майно — через п'ять років з часу спливу строку позовної давності.

Таким чином, можливість застосування притримання виникає з моменту настання законної підстави для притримання, при цьому кредитор може розпочати здійснювати право притримання в будь-який час після виникнення такої підстави, але в межах строку позовної давності за забезпечуваним зобов'язанням.

Якщо боржник не виконує обов'язку і після спливу строку позовної давності, право звернення стягнення на притримувану річ припиняється зі спливом цього строку, а саме право «чистого» притримання (без звернення стягнення на притримувану річ), застосоване в межах строку позовної давності за забезпечуваним зобов'язанням, може здійснюватися, незважаючи на сплив цього строку, до моменту настання будь-якої з подій, що відбудеться раніше: виконання боржником свого зобов'язання або набуття кредитором права власності на притримувану річ за набувальною давністю на підставі ч. 3 ст. 344 ЦК України.

Незважаючи на те, що за своєю правовою природою вчинення дій щодо притримання є одностороннім правочином, що вчиняється кредитором, воно створює обов'язки і для іншої особи — боржника. В результаті аналізу норм ЦК України про притримання, можна виокремити наступні права й обов'язки суб'єктів притримання — кредитора (ретентора) та боржника.

Перш за все, кредитор наділений правомочністю на власні дії, які полягають у юридично захищеній можливості притримати річ, тобто на дії, які спрямовані на фізичне збереження володіння річчю від переходу її до боржника або вказаної ним особи. В результаті санкціонованого законом невиконання кредитором обов'язку передати річ боржнику чи вказаній ним особі притримана річ залишається у володінні кредитора. Таке володіння є законним, оскільки притримувана річ одержана від боржника на певній правовій підставі (титулі).

До змісту суб'єктивного права ретентора не входять повноваження по витребуванню (вилученню) речі у боржника (майна боржника у третіх осіб) з метою забезпечення виконання зобов'язань. З іншого боку, в силу ч. 3 ст. 594 ЦК України кредитор має право притримувати річ у себе також у разі, якщо права на неї, які виникли після передачі речі у володіння кредитора, набула третя особа.

Іншим правом кредитора є право задовольнити свої вимоги шляхом звернення на притримувану річ стягнення, яке згідно зі ст. 597 ЦК України здійснюється в порядку, встановленому для реалізації предмета застави (ст. 591 ЦК України). Тобто кредитор не набуває автоматично прав на об'єкт притримання у випадку невиконання

забезпеченого зобов'язання. Він має право ініціювати реалізацію притримуваної речі шляхом її продажу з публічних торгів, якщо інше не встановлено договором або законом. Згідно з ч. 3 ст. 591 ЦК України, у разі оголошення публічних торгів такими, що не відбулися, об'єкт притримання може бути за згодою боржника і кредитора переданий у власність кредитора за початковою ціною, якщо інше не встановлено договором. Якщо сума, одержана від реалізації об'єкта притримання, не покриває вимоги кредитора, він має право одержати суму, якої не вистачає, з іншого майна боржника в порядку черговості згідно зі ст. 112 ЦК України, якщо інше не встановлено договором або законом.

Іншою складовою права кредитора є правомочність на захист. В силу того, що притримання є забезпечувальним зобов'язанням, йому властива така особливість зобов'язань, як відносний характер захисту, що передбачає захист від порушень з боку визначеного контрагента — боржника. Але речовий характер права володіння, яке характерне для притримання, зумовлює можливість існування і абсолютного захисту прав ретентора не лише від посягань на його права з боку власника речі, але й третіх осіб. Тому захист права ретентора має змішаний характер: відносний — коли йдеться про порушення його прав боржником, і абсолютний — коли йдеться про порушення його речових прав на притриману річ з боку невизначеного кола третіх осіб.

Оскільки кредитор є законним (титульним) володільцем притримуваної речі, він може вчиняти фактичні дії по забезпеченню збереження об'єкта притримання, тобто самозахист (ст. 19 ЦК України), пред'являти зобов'язально-правові позови, а також позови по захисту прав особи, яка має речове право на чуже майно (ст. 396 ЦК України).

Слід зазначити, що кредитор, який притримує річ, у випадку порушення його права володіння притримуваною річчю не вправі витребувати річ з чужого незаконного володіння. Адже притримання не користується захистом, якщо річ вийшла з безпосереднього володіння кредитора. І в цьому проявляється певна вразливість притримання як способу забезпечення виконання зобов'язань.

Серед прав кредитора можна назвати також його право ініціювати реєстрацію права притримання рухомих речей у Державному реєстрі обтяжень рухомого майна, здійснення якої хоч і не є обов'язковою, але згідно зі ст. 12 Закону України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень» від 18 листопада 2003 р. № 1255-IV встановлює пріоритет ретентора перед іншими обтяжувачами цього

ж майна, а також надає притриманню речі, яке є її обтяженням, чинності у відносинах з третіми особами.

Частина 1 ст. 595 ЦК України зобов'язує кредитора, який притримує річ у себе, повідомити про це боржника. Законодавець не розкриває форму (спосіб) такого повідомлення. Але, якщо вчинення дій щодо притримання речі є правочином, то цілком логічно, що на повідомлення повинні розповсюджуватися правила про форму правочинів. Оскільки правочин щодо забезпечення виконання зобов'язання вчиняється у письмовій формі (ч. 1 ст. 547), то цілком правомірно на повідомлення про притримання речі поширення правила ст. 207 ЦК України, якою зокрема передбачено, що правочин має вважатися вчиненим у письмовій формі, якщо його зміст зафіксований в одному або кількох документах, у листах, телеграмах сторін, а також якщо воля сторін виражена за допомогою телетайпного, електронного або іншого технічного засобу зв'язку.

Виконання даного обов'язку має велике практичне значення. *По-перше*, оскільки ч. 1 ст. 547 ЦК України встановлено обов'язкову письмову форму правочину щодо забезпечення виконання зобов'язання, а значить і правочину притримання, саме повідомлення боржника про притримання, здійснене в письмовій формі, є водночас доказом вчинення правочину притримання. Таким чином, направлення кредитором боржнику повідомлення про притримання, є свідченням належного виконання кредитором притримання речі. У разі ж неповідомлення, притримання буде вважатися неправомірним та свідчити про неналежне виконання ним своїх обов'язків; покладення на нього обов'язку відшкодувати боржникові збитки, завдані таким притриманням тощо.

По-друге, повідомлення кредитором відіграє вирішальну роль у ситуації, коли боржник, річ якого притримується, розпоряджається нею і передає право власності на неї іншій особі. Адже, у разі необізнаності боржника про притримання речі, право власності на яку він передає іншій особі, він не повідомить набувача про притримання речі і права кредитора, а тому покупець буде вправі вимагати зниження ціни або розірвання договору купівлі-продажу (ст. 659 ЦК України). Збитки, завдані продавцю-боржнику розірванням договору (або зниженням ціни), можуть бути стягнуті з кредитора по забезпечувальному зобов'язанню, який не виконав покладеного на нього обов'язку попередити боржника про притримання речі і тим самим позбавив його можливості поінформувати покупця про права третіх осіб на товар. Крім цього, невиконання даного обов'язку унеможливить захист кредитора з посиланням на правомірне володіння про-

ти віндикаційних вимог третіх осіб, які набули від боржника право власності на притримувану річ і не були попереджені останнім про наявність відповідного обтяження на користь кредитора.

Частина 2 ст. 595 ЦК України прямо передбачає інший обов'язок кредитора — відповідати за втрату, псування або пошкодження речі, яку він притримує в себе, якщо втрата, псування або пошкодження сталися з його вини, а ч. 4 ст. 594 ЦК України — нести ризик випадкового знищення або випадкового пошкодження притриманої речі, якщо інше не встановлено законом.

Враховуючи викладене можна стверджувати, що невиконання або неналежне виконання боржником обов'язку слугує підставою для виникнення зобов'язань зі зберігання притримуваної речі. Відтак обґрунтованим є застосовування норм ЦК України про зберігання, відповідно до яких кредитор повинен піклуватися про притримувану річ, як про свою власну (ч. 2 ст. 942 ЦК України).

Ще одним, прямо передбаченим законом (ч. 3 ст. 595 ЦК України), пасивним обов'язком кредитора є обов'язок утримуватися від користування притримуваною річчю. Кредитор не має права експлуатувати таку річ, вилучати з неї корисні властивості, одержувати плоди чи доходи. В протилежному випадку він повинен відшкодувати власнику або іншому титульному володільцю притримуваної речі спричинені цим збитки.

Як визначено у ч. 1 ст. 596 ЦК України, до кредитора, який притримує в себе річ боржника, право власності на неї не переходить. Тому боржник зберігає право розпоряджатися притримуваною річчю (ч. 2 ст. 596 ЦК України), повідомивши набувача про притримання речі і права кредитора. При цьому боржник не зобов'язаний отримувати згоду кредитора на розпорядження притриманою річчю.

До прав боржника також відносяться права: вимагати збереження притриманої речі; відшкодування збитків, завданих її втратою, псуванням або пошкодженням.

Боржник також має право вимагати припинити реалізацію речі, виставленої на торги, шляхом виконання своїх зобов'язань. Виходячи з аналізу чинного законодавства, можна виділити кореспондуючий такому праву боржника обов'язок кредитора. Ним є обов'язок припинити реалізацію притриманої речі та негайно передати її боржнику чи вказаній ним особі. Законодавчою підставою такого права боржника (й відповідного обов'язку кредитора) може слугувати ч. 3 ст. 593 ЦК України, яка регулює подібні відносини у правовідносинах застави, а тому може бути застосована за аналогією закону і до відносин притримання. У разі порушення кредитором

своїх обов'язків боржник вправі захищати свої порушені права шляхом пред'явлення позовів про відшкодування збитків, припинення користування річчю тощо.

Одним із обов'язків боржника є пасивний обов'язок не порушувати володіння ретентора, зазнаючи несприятливих наслідків обмеження свого права на притримувану річ.

Іншим обов'язком є обов'язок при розпорядженні річчю, яка притримується, повідомити набувача про притримання речі та права кредитора (ч. 2 ст. 596 ЦК України).

Врахування прав та обов'язків суб'єктів притримання є необхідною умовою ефективного захисту законних інтересів кредитора та дотримання прав боржника у разі застосування притримання як способу забезпечення виконання зобов'язань.

Розділ V

ЗАХИСТ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ ТА ІНТЕРЕСІВ СТОРІН ДОГОВОРУ

Глава 19 ЗАГАЛЬНІ ПРАВОВІ ЗАСАДИ ЗАХИСТУ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ ТА ІНТЕРЕСІВ

§ 1. Поняття та підстави захисту цивільних прав та інтересів

Стаття 15 ЦК України закріплює право кожної особи на захист свого цивільного права у разі його порушення, невизнання або оспорювання. Положення цієї статті базуються на нормах Конституції України, які закріплюють обов'язок держави забезпечувати: захист прав усіх суб'єктів права власності і господарювання (ст. 13), споживачів (ст. 42), захист прав і свобод людини і громадянина судом, Уповноваженим Верховної Ради України з прав людини, відповідними міжнародними судовими установами чи міжнародними організаціями (ст. 55).

У ст. 15 ЦК безпосередньо не визначаються органи, які здійснюють захист цивільних прав. Вони можуть захищатися за допомогою юрисдикційних та позаюрисдикційних форм. Як випливає зі змісту наступних статей цієї глави захист цивільних прав та інтересів здійснюють: суд, Президент України, органи державної влади, органи влади АРК або органи місцевого самоврядування; нотаріус. Цей перелік не є вичерпним. Крім органів, зазначених в ст. 55 Конституції України, відповідно до окремих актів законодавства України здійснюють захист цивільних прав та інтересів або сприяють їх захисту органи прокуратури, органи внутрішніх справ (органи міліції), громадські організації споживачів (об'єднання споживачів).

Найважливішим в системі захисту є юрисдикційний захист, який здійснюється відповідними державними органами та у випадках, передбачених законом, іншими органами та посадовими особами. Безумовно, основним юрисдикційним органом захисту цивільних прав є суд. Судовий захист є найефективнішим і має конституційні засади. Так, відповідно до ст. 55 Конституції України права і свободи людини і громадянина захищаються судом. При цьому юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі (ст. 124 Конституції України). Наведена норма повною мірою стосується і цивільних правовідносин.

Цивільно-правовий захист цивільних прав та інтересів як правова категорія може мати багатоаспектне значення. Так, цивільно-правовий захист може розглядатися як правовий інститут цивільного, так і цивільно-процесуального права. Коли ж застосовується термін «право на захист», то як правило, мається на увазі суб'єктивне право особи вимагати від уповноважених органів примусового застосування засобів реагування до порушників цивільних прав. Захист цивільних прав в юридичній літературі, в нормативно-правових актах може застосовуватися в значенні певної системи організаційно-правових заходів, вживаних у разі порушення цивільних прав.

Необхідно чітко розмежовувати право на захист цивільних прав в матеріальному і процесуальному значенні. З позицій цивільного процесуального права є підстави вважати, що реалізація права на захист в суді здійснюється в межах самостійного процесуального правовідношення, яке виникає у особи з моменту звернення до суду за захистом порушеного цивільного права (інтересу). В цивільно-процесуальній науці суб'єктивне цивільне процесуальне право розглядається як встановлена і забезпечена нормами цивільного процесуального законодавства можливість учасника процесу діяти певним чином або вимагати певних дій від суду або через суд від інших учасників процесу в межах порушеного провадження у тій чи іншій справі. Відповідно до статей 3, 5, 122 ЦПК України 2004 р. таких можливостей особа може набути лише після відкриття провадження у цивільній справі в суді на підставі, зокрема заяви особи, яка звертається за захистом свого права або охоронюваного інтересу. Звідси також можна дійти висновку про нетотожність суб'єктивного цивільного права на захист та суб'єктивного цивільного процесуального права вимагати захисту порушеного суб'єктивного матеріального права. Важливо те, що вони не конкурують між собою, а сприяють в рівній мірі захисту основного цивільного суб'єктивного права, наприклад права власності.

В цивілістичній науці є також дискусійним питання про співвідношення суб'єктивного цивільного права та права на захист. Одні автори вважають право на захист цілком самостійним правом, інші розглядають його елементом суб'єктивного цивільного права. Останню позицію слід визнати більш вдалою, адже ізольоване суб'єктивне цивільне право, позбавлене захисного елементу, втрачає юридичні можливості його реалізації. З моменту порушення цивільної справи в суді за заявою управненої особи за ст. 5 ЦПК України 1963 р. або з моменту відкриття провадження у справі за ст. 122 ЦПК 2004 р. суб'єктивне матеріальне право на захист трансформується у суб'єктивне процесуальне право на захист відповідно до процесуальних процедур. Однак у будь-якому разі право на захист є похідним від основного суб'єктивного цивільного права і не може існувати без останнього. Це власне і підтверджується нормою ст. 15 ЦК, відповідно до якої «Кожна особа має право на захист...», а також нормою ст. 3 ЦПК України 2004 р., відповідно до якої кожна особа має право в порядку, встановленому цим Кодексом, звернутися до суду за захистом своїх порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів.

Крім того, необхідно відзначити чітку тенденцію до визнання правової охорони більш широким поняттям, порівняно з правовим захистом. В основі правової охорони визначальними є принципи забезпечення непорушності та здійснення цивільних прав та заходи, спрямовані на попередження порушень цих прав. В той же час захисні норми спрямовані насамперед на відновлення вже порушеного права та усунення перешкод у його здійсненні шляхом вчинення відповідних дій. В цих нормах передбачається певна низка заходів, за допомогою яких потерпіла особа забезпечує реалізацію права на захист свого порушеного права чи інтересу, які в сукупності своїй утворюють відповідний правовий механізм захисту прав особи, який міститься в кожній галузі права. Під конституційно-правовим механізмом захисту прав розуміють систему влади держави, функцією якої є захист прав людини; процедури такого захисту, а також конституційне право людини на захист, яке реалізується за допомогою держави і цієї процедури.[1] Таке визначення конституційно-правового механізму захисту є дещо спрощеним, оскільки не містить вказівки на систему застосовуваних державою засобів.

Отже, цивільно-правовий захист — це також система активних заходів, які застосовуються суб'єктом цивільного права, компетентними державними чи іншими органами, спрямована на усунення

[1] Конституційне право України. — К., 1999. — С. 220.

порушень цивільного права чи інтересу, покладення виконання обов'язку по відновленню порушеного права на порушника.

Частина 1 ст. 15 ЦК закріплює за кожною особою право на захист свого цивільного права. Підставою для їх захисту є ***порушення***, ***невизнання*** або ***оспорювання*** цивільного права. Зміст цих підстав захисту у коментованій статті не розкривається, але він простежується у відповідних нормах статей, що регулюють ту чи іншу категорію абсолютних чи відносних правовідносин.

Порушення цивільних прав може проявлятися, зокрема у:

недодержанні сторонами при вчиненні правочину вимог закону (ст. 215 ЦК);

поширенні про особу недостовірної інформації (ст. 277 ЦК);

розкритті таємниці про стан здоров'я особи (ст. 286 ЦК);

підданні фізичної особи катуванню, нелюдському поводженню тощо (ст. 289 ЦК);

неповазі до гідності та честі фізичної особи (ст. 297 ЦК);

протиправному позбавленні права власності чи його обмеженні (ст. 321 ЦК);

безпідставному заволодінні особою майном іншої особи-власника (ст. 387 ЦК);

вчиненні власнику перешкод у здійсненні ним права користування та розпорядження своїм майном (ст. 391 ЦК);

неправомірному використанні товару без згоди автора (ст. 443 ЦК);

невиконанні чи неналежному виконанні умов зобов'язання (ст. 610 ЦК);

безпідставній односторонній відмові від договору (ст. 651 ЦК);

продажу товару неналежної якості (ст. 678 ЦК);

втраті (нестачі) або пошкодженні речі (ст. 951 ЦК);

заподіянні фізичній чи юридичній особі майнової чи немайнової (моральної) шкоди (статті 1166—1167 ЦК).

Невизнання цивільного права полягає у пасивному запереченні наявності у особи суб'єктивного цивільного права, зокрема, на майно, на право користування житлом, на спадщину, на частку в спільному майні, яке безпосередньо не завдає шкоди суб'єктивному праву, але створює непевність у правовому статусі носія суб'єктивного права. Водночас тут відсутнє звернення інших осіб до юрисдикційних органів про відсутність у особи цивільного права. Таким може бути невизнання нотаріусом чинності наданого стороною правовстановлювального документа.

Оспорювання суб'єктивного цивільного права відображає такий стан правовідношення, коли суб'єктивне цивільне право заперечується у юрисдикційному органі. Якщо таким органом є суд, то

носій оспорюваного права може вимагати його визнання за допомогою звернення з зустрічним позовом тощо.

До прав, що підлягають цивільно-правовому захисту, належать майнові та особисті немайнові права суб'єктів цивільного права.

Значно складнішою є ситуація з визначенням інтересу, оскільки ні в ЦК, ні в інших актах законодавства України не дається його визначення. ЦК ставить єдине застереження про те, що захисту підлягає лише той інтерес, який не суперечить загальним засадам цивільного законодавства. Зазначене формулювання є дещо широким і може призводити до довільного тлумачення в судовій практиці. Певне вирішення цієї проблеми міститься у Рішенні Конституційного суду України від 1 грудня 2004 р. у справі № 1-10/2004 за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення окремих положень частини першої ст. 4 ЦПК України 1963 р., зокрема, тлумачення поняття «охоронюваний законом інтерес», а також щодо надання роз'яснення, «Чи стосується це поняття інтересу юридичної особи—акціонера акціонерного товариства, що звертається до суду за захистом порушених прав акціонерного товариства».

Відповідно у зазначеному Рішенні Конституційний Суд України вирішив, що «поняття «охоронюваний законом інтерес», що вживається в частині першій статті 4 Цивільного процесуального кодексу України та інших законах України у логічно-смисловому зв'язку з поняттям «права», треба розуміти як прагнення до користування конкретним матеріальним та/або нематеріальним благом, як зумовлений загальним змістом об'єктивного і прямо не опосередкований у суб'єктивному праві простий легітимний дозвіл, що є самостійним об'єктом судового захисту та інших засобів правової охорони з метою задоволення індивідуальних і колективних потреб, які не суперечать Конституції і законам України, суспільним інтересам, справедливості, добросовісності, розумності та іншим загально-правовим засадам».

В аспекті поставленого у конституційному поданні питання положення ч. 1 ст. 4 ЦПК України 1963 р., зазначив далі Конституційний Суд, треба розуміти так, що акціонер може захищати свої права та охоронювані інтереси шляхом звернення до суду у випадку їх порушення, оспорювання чи невизнання самим акціонерним товариством, учасником якого він є, органами чи іншими акціонерами цього товариства.

Із змісту філософськи викладеного рішення важко зробити однозначні висновки щодо змісту поняття «охоронюваний законом інтерес». Проте в ньому простежується певна ідея, яка полягає у тому, що на думку Конституційного Суду України, охоронюваний

законом інтерес необхідно розуміти як прагнення до користування конкретним матеріальним та/або нематеріальним благом. Іншими словами, охоронюваний законом інтерес особи безпосередньо не ґрунтується на його наявному суб'єктивному праві, яке, однак, може у неї виникнути у результаті застосування відповідного способу захисту. Найбільш повно такий інтерес проявляється у випадках пред'явлення позовів про визнання правочинів недійсними. Так, акціонер може звернутися до суду з позовом про визнання недійсним договору відчуження майна акціонерного товариства третім особам, вчиненого з порушенням вимог статуту, оскільки у нього є інтерес як у власника акцій щодо ефективної діяльності товариства.

Учасники аукціону можуть звернутися з заявою про визнання аукціону недійсним з підстав порушення правил його проведення (п. 14 Положення про порядок проведення аукціонів (публічних торгів) з реалізації заставленого майна, затвердженого постановою КМУ від 22 грудня 1997 р.).

У разі появи фізичної особи, визнаної судом безвісно відсутньою або оголошеної померлою, ця особа або інші заінтересовані особи можуть звернутися до суду з заявою про скасування його рішення (ст. 250 ЦПК 2004 р.).

За позовом заінтересованої особи суд визнає заповіт недійсним, якщо волевиявлення заповідача не відповідало його волі (ст. 1257 ЦК). Такою заінтересованою особою може бути обійдений заповітом спадкоємець за законом.

Вимагати спростування недостовірної інформації щодо померлої особи можуть члени її сім'ї, близькі родичі та інші заінтересовані особи (ст. 277 ЦК).

§ 2. Форми та способи захисту цивільних прав та інтересів

ЦК України в ст. 16 надає право кожній особі звернутися до суду за захистом свого особистого немайнового або майнового права та інтересу, а також визначає орієнтовний перелік способів судового захисту цивільних прав та інтересів.

Відповідно до ЗУ «Про судоустрій України» правосуддя в Україні здійснюється у формі цивільного, господарського, адміністративного, кримінального та конституційного судочинства Конституційним Судом України та судами загальної юрисдикції. Цим же Законом передбачається принцип гарантування усім суб'єктам правовідносин захисту їхніх прав, свобод та законних інтересів незалежним і

неупередженим судом, утвореним відповідно до закону (ст. 6 Закону). Також передбачається неможливість позбавлення суб'єктів права на розгляд їхніх справ у суді, до підсудності якого вони віднесені. Причому правом на судовий захист наділяються не лише громадяни України та юридичні особи, створені за законодавством України, але й іноземці, особи без громадянства та іноземні юридичні особи.

Необхідно враховувати, що за згодою сторін цивільні та господарські спори можуть розглядатися судами, які не є органами правосуддя. Так, Законом України «Про міжнародний комерційний арбітраж» від 24 лютого 1994 р. визначено правові засади діяльності міжнародного комерційного арбітражу. До цього Закону додані як додатки Положення про Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України та Положення про Морську арбітражну комісію при Торгово-промисловій палаті України. 11 травня 2004 р. прийнято Закон України «Про третейські суди», згідно з яким завданням третейського суду є захист майнових і немайнових прав та охоронюваних законом інтересів сторін третейського розгляду шляхом всебічного розгляду та вирішення спорів відповідно до закону (ст. 3). Такі суди хоч і не входять у систему правосуддя, але можуть вважатися юрисдикційними органами захисту цивільних прав та охоронюваних законом інтересів.

Важливим є застереження в ст. 17 ЦПК України 2004 р. про те, що сторони мають право передати спір на розгляд третейського суду, крім випадків, встановлених законом.

За захистом своїх прав і свобод особа може також звертатися за відповідних умов до міжнародних судових установ чи міжнародних організацій. Нині найпоширенішим є захист Європейським Судом з прав людини, який діє на підставі Конвенції про захист прав і основних свобод людини (Рим, 4 листопада 1950).

Щодо кола осіб, які вправі звертатися до суду за захистом свого порушеного права чи інтересу, то воно визначається процесуальним законодавством і залежить від форми правосуддя.

Так, правом на звернення до суду з цивільних справ відповідно до ЦПК України 1963 р. (втратив чинність) були наділені самі особи, право яких порушене, а також прокурор, органи державної влади та місцевого самоврядування, інші фізичні та юридичні особи (статті 5, 121 ЦПК 1963 р.). За статтями 3 і 45 ЦПК 2004 р. таким правом наділені особи, право яких порушене, їхні представники, Уповноважений ВРУ з прав людини, прокурор, органи державної влади, органи місцевого самоврядування.

Законодавством України визначається **судова юрисдикція (підвідомчість)** та **підсудність** цивільних справ. Згідно зі ст. 124 Конститу-

ції України, юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають в державі. Водночас держава надає можливість здійснювати захист порушених прав деяким адміністративним та іншим спеціально створеним органам. Порушені права можуть захищатися не лише в порядку цивільного, але і господарського, кримінального, адміністративного судочинства. У зв'язку з цим важливо визначити цивільну юрисдикцію розгляду судами справ, під якою необхідно розуміти законодавчо визначену компетенцію суду вирішувати конкретну цивільну справу в порядку цивільного судочинства. Така компетенція судів щодо розгляду цивільних справ передбачена в ст. 15 ЦПК, згідно з якою суди розглядають в порядку цивільного судочинства справи про захист порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів, що виникають із цивільних, житлових, земельних, сімейних, трудових відносин, а також з інших правовідносин, крім випадків, коли розгляд таких справ проводиться за правилами іншого судочинства. Перераховані справи розглядаються в порядку позовного, наказного та окремого провадження.

Виходячи зі змісту ст. 15 ЦПК, Закону «Про судоустрій України», інших законів можна дійти висновку, що за загальним правилом не підлягають розгляду судами справи, які виникають з публічних, господарських, адміністративних та деяких інших правовідносин.

У багатьох випадках компетенція (юрисдикція) судів щодо розгляду певних категорій цивільних справ визначається нормами матеріального права, якими врегульовані спірні відносини. Стаття 16 Цивільного кодексу України встановлює загальне правило про захист прав та інтересів судом. Крім того, в ЦК України міститься низка статей, якими передбачаються конкретні види спорів, які мають розглядатись у судовому порядку (наприклад, статті 215, 216, 218, 219, 220, 221, 222). Такі спори мають розглядатися в порядку цивільного судочинства, за винятком тих спорів, які підпадають під дію господарського судочинства.

Необхідно враховувати, що значна частина спорів між сторонами договорів, які підпадають також під дію Господарського кодексу України, розглядається в порядку господарського судочинства за правилами Господарського процесуального кодексу України.

Відповідно до ст. 1 ГПК підприємства, установи, організації, інші юридичні особи (у тому числі іноземні), громадяни, які здійснюють підприємницьку діяльність без створення юридичної особи і в установленому порядку набули статусу суб'єкта підприємницької діяльності (далі — підприємства та організації), мають право звертатися до господарського суду за захистом своїх порушених або оспорюваних прав і охоронюваних законом інтересів, а також для вжиття

передбачених цим Кодексом заходів, спрямованих на запобігання правопорушенням.

У випадках, передбачених законодавчими актами України, до господарського суду мають право також звертатися державні та інші органи, громадяни, що не є суб'єктами підприємницької діяльності. Відповідно до змін, внесених Законом України від 15 грудня 2006 р. № 483-V до ст. 12 ГПК України, господарським судам стали підвідомчі усі справи, що виникають з корпоративних відносин незалежно від їх суб'єктного складу (юридичні чи фізичні особи як учасники корпоративних відносин). З огляду на складність корпоративних спорів президія Вищого господарського суду України прийняла Рекомендації від 28 грудня 2007 р. «Про практику застосування законодавства у розгляді справ, що виникають з корпоративних відносин»[1].

Господарські суди розглядають підвідомчі їм справи. Їм підвідомчі відповідно до ст. 12 ГПК, зокрема справи у спорах, що виникають при укладанні, зміні, розірванні і виконанні господарських договорів та з інших підстав (за винятками, передбаченими законом), справи про банкрутство. ГПК також дозволяє сторонам передати підвідомчий господарським судам спір на вирішення третейського суду, крім спорів про визнання недійсними актів, а також спорів укладання, зміни, розірвання та виконання господарських договорів, пов'язаних із задоволенням державних потреб.

Усі справи, підвідомчі господарським судам, розглядаються у першій інстанції місцевими господарськими судами.

ГПК передбачає можливість досудового врегулювання господарських спорів, спрямованого на більш швидке та ефективне відновлення порушених прав та законних інтересів суб'єктів господарських відносин. Заходи досудового врегулювання господарського спору сторони застосовують за домовленістю між собою або відповідно до вимог законодавства щодо окремих видів спорів. Порядок досудового врегулювання господарського спору визначається ЦПК (статті 6—11), якщо інший порядок не встановлено законодавством України. Основним є претензійний порядок досудового врегулювання господарського спору, згідно з яким підприємства чи організації, чиї права і законні інтереси порушено, з метою врегулювання спору з порушником цих прав та інтересів звертаються до нього з письмовою претензією, яка за загальним правилом розглядається в місячний строк з дня одержання претензії.

Досудовий порядок реалізації господарсько-правової відповідальності встановлено також Господарським кодексом України згідно зі

[1] Вісник господарського судочинства. — 2007. — № 8. — С. 22—42.

ст. 222 якого у разі необхідного відшкодування збитків або застосування інших санкцій учасник господарських відносин, чиї права або законні інтереси порушено, з метою безпосереднього врегулювання спору з порушником цих прав або інтересів має право звернутися до нього з письмовою претензією (якщо інше не встановлено законом), яка розглядається в місячний строк з дня її одержання. Обґрунтовані вимоги заявника одержувач претензії зобов'язаний задовольнити, він також повинен повідомити письмово заявника претензії про результати її розгляду.

Як правило, пред'явлення претензії не є обов'язком сторони, за окремими винятками. Наприклад, згідно зі ст. 925 ЦК України до пред'явлення перевізникові позову, що випливає із договору перевезення вантажу, пошти є обов'язковим пред'явлення йому претензії.

ГПК визначає склад учасників судового процесу, їх права та обов'язки, порядок розгляду господарських спорів тощо.

Учасниками судового процесу за правилами господарського судочинства є сторони, треті особи, прокурор, інші особи, які беруть участь у процесі у випадках, передбачених ГПК (ст. 18). Учасниками можуть бути також посадові особи та інші працівники підприємств, установ, державних органів, коли їх викликано для дачі пояснень з питань, що виникають під час розгляду справи, судові експерти.

В ст. 16 ЦК норма ч. 1 надає право кожній особі на звернення до суду за захистом свого особистого права та інтересу, але не конкретизує вичерпний чи орієнтовний перелік таких осіб. Не вирішують повною мірою цієї проблеми ні ЦПК, ні ГПК України. Очевидно в такій редакції наведені норми мають носити універсальний характер, оскільки вони розраховані на захист усіх цивільних прав, що випливають як з абсолютних, так і відносних правовідносин. Загальновизнано в цивілістичній науці, що зобов'язальні правовідносини, у тому числі договірні, є відносними правовідносинами, в яких визначені конкретні суб'єкти. В договірних відносинах ними є сторони — кредитор і боржник. Тому захист порушеного права, що ґрунтується на договірних правовідносинах, має здійснюватися за загальним правилом шляхом звернення до суду однієї сторони (її представника) з відповідними вимогами до іншої сторони. Тобто, наприклад, лише покупець має право вимагати від продавця передачі оплаченого, але не переданого відповідно до договору купівлі-продажу товару. Однак з цього загального правила в чинному законодавстві передбачаються певні нечисленні винятки. Так, відповідно до ст. 727 ЦК, якщо обдаровуваний вчинив умисне вбивство дарувальника, спадкоємці дарувальника мають право вимагати розірвання договору дарування. За ст. 755 ЦК може бути розірваний за рішен-

ням суду договір довічного утримання на вимогу відчужувача або третьої особи — на користь якої він був укладений у разі невиконання або неналежного виконання набувачем своїх обов'язків, незалежно від його вини. Фактично мають право вимагати захисту своїх цивільних прав усі особи, до яких відповідно перейшли права та обов'язки сторони за договором в порядку правонаступництва.

У випадках, встановлених законом, зазначається у ст. 3 ЦПК, до суду можуть звертатися органи та особи, яким надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб, або державні чи суспільні інтереси. Одним з таких органів є Прокуратура України, однієї з функцій якої є представництво інтересів громадянина або держави в суді у випадках визначених законом (ст. 121 Конституції України). У статті 45 ЦПК прямо закріплюється право прокурора звертатися до суду із заявами про захист прав, свобод та інтересів інших осіб або державних чи суспільних інтересів. Він може здійснювати представництво інтересів громадянина або держави на будь-якій стадії цивільного процесу. Відповідно до ст. 2 ГПК України господарський суд порушує справи за позовними заявами прокурорів та їх заступників, які звертаються до господарського суду в інтересах держави.

На практиці досить часто дається неоднозначне тлумачення інтересів держави, у тому числі в сфері договірних відносин.

Наприклад, у липні 2006 р. заступник Генерального прокурора України подав до господарського суду м. Києва позов в інтересах держави в особі Міністерства палива та енергетики України, НАК «Нафтогаз України» та дочірньої компанії «Газ України» НАК «Нафтогаз України» до ТОВ «Юридична фірма «Нафтогаз», ТОВ «Нафтогазенерго» та ТОВ «Анкодор-Інвест-Плюс» про визнання недійсним договору про відступлення права вимоги від 17 березня 2004 р. № 09/03 та стягнення з ТОВ «Нафтогазенерго» на користь дочірньої компанії «Газ України» НАК «Нафтогаз України» 3 421 669 грн. 47 коп.

Ухвалою господарського суду м. Києва від 19 липня 2006 р. позов повернуто без розгляду.

Постановою Київського апеляційного господарського суду від 20 вересня 2006 р. вищевказану ухвалу суду залишено без змін.

Постановою Вищого господарського суду України від 18 січня 2007 р. № 05-5-46/8142 постанову Київського апеляційного господарського суду від 20 вересня 2006 р. залишено без змін, оскільки ухвала та постанови мотивовані тим, що прокурором подано позов не в інтересах держави, а в інтересах самостійного суб'єкта господарської діяльності.

Генеральний прокурор України звернувся до Верховного Суду України з касаційним поданням про скасування постанови Вищого господарського суду

України від 18 січня 2007 р. № 05-5-46/8142, постанови Київського апеляційного господарського суду від 20 вересня 2006 р., ухвали господарського суду м. Києва від 19 липня 2006 р. та передачу справи до суду першої інстанції для розгляду позову по суті. Посилання зроблено на порушення та неправильне застосування норм матеріального права, невідповідність оскарженої постанови положенням Конституції України та виявлення різного застосування Вищим господарським судом України одного й того ж положення закону в аналогічних справах. Зокрема зазначено, що судовими інстанціями зроблено неправильний висновок, що прокурор може звернутися до суду за захистом інтересів держави лише у випадку, коли безпосередньо зачіпаються інтереси органу, уповноваженого державою здійснювати відповідні функції у спірних відносинах, тобто органу виконавчої влади або місцевого самоврядування, який і повинен бути єдиним позивачем у справі.

Ухвалою Верховного Суду України від 15 березня 2007 р. порушено провадження з перегляду в касаційному порядку постанови Вищого господарського суду України від 18 січня 2007 р. № 05-5-46/8142.

Заслухавши доповідача, представників сторін і Генеральної прокуратури України та перевіривши матеріали справи, Судова палата у господарських справах Верховного Суду України вважає, що касаційне подання підлягає задоволенню з таких підстав.

Касаційна інстанція, залишаючи без змін попередні судові рішення, послалась на те, що дочірня компанія «Газ України» НАК «Нафтогаз України» є самостійним господарюючим суб'єктом, управління господарською діяльністю здійснює через свої органи та посадові особи у порядку, визначеному статтями 41—49 Закону України «Про господарські товариства», і не є органом державної влади чи органом місцевого самоврядування. Прокурором пред'явлено позов не в інтересах держави, а в інтересах самостійного суб'єкта господарської діяльності.

Висновки, зроблені касаційною інстанцією, не відповідають вимогам закону. Міністерство палива та енергетики України є центральним органом виконавчої влади, на який покладено функцію здійснення державної політики в галузі паливно-енергетичного комплексу.

Відповідно до пунктів 1, 5.2 статуту НАК « Нафтогаз України» засновником та єдиним акціонером цієї Компанії є держава в особі Кабінету Міністрів України. Державою надано НАК «Нафтогаз України» спеціальний дозвіл на транспортування та безперебійне постачання природного газу, який є стратегічною природною сировиною і має для України загальнодержавне значення.

Для здійснення цих функцій НАК « Нафтогаз України» створено дочірню компанію «Газ України», функціями якої є організація роботи, направленої на забезпечення надійного функціонування систем газопостачання та скрапленого газу.

Згідно з положеннями ст. 121 Конституції України на прокуратуру покладено функції представництва інтересів громадянина або держави у випадках, визначених законом.

Відповідно до ст. 20 Закону України «Про прокуратуру» при виявленні порушень закону прокурор або його заступник у межах своєї компетенції мають право звертатися до суду із заявою про захист прав і законних інтересів громадян, держави, а також підприємств та інших юридичних осіб.

Статтею 36-1 даного Закону визначено підстави представництва прокурором інтересів держави, а саме: наявність порушень або загрози порушень економічних, політичних та інших державних інтересів внаслідок протиправних дій (бездіяльності) фізичних або юридичних осіб, що вчиняються у відносинах між ними або з державою.

Відповідно до ст. 2 ГПК України прокурор, який звертається до господарського суду в інтересах держави, в позовній заяві самостійно визначає, у чому полягає порушення інтересів держави, та обґрунтовує необхідність їх захисту, а також вказує орган, уповноважений державою здійснювати відповідні функції у спірних відносинах.

Відповідно до рішення Конституційного Суду України від 8 квітня 1999 р. у справі № 1-1/99 державні інтереси закріплюються як нормами Конституції України, так і нормами інших правових актів. Інтереси держави відрізняються від інтересів інших учасників суспільних відносин. В основі перших завжди є потреба у здійсненні загальнодержавних (політичних, економічних, соціальних та інших) дій, програм, спрямованих на захист суверенітету, територіальної цілісності, державного кордону, гарантування державної, економічної, інформаційної, екологічної безпеки, охорону землі як національного багатства, захист прав усіх суб'єктів права власності та господарювання тощо.

Із врахуванням того, що «інтереси держави» є оціночним поняттям, прокурор чи його заступник у кожному конкретному випадку самостійно визначає з посиланням на законодавство, на підставі якого подається позов, в чому саме відбулося чи може відбутися порушення матеріальних або інших інтересів держави, обґрунтовує у позовній заяві необхідність їх захисту та зазначає орган, уповноважений державою здійснювати відповідні функції у спірних правовідносин.

Зазначені обставини не було враховано при розгляді даної справи.

Судова палата дійшла висновку, що у зв'язку з наведеним постанова Вищого господарського суду України від 18 січня 2007 р. № 05-5-46/8142, постанова Київського апеляційного господарського суду від 20 вересня 2006 року і ухвала господарського суду м. Києва від 19 липня 2006 р. підлягають скасуванню, а справа — передачі до суду першої інстанції для розгляду позовних вимог по суті[1].

Що стосується представництва органами прокуратури інтересів громадянина в суді, то коло цих інтересів є надзвичайно широким і в законі їх зміст не визначається. Прокурор має право у кожному

[1] Постанова Верховного Суду України від 3 квітня 2007 р. у справі № 05-5-46/8142.

конкретному випадку визначати їх з метою порушення цивільної справи в суді. Це може бути викликано необхідністю захистити права малолітніх, недієздатних тощо[1].

Широким є коло осіб, які можуть звертатися до суду з позовами про визнання договорів (правочинів) недійсними. Так, відповідно до ч. 3 ст. 215 ЦК, якщо недійсність правочину прямо не встановлена законом, але одна із сторін або інша заінтересована особа заперечує його дійсність на підставах, встановлених законом, такий правочин може бути визнаний судом недійсним. Однак інший підхід до вирішення цієї проблеми закріплено в ГК України, згідно зі ст. 207 якого господарське зобов'язання, що не відповідає вимогам закону, або вчинено з метою, яка завідомо суперечить інтересами держави і суспільства, може бути на вимогу однієї зі сторін або відповідного органу державної влади визнано судом недійсним. Як видно, в останньому випадку встановлено звужене коло осіб, які мають право звертатися до суду про визнання господарського зобов'язання недійсним, що обмежує можливості захисту прав, порушених неправомірними правочинами. У разі необхідності особи, які не є сторонами неправомірного правочину, який є господарським договором, можуть звертатися до суду про визнання його недійсним на підставі ст. 215 ЦК України.

У частині 2 ст. 16 ЦК визначається перелік основних способів захисту цивільних прав та інтересів. Першим способом захисту, передбаченим ст. 16 є ***визнання права***. Позов про визнання права подається у випадках, коли належне певній особі право не визнається, оспорюється іншою особою або у разі відсутності в неї документів, що засвідчують приналежність їй права. Тобто метою подання цього позову є усунення невизначеності у суб'єктивному праві, належному особі, а також створення сприятливих умов для здійснення суб'єктивного права особою. Такі позови можуть подаватися щодо визнання права власності чи інших речових прав на певне майно (ст. 392 ЦК), щодо визнання права авторства на твір науки, літератури, мистецтва (статті 423, 432). Зазначений спосіб захисту за загальним правилом не пов'язаний з безпосереднім порушенням права особи. Проте цей позов також може поєднуватися з іншими позовами, наприклад, щодо вимог про захист права власності з віндикаційним, негаторним позовом або з позовом про виключення майна з опису або звільнення з-під арешту.

---

[1] Детально про участь прокурора див: *Штефан М. Й.* Цивільне процесуальне право України. — К.: Видавничий Дім «Ін Юре». — 2005. — С. 124—138.

Наступний спосіб захисту — про ***визнання правочину недійсним*** застосовується у тих випадках, коли необхідно відновити становище, що існувало до укладення правочину з порушенням умов його дійсності. Цей спосіб захисту безпосередньо регламентується статтями 215—236 ЦК. Метою звернення до суду з таким позовом є застосування наслідків його недійсності, тобто реституції, відшкодування збитків та моральної шкоди, завданої укладенням такого правочину. З таким позовом вправі звертатися не лише самі сторони недійсного правочину, але й інші особи, наприклад, представники неповнолітніх, малолітніх дітей, обмежено дієздатних чи недієздатних осіб, а також інші зацікавлені особи.

Третій спосіб захисту цивільних прав — ***припинення дії, яка порушує право*** пов'язаний зі вчиненням іншою особою незаконних дій, спрямованих на порушення права, належного особі. Так, зокрема, цей позов може подаватися у випадках, коли іншою особою чиняться перешкоди у здійсненні власником повноважень користування та розпорядження належним йому майном (негаторний позов — ст. 391 ЦК); у разі неправомірного використання об'єкта права інтелектуальної власності (статті 424, 432 ЦК).

Четвертий спосіб захисту — ***відновлення становища, яке існувало до порушення права***. Цей спосіб пов'язаний з застосуванням певних заходів, спрямованих на відновлення порушеного суб'єктивного права особи у тому стані, в якому воно існувало до його порушення. Тобто для того, щоб подати цей позов необхідно, щоб суб'єктивне право не було припинене, і його можна було відновити шляхом усунення наслідків правопорушення. Цей спосіб захисту може знаходити свій прояв у вимогах про виселення особи з незаконно зайнятого нею приміщення; про усунення перешкод у здійсненні права власності; про застосування наслідків недійсного правочину; про заборону використання твору без дозволу автора.

П'ятий спосіб захисту — ***примусове виконання обов'язку в натурі*** застосовується у тих випадках, коли відповідач зобов'язаний був вчинити певні дії по відношенню до позивача, але відмовився або уникає можливості виконати свій обов'язок. Тобто цей засіб захисту застосовується за наявності зобов'язальних правовідносин між позивачем та відповідачем. Так, він може мати місце при невиконанні обов'язку сплатити кошти за виконану роботу (за договором підряду), передати річ кредитору (за договорами купівлі-продажу, міни, поставки, дарування з обов'язком передати річ у майбутньому), виконати роботи чи надати послуги (за договорами про виконання робіт та надання послуг).

Наступні способи захисту — ***зміна*** та ***припинення правовідношення,*** пов'язані з необхідністю змінити чи припинити існуюче правовідношення у зв'язку з, наприклад, порушенням його однією із сторін (статті 651, 652 ЦК — для договірних зобов'язань). Зокрема, ця вимога може проявлятися у позові про зміну вартості некомплектного товару чи товару, асортимент якого не відповідає умовам договору купівлі-продажу (статті 670, 684); розірвання договору у зв'язку з невиконанням або неналежним його виконанням другою стороною (статті 708, 726, 755, 782, 783 ЦК та ін.).

Наступний спосіб захисту — ***відшкодування збитків*** та інші способи відшкодування майнової шкоди може застосовуватися як самостійно, так і поєднуватися з іншими вимогами, наприклад, з позовами про розірвання договору у зв'язку з невиконанням чи неналежним виконанням його другою стороною, про примусове виконання обов'язку в натурі, про усунення перешкод у користуванні майном тощо. Підставою для застосування цього способу захисту є наявність заподіяної особі майнової шкоди. Більш детально підстави для застосування цього способу захисту регламентуються статтями 22, 623, 624 та главою 82 ЦК — «Загальні положення про відшкодування шкоди». Причому цей спосіб захисту може застосовуватися не лише за порушення позадоговірних (деліктних) зобов'язань, а й договірних. Так, зокрема, підстави для відшкодування заподіяної шкоди передбачені за порушення таких договірних зобов'язань, як: договір купівлі-продажу (статті 661, п. 3 ст. 678, 700), договір дарування (ст. 721), договір найму (статті 766, 768, 776, 780), договір підряду (статті 848—850, 852, 858) та ін.

Дев'ятий спосіб захисту — ***відшкодування моральної (немайнової шкоди)*** пов'язаний з наявністю у особи моральних страждань, що виникли з неправомірних дій (бездіяльності) іншої особи та стали наслідком знищення чи пошкодження майна, заподіянням каліцтва, іншого ушкодження здоров'я або смерті. Підставами для відшкодування моральної шкоди можуть слугувати: недобросовісне заявлення вимоги до суду про визнання особи недієздатною з наступною відмовою суду у задоволенні такої вимоги (ст. 39 ЦК), визнання недійсним правочину, укладеного особою, яка у момент його вчинення не усвідомлювала значення своїх дій та (або) не могла керувати ними чи недієздатним за межами їх дієздатності (статті 225, 226 ЦК); порушення особистих немайнових прав фізичної особи (ст. 280 ЦК); прийняття неправомірних рішень, дії чи бездіяльність органів державної влади, органів місцевого самоврядування (ст. 1167), заподіяння каліцтва, іншого ушкодження здоров'я або смерті особи (ст. 1168).

Останній спосіб захисту цивільних прав, передбачений ст. 16 ЦК — ***визнання незаконними рішення, дій чи бездіяльності органу державної влади, органу влади АРК, органу місцевого самоврядування їхніх посадових і службових осіб*** характеризується чітко визначеним суб'єктом — заподіювачем шкоди, якими є відповідні державні органи чи їхні посадові і службові особи. Підставою для подачі такого позову слугують прийняття незаконних рішень, незаконні дії чи бездіяльність зазначених органів, що призвело до заподіяння шкоди особі. Причому відповідно до статей 1173—1175 ЦК така шкода відшкодовується незалежно від вини цих органів (осіб).

Зазначений перелік способів захисту не є вичерпним, а тому суд може застосувати інші способи захисту. Вони можуть бути передбачені як договором, так і законом, у тому числі статтями ЦК, які регулюють окремі види договорів. Наприклад, відповідно до ч. 4 ст. 362 ЦК у разі продажу частки у праві спільної часткової власності з порушенням права переважної купівлі, співвласник може пред'явити до суду позов про переведення на нього прав та обов'язків покупця. Рішенням суду може бути скасовано державну реєстрацію суб'єкта господарювання у разі здійснення ним діяльності, що суперечить закону чи установчим документам, припинити його підприємницьку діяльність (статті 51, 247 ГК України). Зміст ст. 16 ЦК дає підстави вважати, що суд має право застосовувати лише ті способи захисту, які передбачені законом або договором.

Цивільне законодавство дозволяє сторонам договору та учасникам інших цивільних правовідносин застосовувати на власний розсуд позасудові способи захисту порушених прав та законних інтересів, у тому числі самозахист, який вперше знайшов безпосереднє закріплення в ст. 19 ЦК України. За цією статтею особа має право на самозахист свого цивільного права, права іншої особи від порушень і протиправних посягань. Важливим положенням в наведеній нормі є визнання самозахистом не лише захист власних цивільних прав, але і прав інших осіб. При цьому дане положення знайшло свій подальший розвиток в ст. 1158 ЦК, яка надає особі право на вчинення дій в майнових інтересах іншої особи без її доручення, якщо майновим інтересам останньої загрожує небезпека.

Самозахист має певні межі. Він передбачає застосування особою таких засобів протидії, які не заборонено законом та не суперечать моральним засадам суспільства (ч. 1 ст. 19 ЦК). Ці засоби протидії не повинні також суперечити вимогам ст. 1169 ЦК про здійснення особою права на самозахист, у тому числі у стані необхідної оборони.

Відповідно до ч. 2 ст. 19 ЦК способи самозахисту мають відповідати змісту порушеного права, характеру дій, якими воно порушене, а також наслідкам, що спричинені цим порушенням. Звідси можна зробити наступні висновки. По-перше, способи самозахисту повинні бути адекватними самому порушенню та вчиненим неправомірним діям, по-друге, співрозмірними з негативними наслідками, спричиненими порушенням, по-третє, способи самозахисту можуть проявлятися як у фактичних, так і юридичних діях.

Своєрідними способами самозахисту можна вважати так звані «оперативні санкції», які отримали досить детальне врегулювання в ГК України (статті 235—237). Такими оперативно-господарськими санкціями є зокрема: одностороння відмова від виконання свого зобов'язання управненою стороною у разі порушення зобов'язання другою стороною; відмова від оплати за зобов'язанням, яке виконане неналежним чином. Власне, подібні «оперативні санкції» передбачені і ЦК України. Так, згідно зі ст. 692 ЦК продавець має право відмовитися від договору купівлі-продажу, якщо покупець не оплатив товар. Кредитор має право притримати майно боржника, який не виконав свої обов'язки (статті 856, 874, 916 та ін.). При цьому необхідно визнати юридично необґрунтованим положення ГК в тій частині, яка передбачає застосування лише тих оперативно-господарських санкцій, застосування яких передбачено договором, оскільки такі санкції можуть застосовуватися також в силу прямих вказівок закону.

Підсумовуючи аналіз способів захисту цивільних прав та інтересів, необхідно відзначити, що за загальним правилом, у разі порушення цивільного права чи інтересу у потерпілої особи виникає право на застосування конкретного способу захисту, який залежить від виду порушення та від наявності чи відсутності між сторонами зобов'язальних правовідносин. Тобто потерпіла особа не звертається з усіма передбаченими вимогами до суду, а обирає саме той засіб захисту, який відповідає характеру порушення його права чи інтересу. Крім того, ст. 16 також допускає можливість встановлення способу захисту не лише судом, але й сторонами в договорі. Наприклад, за порушення умов договору про своєчасну оплату поставленого чи переданого товару, інша сторона має право на відшкодування не лише збитків, але й неустойки, розмір якої передбачений договором між сторонами, і у разі відмови другої сторони від добровільного виконання цієї умови, потерпіла сторона має право на застосування такого способу захисту як відшкодування збитків та неустойки.

ЦК вперше передбачив широке коло випадків визнання правочинів не лише недійсними, але і дійсними (ч. 3 ст. 215, статті 218—224 ЦК). В ЦК УРСР щодо цього було лише одне застереження, згідно з яким, якщо одна зі сторін повністю або частково виконала угоду, що потребує нотаріального посвідчення, а друга сторона ухиляється від нотаріального оформлення угоди, суд вправі за вимогою сторони, яка виконала угоду, визнати угоду дійсною.

Особливої уваги надано в ч. 3 ст. 16 ЦК підставам для відмови суду у захисті порушеного права чи інтересу. Зокрема, підставою для відмови суду у захисті порушеного права чи інтересу слугують: порушення прав інших осіб, заподіяння шкоди довкіллю або культурній спадщині при здійсненні особою своїх цивільних прав (ч. 2 ст. 13 ЦК); вчинення дій особою з наміром завдати шкоди іншій особі та зловживання правом в інших формах (ч. 3 ст. 13 ЦК); недотримання особою моральних засад суспільства (ч. 4 ст. 13 ЦК); використання цивільних прав з метою неправомірного обмеження конкуренції, зловживання монопольним становищем на ринку, недобросовісної конкуренції (ч. 5 ст. 13 ЦК).

§ 3. Поняття збитків та обсяг їх відшкодування у договірному праві

В ЦК України є легальне визначення поняття збитків, яке і має бути покладено в основу дослідження його змісту. Відповідно до ст. 22 ЦК України збитками є:

1) *втрати*, яких особа зазнала у зв'язку зі знищенням або пошкодженням речі, а також *витрати*, які особа зробила або мусить зробити для відновлення свого порушеного права (*реальні збитки*);

2) *доходи*, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було порушене (*упущена вигода*).

Дещо по-іншому визначався зміст поняття збитків в ЦК УРСР 1963 р., в ч. 2 ст. 203 якого було записано, що під збитками розуміються витрати, зроблені кредитором, втрата чи пошкодження його майна, а також не одержані кредитором доходи, які б він одержав, якби зобов'язання було виконано боржником.

Порівняльний аналіз наведених двох законодавчих конструкцій визначення змісту збитків дає підстави вважати про наявність у них як спільних ознак, так і істотних розбіжностей, встановлення яких може сприяти більш ефективному і всебічному виявленню поняття збитків та їх правової природи.

Відповідно в цивілістичній літературі радянського періоду сформувалися певні погляди щодо збитків як юридичної категорії. По-перше, панівною стала думка про поділ усіх збитків на позитивну шкоду (понесені витрати та втрату чи пошкодження майна) та неодержані доходи, які інколи називали і називають упущеною вигодою[1]. Різниця між цими двома видами вбачалася насамперед у тому, що витрати, втрати чи пошкодження майна відображають факт зменшення майнового активу потерпілої особи (кредитора), а неодержані доходи відображають той факт, що наявне майно не збільшилося, хоча могло б збільшитися у разі відсутності правопорушення[2].

Власне, окремі елементи збитків, перераховані в ст. 203 ЦК УРСР можна виявити у тій чи іншій інтерпретації та з застосуванням дещо іншої юридичної термінології у вищенаведеній ст. 22 ЦК України. Дійсно в цій статті також визначені відповідні складові елементи, які у своїй сукупності, як на наш погляд, становлять зміст збитків за новим законодавством. Це, зокрема: 1) втрати, викликані знищенням або пошкодженням речі; 2) витрати, понесені особою для відновлення порушеного права; 3) доходи, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин у разі відсутності факту порушення її права. Таким чином, існують і певні розбіжності, які полягають у наступному.

По-перше, у новому ЦК більш повно визначено ознаки збитків у формі «втрат» та «витрат», які одержали законодавчу назву реальних збитків. Думається, що юридично обґрунтованою є відмова розробників нового ЦК від введення в нормативний обіг такого поняття як «позитивна шкода» («позитивні збитки»), широко використовуваного в цивілістичній літературі радянського періоду, адже будь-яка шкода, заподіяна особі, аж ніяк не може розглядатися позитивним явищем, а швидше всього це є негативним явищем у цивільних правовідносинах. Новелою ст. 22 ЦК України, порівняно зі ст. 203 ЦК УРСР, щодо змісту витрат потерпілої особи є те, що у першому випадку витратами мають вважатися як ті витрати, які вже фактично такою особою понесені, так і ті, які мають бути нею понесені у майбутньому для відновлення порушеного майнового права.

По-друге, в ст. 22 ЦК України неодержані особою доходи названі *упущеною вигодою*, яка як різновид збитків може застосовува-

---

[1] Гражданский кодекс Украинской ССР. Научно-практический комментарий. — К.: Политиздат Украины, 1971. — С. 199—200; Советское гражданское право / Под ред. В. А. Рясенцева. — М.: Юрид. лит., 1975. — С. 515—518.

[2] *Иоффе О. С.* Обязательственное право. — М.: Юрид. лит., 1975. — С. 98—99.

тися не лише в зобов'язальних правовідносинах (так було за ст. 203 ЦК УРСР), але і в інших правовідносинах.

Загалом вищезазначені новели носять прогресивний характер, а відтак заслуговують на підтримку. Водночас поки що не усі аспекти даної проблеми можна вважати вирішеними, на що вже зверталася увага українських цивілістів. Насамперед варто звернути увагу на аналогічні норми Господарського кодексу України, якими визначається механізм регулювання збитків. В частині 2 ст. 224 ГК записано, що «під збитками розуміються витрати, зроблені управненою стороною, втрата або пошкодження її майна, а також не одержані нею доходи, які управнена сторона одержала б у разі належного виконання зобов'язання або додержання правил здійснення господарської діяльності другою стороною». Наведене визначення змісту збитків найбільш повно концептуально відтворює положення ст. 203 ЦК УРСР за винятком двох істотних моментів. По-перше, взамін особи кредитора введено нове поняття «управнена сторона». По-друге, можливість включення неодержаних доходів до збитків має місце не лише за умови належного виконання зобов'язання, а й за умови додержання правил здійснення господарської діяльності і другою стороною. По-третє, в ст. 225 ГК законодавець ввів взамін терміну «не одержані доходи» термін «неодержаний прибуток» як рівнозначний терміну «втрачена вигода».

Співставляючи зміст ст. 22 ЦК України та статей 224, 225 ГК можна виявити наявність істотних суперечностей, на які вже частково зверталася увага. С. М. Бервено до такого роду суперечностей вважає за необхідне віднести термінологічні неузгодженості, адже в ст. 22 ЦК йдеться про упущену вигоду, а в статтях 224, 225 ГК — про неодержані доходи, втрачену вигоду, неодержаний прибуток. При цьому автор слушно зауважує, що такі поняття, як доходи та прибуток, за податковим законодавством мають різне значення[1]. Автору варто було б у такому разі продовжити свою думку і пояснити нетотожність цих понять, яка, на наш погляд, полягає у тому, що «дохід» є більш широким поняттям, порівняно з «прибутком». Однак на цьому суперечності між ЦК і ГК в цій частині не вичерпуються. Так, вважаємо за доцільне звернути увагу на ту частину норми ст. 22 ЦК України, яка передбачає можливість стягнення з порушника не лише тих витрат, які особа фактично вже зробила, але і тих, ***які вона мусить зробити для відновлення порушеного права***. Така норма є цілком логічною, адже потерпіла особа на момент пред'явлення

[1] Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової, В. В. Луця. — К.: Юрінком Інтер, 2006. — С. 50—51.

вимог до порушника може і не вчиняти дій на відновлення порушеного права, власне вона і не зобов'язана цього робити. Окрім всього потерпіла особа може не мати коштів для самостійного відновлення порушеного права. Редакція ст. 22 ЦК дозволяє особі (за ГК — управненій особі) вимагати відшкодування витрат фактично вже ним понесених та присудження коштів для покриття майбутніх витрат для виправлення недоліків речі, її ремонту тощо. Натомість норми ГК України не дають гарантій відшкодування збитків у формі майбутніх витрат на відновлення порушеного права, адже ч. 2 ст. 224 ГК України дозволяє стягувати з порушника лише ті витрати, які «зроблені управленою стороною». Тобто у наведеній нормі маються на увазі вже понесені управненою стороною фактичні витрати. Оскільки ж положення ст. 224 ГК розраховані на регулювання господарських зобов'язальних правовідносин, які переважно є водночас і цивільно-правовими, то доцільно, щоб в обох кодексах поняття та зміст збитків визначалися однаково. Водночас прорахунком ст. 22 ЦК України є те, що її редакція (на відміну від ст. 203 ЦК УРСР) не дає можливості визнавати збитками ті фактичні витрати кредитора, які не пов'язані з відновленням порушеного права, наприклад витрати покупця, зроблені для прийняття великої партії товару (оренда приміщення, транспортних засобів тощо), але не поставлених з вини продавця.

Між тим і в самому ЦК положення ст. 22 не знайшли свого послідовного втілення. Наприклад, згідно зі ст. 678 ЦК покупець, якому переданий товар неналежної якості має право, зокрема, вимагати від продавця відшкодування витрат на усунення недоліків. Цю норму можна розуміти таким чином, що відшкодовуватися можуть вчинені та майбутні витрати продавця. Між тим вже за ст. 708 ЦК України покупець, який придбав товар неналежної якості в роздрібній торгівлі, зокрема, може вимагати відшкодування витрат, «здійснених покупцем чи третьою особою на їх виправлення». Очевидно, що в останньому випадку передбачена можливість відшкодування лише фактично понесених покупцем витрат на виправлення недоліків товару. Тому вважаємо за необхідне зробити висновок про нагальну потребу привести відповідну норму ст. 708 відповідно до змісту ст. 22 ЦК України, що ліквідує існування суперечностей між цими двома статтями.

На практиці може постати питання про те, якими мають бути здійснені потерпілою особою витрати чи які можуть бути здійснені витрати у майбутньому — економічно обґрунтованими чи надмірними або зайвими? На жаль, в ст. 22 ЦК України відповідь на це

поставлене питання не міститься. Між тим, певний законотворчий досвід вирішення подібної проблеми можна зустріти в самому ж ЦК України. Наприклад, відповідно до ч. 2 ст. 778 ЦК у разі поліпшення речі, зробленого за згодою наймодавця, наймач має право на відшкодування *необхідних* витрат або на зарахування їх вартості в рахунок плати за користування річчю.

В цивілістичній літературі, зокрема, в науково-практичних коментарях ЦК зміст поняття необхідних витрат авторами поки що не розкривався належним чином, очевидно в силу очевидності його змісту[1]. Під необхідними витратами для усунення недоліків речі чи ліквідації інших негативних наслідків порушення прав особи необхідно розуміти такі витрати, без здійснення яких неможливе відновлення порушеного права. Тому вони повинні бути економічно раціональними, не надмірними та відповідати засадам розумності та справедливості. Звичайно, було б доцільно, щоб у ст. 22 ЦК України була норма про необхідні витрати, але на даному етапі цілком достатньо було б висловити свою правову позицію з цього питання Верховному Суду України, що сприяло б формуванню ефективної судової практики.

Другою формою збитків відповідно до пункту 2 ч. 2 ст. 22 ЦК є упущена вигода (за ГК України — втрачена вигода), яка також підлягає відшкодуванню, адже якби порушення прав кредитора не було, він міг би одержати відповідні майнові прирощення. В ЦК можливість відшкодування упущеної вигоди не ставиться в залежність від суб'єктного складу правовідносин (фізичні особи, суб'єкти підприємництва). Натомість положення ст. 225 ГК щодо загалом усіх видів збитків розраховані лише на учасників господарських відносин, що відзначається і господарсько-правовою літературою. Відтак з усією очевидністю постає питання про можливість відшкодування збитків у формі неодержаного прибутку у правовідносинах між суб'єктом господарювання та особою, яка не є таким суб'єктом, наприклад, фізичною особою. Можна вважати, що у таких ситуаціях необхідно керуватися нормами ЦК України, зокрема, статтею 22, яка передбачає відшкодування збитків за участю будь-яких суб'єктів цивільних правовідносин.

---

[1] Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар. У 2 ч. / За заг. ред. Я. М. Шевченко. — К.: Видавничий дім «Ін Юре», 2004. — Ч. 2. — С. 250—252; Цивільний кодекс України: Постатейний науково-практичний коментар / За ред. А. С. Довгерта, Н. С. Кузнєцової. — К.: Юстиніан, 2004. — Ч. 2. — С. 300; Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової, В. В. Луця. — К.: Юрінком Інтер, 2006. — Т. 2. — С. 361—362.

В ст. 22 ЦК України та в ст. 224 ГК України переважно лише узагальнено визначається зміст збитків. Більш менш конкретизовані в ЦК реальні збитки, які проявляються у зв'язку зі ***знищенням*** або ***пошкодженням*** речі та в ГК, які проявляються у ***втраті*** або ***пошкодженні*** майна. Безумовно настання таких негативних наслідків щодо речі (за ГК — майна) в усіх випадках зменшує майновий актив потерпілої особи (кредитора, управненої сторони). Однак і тут є певні неістотні розбіжності, оскільки не можна визнати тотожними поняття «знищення» (ЦК) та «втрата» (ГК) майна.

Думається, що ні в ЦК, ні в ГК в цій частині невдало визначено складові елементи реальних збитків з наступних міркувань.

По-перше, під знищенням майна необхідно розуміти повну загибель майна внаслідок дій сторін чи інших осіб, а також різних подій чи явищ. Однак зменшення майнового активу потерпілої особи може відбутися і без його загибелі, наприклад, у зв'язку з його викраденням чи загубленням, що охоплюється поняттям «втрата майна», але не враховано в ЦК України. Власне цей висновок підтверджується нормою ст. 203 ЦК УРСР, в якій збитками визнавалася втрата майна. У широкому розумінні під втратою майна можна розуміти різні способи його ліквідації, у тому числі шляхом його загублення, знищення.

По-друге, в ст. 224 ГК України не передбачено знищення майна яке призводить до виникнення збитків. Натомість вже в ст. 225 ГК України, яка має назву «Склад та розмір відшкодування збитків» прямо зазначається, що вартість втраченого, пошкодженого або знищеного майна включається до складу збитків, які підлягають відшкодуванню. Отже наявною є також суперечність між ст. 224 і ст. 225 ГК України.

З врахуванням вищесказаного можна дійти висновку про вразливість положень ст. 22 ЦК та ст. 224 ГК та необхідності широкого тлумачення складових елементів реальних збитків, до яких необхідно включати *втрату*, *знищення* та *пошкодження* майна потерпілої особи.

На відміну від ЦК України, в ГК України зроблено спробу конкретизувати складові елементи збитків, згідно зі ст. 225 якого до них мають включатися:

— вартість втраченого, пошкодженого або знищеного майна, визначена відповідно до вимог законодавства;

— додаткові витрати (штрафні санкції, сплачені іншим суб'єктам, вартість додаткових робіт, додатково витрачених матеріалів тощо), понесені стороною, яка зазнала збитків внаслідок порушення зобов'язання другою стороною;

— неодержаний прибуток (втрачена вигода), на який сторона, яка зазнала збитків, мала право розраховувати у разі належного виконання зобов'язання другою стороною;

— матеріальна компенсація моральної шкоди у випадках, передбачених законом.

Переважна частина перерахованих складових елементів збитків не є новою і так чи інакше визначена вже в наведених статтях ЦК (22) та ГК (224). При цьому ще раз акцентуємо увагу на неприпустимій суперечності, яка полягає в ототожненні не співпадаючих юридичних категорій як «неодержані доходи» та «неодержаний прибуток» у значенні втраченої вигоди. Взагалі ж, як нам вважається, на законодавчому рівні практично неможливо дати вичерпний перелік конкретних видів збитків. Хоча практиці відоме певне нормативне регулювання складу збитків та їх розміру. Такою була, наприклад, Тимчасова методика визначення розміру шкоди (збитків), заподіяної порушенням господарських договорів, затверджена 21 грудня 1990 р. Державною комісією Ради Міністрів СРСР[1]. Такими є Порядок визначення розміру збитків від розкрадання нестачі, знищення (псування) матеріальних цінностей, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 22 січня 1996 р.[2], Методика обчислення розміру відшкодування збитків, завданих енергопостачальнику внаслідок порушення споживачем Правил користування електричною енергією для населення, затверджений постановою Національної комісії електроенергетики від 22 листопада 1999 р. № 1416[3].

Для такого рівня нормативних актів деталізація складу збитків та їх розміру можливо є виправданою з позицій відомчих органів. Однак спроба зробити таку деталізацію в ГК вийшла не досить вдалою, особливо в частині зарахування до складу збитків матеріальної компенсації моральної шкоди, оскільки вона не розглядається в ЦК України різновидом збитків, які є різновидом більш загального поняття «шкода».

Все викладене свідчить про наявність істотних проблем у визначенні складових елементів збитків як у ЦК, так і в ГК України.

ЦК України досить однозначно закріплює загальний принцип повного відшкодування збитків, що випливає з ч. 3 ст. 22, в якій прямо записано, що збитки відшкодовуються у повному обсязі,

---

[1] Бюллетень нормативных актов министерств и ведомств СССР. — 1991. — № 8. — С. 3—10.

[2] Урядовий кур'єр. — 1996. — 1 лютого.

[3] Офіційний вісник України. — 1999. — № 52. — С. 27.

якщо договором або законом не передбачено відшкодування у меншому або більшому розмірі. Дещо нижчий ступінь однозначності у закріпленні такого принципу притаманний ЦК УРСР. Так, у ст. 6 ЦК УРСР передбачалося, що одним із засобів захисту цивільних прав є «стягнення з особи, яка порушила право, завданих збитків», а відповідно до ст. 203 ЦК цього ж Кодексу «в разі невиконання або неналежного виконання зобов'язання боржником, він зобов'язаний відшкодувати кредиторові завдані цим збитки». І хоча в наведених нормах відсутнє застереження про відшкодування збитків у повному обсязі, але оскільки в ст. 206 ЦК УРСР встановлювалося, що по окремих зобов'язаннях законодавством Союзу РСР і Української РСР може бути встановлена обмежена відповідальність за невиконання або неналежне виконання зобов'язання, то можна було вважати, що ЦК УРСР як загальне правило встановлював повне відшкодування збитків, що власне і визнавалося в цивілістичній науці[1]. Більше того, в радянський період навіть розвивалася дискусія щодо відмови від встановлених законодавчих обмежень принципу повного відшкодування збитків, у тому числі в сфері господарської діяльності[2]. Однак ця ідея не одержала належної наукової підтримки та законодавчого втілення ні в радянський, ні в сучасний періоди.

Під відшкодуванням збитків у повному обсязі необхідно розуміти відшкодування потерпілому всієї вартості усіх видів збитків, передбачених законом та договором. Тобто мають відшкодовуватися у повному розмірі як реальні збитки, так і упущена вигода, передбачені в ч. 2 ст. 22 ЦК України.

Таким чином, відшкодуванням збитків не у повному обсязі необхідно розуміти звільнення порушника за законом або договором від обов'язку відшкодовувати кредиторові будь-який із складових елементів збитків, перерахованих у ст. 22 ЦК або певним їх граничним розміром чи іншим прямим чи опосередкованим способом. Однак та сама ст. 22 ЦК дещо спрощено вирішує проблему можливих відхилень від принципу повного відшкодування збитків, оскільки передбачає можливість відхилення від відшкодування збитків у повному обсязі лише тоді, коли договором або законом передбачено відшкодування у меншому або більшому розмірі. Між тим, насправді ситуація в цивільному законодавстві є значно складнішою,

---

[1] *Иоффе О. С.* Обязательственное право. — М.: Юрид.лит., 1975. — С. 102—105; Цивільний кодекс Української РСР: Науково-практичний коментар. — К.: Політвидав, 1971. — С. 187.

[2] *Малеин Н. С.* Имущественная ответственность в хозяйственных отношениях. — М.: Наука, 1968. — С. 97—117.

адже в ньому передбачаються також випадки прихованих обмежень дії принципу повного відшкодування збитків, про що свідчить наступне.

У ЦК України є глава 51, яка визначає правові наслідки порушення зобов'язання, одними з яких є відповідальність у формі відшкодування збитків. Відповідно до ст. 611 ЦК у разі порушення зобов'язання настають правові наслідки, зокрема у формі відшкодування збитків. І хоча в наведеній статті нічого не згадується про розмір таких збитків, загальний її зміст дає підстави стверджувати, що в ній утверджується принцип повного відшкодування збитків. Але зміст наведеної норми був би більш однозначним за умови її приведення у відповідність до вимог ч. 2 ст. 22 ЦК. У цьому доповненні є певна потреба, адже в наступних статтях, які регулюють окремі види договорів, знову ж таки по-різному формулюються положення про розмір відповідальності боржника перед кредитором у формі відшкодування збитків.

Наприклад, в статтях ЦК, що регулюють купівлю-продаж, передбачається відшкодування ***збитків*** лише за чотири види порушень умов договору купівлі-продажу, а саме у разі: 1) вилучення за рішенням суду товару у покупця на користь третьої особи на підставах, що виникли до продажу товару, якщо покупець не знав або не міг знати про наявність цих підстав (ст. 611); 2) продажу покупцеві товару неналежної якості (ст. 678); 3) використання продавцем переваг свого становища у виробничій або торговельній діяльності (ст. 698); 4) ненадання покупцеві повної і достовірної інформації про товар у місці його продажу в роздрібній торгівлі (ст. 700).

При цьому варто зазначити, що в ЦК взагалі не передбачено відшкодування збитків за інші порушення умов договору купівлі-продажу, у тому числі істотні, що не піддається логіко-правовому обґрунтуванню. Дійсно постає питання чому законодавець не встановив відповідальності у формі відшкодування збитків, наприклад, за непередачу чи несвоєчасну передачу проданої речі покупцеві, неоплату чи несвоєчасну оплату покупцем придбаної речі, неприйняття чи несвоєчасне прийняття покупцем придбаної речі, недотримання вимог договору про асортимент чи комплектність товару. Така конструкція норм про відшкодування збитків могла б бути прийнятною за умови, коли б у загальних положеннях про зобов'язання ЦК було пряме застереження про те, що збитки відшкодовуються за порушення зобов'язання незалежно від закріплення цього обов'язку в спеціальних нормах, що регулюють окремі види договорів, чи в умовах таких договорів, за винятком випадків, коли інше встанов-

лено договором або законом. Очевидно така ситуація змушує ліквідовувати існуючі нормативні прогалини в спеціальних законодавчих актах. Наприклад, на відміну від ЦК України, в якому відсутні норми про відшкодування збитків споживачам, що придбали товар неналежної якості, в Законі України «Про захист прав споживачів» (в редакції від 1. 12. 2005 р.) вміщені прямі застереження про відшкодування збитків за окремі види порушень договору роздрібної купівлі-продажу та інших споживчих договорів, у тому числі у повному обсязі.

Так, згідно з ст. 4 Закону споживач (у тому числі покупець) має право на відшкодування шкоди (збитків), завданих дефектною чи фальсифікованою продукцією або продукцією неналежної якості. Більше того, за окремі порушення встановлюються відшкодування у повному обсязі, наприклад, за шкоду, заподіяну життю, здоров'ю або майну споживача дефектною продукцією або продукцією неналежної якості (ст. 16). Зрозуміло, що загальне правило ЗУ «Про захист прав споживачів» певною мірою вносить певність у досліджувану проблему, але лише щодо споживачів, якими є фізичні особи. Водночас встановлення Законом обов'язку продавця (виробника, виконавця) відшкодовувати в одних випадках збитки, в інших — збитки у повному обсязі може спричиняти різне тлумачення норм про обсяг відповідальності сторони, що порушила договір.

Відсутня логічна побудова норм щодо відшкодування збитків і в інших випадках регулювання ЦК України договірних відносин. Загалом особливості таких норм зводяться до наступних кількох варіантів їх структурної побудови. Так, ЦК України найбільш поширено встановлює відповідальність у формі **відшкодування збитків без спеціальних застережень** щодо їх виду чи розміру у разі:

— не передання наймодавцем майна наймачеві (ст. 766);

— виявлення недоліків речі, переданої наймодавцем наймачеві з гарантією якості (ст. 768);

— використання наймачем речі не за призначенням або з порушенням умов договору найму (ст. 773);

— непроведення наймодавцем капітального ремонту речі, що перешкодило її використанню відповідно до призначення та умов договору (ст. 776);

— неможливості відновлення речі, щодо якої відбулося погіршення з вини наймача (ст. 779);

— втрати наймачем або пошкодженням транспортного засобу (ст. 803);

— невиконання позичкодавцем обов'язку передати річ у користування (ст. 830);

— неповернення речі після закінчення строку користування нею за договором позички (ст. 836);

— невиконання замовником вимог підрядника (ст. 848);

— відмови замовника від договору підряду, не обумовленої порушенням договору підрядником (ст. 849);

— порушення підрядником договору підряду, які призвели до істотних недоліків в роботі (ст. 852);

— наявності у виконаній роботі за договором підряду істотних недоліків та таких, що не можуть бути усунені або не були усунені у встановлений замовником розумний строк (ст. 858);

— укладення договору побутового підряду внаслідок неповноти або недостовірності інформації підрядника на виконання робіт, які не мають тих властивостей, які мав на увазі замовник (ст. 869);

— істотного порушення підрядником договору побутового підряду (ст. 872);

— явної неможливості своєчасного виконання підрядником роботи (ст. 849);

— невиконання підрядником вимоги замовника усунути допущені недоліки в роботі в призначений ним строк (ст. 849);

— у разі внесення замовником змін до проектно-кошторисної документації, що потребують додаткових робіт, вартість яких перевищує кошторисну ціну на 10 відсотків (ст. 878);

— відмови підрядника від договору будівельного підряду у зв'язку з неможливістю використання матеріалу або устаткування наданого замовником (ст. 889);

— виявлення недоліків у проектно-кошторисній документації або в пошукових роботах, допущених підрядником (ст. 891);

— прострочення перевізником доставки вантажу (ст. 923);

— якщо не відбулася поїздка пасажира з пункту пересадки внаслідок запізнення транспортного засобу, який доставив його у цей пункт (ст. 922);

— відмови від договору транспортного експедирування клієнта або експедитора (ст. 935);

— прострочення перевізником доставки вантажу (ст. 923);

— відмови поклажодавця від передачі речі на зберігання без попередження про це в розумний строк зберігача (ст. 939);

— відмови довірителя у статусі комерційного представника від договору доручення (ст. 1009);

— невиявлення управителем при управлінні майном належної турботливості про інтереси установника управління (ст. 1043);

— неналежного виконання банком операцій за рахунок клієнта (ст. 1073);

— зміни торговельної марки чи іншого позначення правоволодільця за вимогою користувача за договором комерційної концесії (ст. 1128);

— заподіяння збитків внаслідок властивостей речі, переданої на зберігання (ст. 952).

Водночас за другою конструкцією ЦК України прямо передбачає відшкодування збитків **у повному обсязі** у разі:

— невиконання або неналежного виконання обов'язків підрядником за договором будівельного підряду (ст. 883);

— невиконання або неналежного виконання замовником обов'язків за договором будівельного підряду (ст. 886);

— порушення оплатного договору про надання послуг виконавцем (ст. 906).

ЦК України також встановлює **відшкодування збитків в обмеженому розмірі** у разі:

— порушення договору на виконання науково-дослідних або науково конструкторських та технологічних робіт виконавцем — в межах реальних збитків (ст. 900);

— невиконання або неналежного виконання виконавцем договору про безоплатне надання послуг — у розмірі, що не перевищує двох неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (ст. 906);

— втрат, нестачі, псування, пошкодження прийнятих до перевезення вантажу, багажу, пошти — у розмірі фактичної шкоди (ст. 924);

— втрати (нестачі) або пошкодження речі, переданої поклажодавцем на зберігання зберігачеві у випадку втрати (нестачі) речі — у розмірі її вартості, а у випадку пошкодження речі — у розмірі суми, на яку знизилася її вартість (ст. 951);

— страхової виплати бо страхового відшкодування — у розмірі реальних збитків (ст. 988);

— відмови учасника від подальшої участі в договорі простого товариства та розірвання договору — у розмірі реальних збитків (ст. 1142).

Нарешті у ЦК України багатьох випадках за порушення умов окремих договорів взагалі не передбачається відшкодування збитків (наприклад, договорів довічного утримання, позики, кредитного договору та деяких інших) або передбачається лише за певні порушення, а за інші не встановлюється (договори купівлі-продажу, найму, підряду, зберігання та ін.). Наявність таких підходів до врегулювання правових наслідків порушень умов договорів не можна

розглядати як відсутність підстав для стягнення збитків за порушення умов договору, для яких законодавець в ЦК не встановив такі санкції. Є підстави вважати, що у таких випадках необхідно керуватися положеннями ст. 22 та статтями глави 51 ЦК України, якими закріплюється загальне правило про відшкодування збитків у повному обсязі, якщо інше не передбачено договором або спеціальним законом. Не виникає подібних проблем у тих випадках, коли в ЦК при врегулюванні певних договорів міститься застереження про поширення на них норм глави 51 ЦК. Наприклад, відповідно до ст. 934 ЦК за порушення обов'язків за договором транспортного експедирування експедитор відповідає перед клієнтом відповідно до глави 51 ЦК, згідно зі ст. 1092 ЦК у разі невиконання або неналежного виконання платіжного доручення клієнта банк несе відповідальність відповідно до цього Кодексу та закону. Наведена норма певною мірою стосується і відшкодування збитків, які є формою (мірою) відповідальності.

Такий висновок ґрунтується також на судовій практиці застосування відповідних положень ЦК УРСР. Наприклад, судова колегія у цивільних справах Верховного Суду України у своїй ухвалі у справі за позовом колгоспу ім. Мічуріна Хустського району Закарпатської області до Виноградівського районного підприємства матеріально-технічного постачання про відшкодування витрат на усунення недоліків придбаних тракторів та стягнення збитків, заподіяних простоєм тракторів, дійшла висновку, що останні повинні відшкодовуватися на підставі загальних норм ЦК УРСР про зобов'язання та статей 233, 234, незважаючи на відсутність в них безпосередньої норми про відшкодування збитків за таких обставин[1]. Висловлена Верховним Судом України позиція повністю відповідає також правовим засадам про відповідальність, закладеним у новому ЦК України.

Аналіз наведеної системи норм, що встановлюють відповідальність сторони за порушення договору дає підстави вважати, що у ЦК передбачені нечисленні випадки обмежень принципу повного відшкодування збитків, які полягають у відшкодуванні лише реальних (фактичних) збитків. Тобто, якщо договором, Цивільним кодексом, іншим законом не встановлено прямих винятків, діятиме презумпція відшкодування збитків у повному обсязі.

Встановлення законом обмежень у відшкодуванні збитків у повному обсязі за певне порушення конкретного виду договору не означає, що і за інші порушення договору має застосовуватися обме-

[1] Право України. — 1992. — № 1. — С. 88—89.

жена відповідальність. Так, відповідно до ч. 2 ст. 924 ЦК перевізник відповідає за втрату, нестачу, псування або пошкодження прийнятих до перевезень вантажу, багажу, пошти у розмірі фактичної шкоди. Наведене правило не розповсюджується на інші можливі порушення договору перевезення, зокрема, за прострочення доставки вантажу (ст. 923). Як зазначається в ст. 920 ЦК, у разі порушення зобов'язань, що випливають із договору перевезення, сторони несуть відповідальність, встановлену цим Кодексом, іншими законами, транспортними кодексами (статутами). Натомість транспортне законодавство (Повітряний кодекс України, Кодекс торговельного мореплавства, Статут залізниць та ін.) в частині відшкодування збитків не виходить за межі врегулювання їх Цивільним кодексом України.

При вирішенні питань про відшкодування збитків за порушення господарських договорів необхідно враховувати відповідні положення ГК України, який хоча загалом і закріплює принцип повного відшкодування збитків (ст. 266), але встановлює тільки умови та порядок їх відшкодування.

Нарешті, розмір відшкодування збитків може певною мірою залежати від того, у якому співвідношенні із неустойкою (штрафна, залікова, альтернативна, виключна) вони стягуються (ст. 624 ЦК України, ст. 232 ГК України). При цьому прикметно, що ЦК за порушення зобов'язання передбачає стягнення у повному розмірі неустойки (якщо така встановлена) та збитків (штрафна неустойка), а ГК передбачає застосування залікової неустойки, за якої збитки відшкодовуються в частині, не покритій штрафними санкціями.

Підсумовуючи результати здійсненого аналізу правових засад збитків необхідно зазначити, що у правозастосовній практиці та при вирішенні цивільних спорів необхідно брати до уваги наступне.

1. ЦК України закріплює як загальне правило відшкодування збитків, завданих порушенням зобов'язання, у повному розмірі, якщо інше не встановлено договором або законом.

2. Якщо нормами, що регулюють той чи інший вид договірного зобов'язання встановлено, що за порушення договору відшкодовуються збитки, то таке відшкодування має здійснюватися у повному розмірі, якщо інше не встановлено договором.

3. Якщо нормами ЦК чи іншого закону, що регулюють той чи інший вид договірного зобов'язання, взагалі не передбачено за його порушення відшкодування збитків, необхідно керуватися загальними положеннями зобов'язального права, які закріплюють принцип відшкодування збитків у повному обсязі.

§ 4. Відшкодування моральної шкоди в договірному праві

Поняття моральної шкоди. Відшкодування моральної шкоди нині розглядається як універсальний спосіб захисту суб'єктивних цивільних прав, що спрямований на відновлення порушеного душевного стану особи, яка потерпіла внаслідок посягання на її права чи інтереси. В юридичній літературі висловлюються непоодинокі думки, що виникнення моральної шкоди спричиняється будь-якими неправомірними посяганнями, оскільки вони погіршують соціальний статус особи, принижують її самооцінку.

Провідні російські вчені у галузі договірного права М. І. Брагінський та В. В. Вітрянський відносять компенсацію моральної шкоди до таких способів захисту прав учасників договірних відносин, які мають на меті відновлення порушеного права та (або) компенсацію втрат, що понесені у зв'язку з порушенням права.[1] Однак ці науковці не називають компенсацію моральної шкоди в числі заходів і форм договірної відповідальності[2].

Позиції вітчизняних правознавців дещо розходяться. Одні вчені дотримуються аналогічної до наведеної вище думки — відносять відшкодування моральної шкоди до способів захисту суб'єктивних цивільних прав і не розглядають його серед заходів цивільно-правової відповідальності (професор Є. О. Харитонов[3]). Деякі, вважаючи його і способом захисту, і заходом цивільно-правової відповідальності (А. І. Дрішлюк[4]), усе ж не згадують відшкодування моральної шкоди як наслідок порушення зобов'язань.[5] Ще інші розглядають заподіяння моральної шкоди й серед підстав відповідальності за порушення зобов'язань також (професор

[1] *Брагинский М. И., Витрянский М. И.* Защита прав участников договорных отношений / Договорное право. Книга первая: Общие положения: Изд. 2-е, завод 6-ой (стереот.). — М.: Статут, 2003. — С. 779.

[2] *Брагинский М. И., Витрянский М. И.* Ответственность за нарушение договорного обязательства / Там само. — С. 607—770.

[3] *Харитонов Є. О.* Захист цивільних прав та інтересів судом / Цивільне право України: Підручник / Є. О. Харитонов, Н. О. Саніахметова. — К.: Істина, 2003 — С. 184—188; *Харитонов Є. О.* Форми цивільно-правової відповідальності за невиконання зобов'язань / Там само. — С. 420—422.

[4] *Дрішлюк А. І.* Захист цивільних прав судом / Цивільне право України: Підручник. У трьох книгах. — Одеса: Юридична література, 2005. — Кн. 1. — С. 417—418.

[5] *Дрішлюк А. І.* Форми цивільно-правової відповідальності за невиконання зобов'язань / Там само. — С. 516—518

В. В. Луць[1]). Погоджуючись із останньою з розглянутих позицій, зазначимо, що відшкодування моральної шкоди, на нашу думку, є і способом захисту (для кредитора), і заходом цивільно-правової відповідальності (для боржника) як і відшкодування майнової шкоди. Подібної думки очевидно притримується й законодавець, який, закріплючи правові наслідки порушення зобов'язання у ст. 611 Цивільного кодексу України, вказує, серед іншого, на відшкодування моральної шкоди (п.4). Це положення міститься у главі 51 Цивільного кодексу України, яка має назву «Правові наслідки порушення зобов'язання. Відповідальність за порушення зобов'язання».

У зв'язку з цим важливо з'ясувати, в чому саме полягає моральна шкода й чи є особливості у її тлумаченні щодо договірних правовідносин.

Доцільно зазначити, що у ст. 16 ЦК України згадується «моральна» та «немайнова» шкода, розмежування яких достатньо аргументоване в цивілістиці. Варто погодитися з науковцями, які вважають, що термін «моральна шкода» слід застосовувати виключно щодо фізичної особи, а «немайнова шкода» — щодо аналогічних втрат юридичної особи. Проте в юридичній літературі висловлюються й інші міркування, зокрема, на думку деяких правознавців, термін «немайнова» ширший за змістом, аніж «моральна».[2] У Цивільному кодексі України та інших актах законодавства ці терміни вживаються як тотожні.

Розмежуванням понять моральної і немайнової шкоди не вичерпуються наукові дискусії стосовно термінологічних проблем цього питання. Так, в наукових працях висловлюються пропозиції ввести до цивільно-правової термінології поняття «психічна шкода», вирішуються проблеми співвідношення понять: «моральні» та «душевні» страждання, «немайнова», «фізична» та «моральна» шкода та ін.

Характер заподіяної моральної шкоди певною мірою залежить від суспільних відносин, на які було спрямоване посягання, що

---

[1] *Луць В. В.* Відповідальність за порушення зобов'язань / Цивільне право України: Підручник: у 2-х кн. / О. В. Дзера (керівник авт. кол.), Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін.; За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. — К.: Юрінком Інтер, 2002 — С. 694—704, 702.

[2] *Єременко Г. В.* Щодо деяких питань відшкодування немайнової шкоди // Проблеми підготовки нового Цивільного кодексу України: Тези доповідей і наукових повідомлень науково-практичної конференції. Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. — 1993. — 20—21 травня. — С. 112—116; *Малеина М. Н.* Компенсация за неимущественный вред // Вестник Верховного Суда СССР. — 1991. — № 5. — С. 27; *Стефанчук Р. О.* Захист честі, гідності та репутації в цивільному праві. — К.: Наук. Світ, 2001. — С. 139.

спричинило її виникнення. Відомо, що моральна шкода є наслідком правопорушень, які посягають на немайнові права і блага, такі як життя, здоров'я, честь, гідність, свобода, особиста недоторканність тощо. Однак не виключається виникнення моральної шкоди внаслідок ушкодження майнових прав та інтересів особи, зокрема в договірних правовідносинах. Деякі науковці, формулюючи загальне поняття немайнової шкоди, прямо вказують на те, що вона заподіюється, поряд з іншим, порушенням зобов'язальних прав[1].

Відповідно до ст. 23 Цивільного кодексу України моральна шкода полягає, зокрема: «2) у душевних стражданнях, яких фізична особа зазнала у зв'язку з протиправною поведінкою щодо неї самої, членів її сім'ї чи близьких родичів; 3) у душевних стражданнях, яких фізична особа зазнала у зв'язку із знищенням чи пошкодженням її майна; 4) у приниженні честі, гідності, а також ділової репутації фізичної або юридичної особи». Слід зауважити, що у цьому випадку законодавець закріплює доволі широке тлумачення поняття моральної шкоди, вказуючи, що це «душевні страждання» (пункти 2, 3) фізичної особи, «приниження честі, гідності фізичної особи, а також ділової репутації» фізичної або юридичної особи (п. 4). Проте норму ст. 23 ЦК України можливо вважати законодавчим тлумаченням поняття моральної шкоди тільки із застереженням: вона розглядає особливості моральної шкоди з точки зору підстав її виникнення та не дає повного уявлення щодо змісту цього поняття. (Цивільний кодекс Російської Федерації у ст. 151 визначає моральну шкоду так само у широкому сенсі — як фізичні чи моральні страждання).

Інші акти вітчизняного законодавства тлумачать поняття моральної шкоди у більш вузькому значенні, аніж Цивільний кодекс України. Відповідна дефініція міститься, зокрема, в Законі України: «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянинові незаконними діями органів дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду» (ст. 4), проте вона не прийнятна для договірних відносин. Виняток становить положення ст. 1 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» від 16 квітня 1991 р., згідно з яким моральною є шкода, яку заподіяно особистим немайновим правам суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності та яка призвела або може призвести до збитків, що мають матеріальне вираження. Таким чином жодне із закріплених у законодавстві визначень не може бути застосоване як універсальне поняття моральної шкоди, яка виникає внаслідок порушення договірного зобов'язання.

---

[1] *Анисимов А. Л.* Честь, достоинство, деловая репутация: гражданско-правовая защита. — М., 1994. — С. 57.

У вітчизняній цивілістиці в поглядах на поняття такої шкоди визначилося кілька тенденцій: одні науковці аналогічно до думки, що склалася в російській юридичній науці та практиці, стверджують, що моральна шкода — це фізичні та моральні страждання особи, права якої порушено[1], інші — що це не самі страждання, а зумовлені ними втрати немайнового характеру[2], деякі об'єднують у цьому понятті й самі страждання і їх негативні наслідки[3]. Часом поняття моральної (немайнової) шкоди тлумачиться ще більш широко: як «наслідки правопорушення, що не мають економічного змісту і вартісної форми»[4]. Намагаючись з'ясувати правову природу цього поняття окремі науковці розмежовують «моральні втрати» (самі страждання) та «моральну шкоду» (включає страждання та їх наслідки)[5].

Особливої уваги заслуговує позиція професора П. М. Рабіновича, в баченні якого моральна шкода — «це приниження оцінки гідності людини, яке викликає в її психіці негативні стани і процеси»[6]. Сформулювавши це поняття на загальнотеоретичному рівні, цей вчений певною мірою знівелював розбіжності в думках правознавців щодо дефініції моральної шкоди. Оскільки наведене визначення вказує на те, що різниця у поясненні такої шкоди через «втрати» чи через «страждання» принципово незначна: страждання людини

---

[1] Така думка превалювала до введення в дію чинного Цивільного кодексу України й була висловлена також у першій редакції п. 3 постанови Пленуму Верховного Суду України № 4 від 31 березня 1995 р. «Про судову практику у справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди», що була змінена в редакції вказаної постанови від 25 травня 2001 р.

[2] *Демський С. Е.* Відшкодування матеріальної і моральної шкоди та компенсаційні виплати: нормативні акти, роз'яснення, коментарі / Відп. ред. П. І. Шевчук. — К.: Юрінком Інтер, 1998. — С. 824; *Загорулько А. И.* Обязательства по возмещению вреда. — Х.: Консум, 1996. — С. 106; *Стефанчук Р. О.* Захист честі, гідності та репутації в цивільному праві. — К.: Наук. Світ, 2001. — С. 137—138; *Шимон С. І.* Коментар до ст. 23 Цивільного кодексу України / Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. / За відп. ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнєцової, В. В. Луця. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — Т. І. — С. 56 та ін.

[3] *Корчевна Л.А.* Компенсація моральної шкоди, завданої порушенням особистих немайнових прав, у цивільному праві України. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Х., 1998. — С. 14; *Палиюк В. П.* Возмещение морального (неимущественного) вреда: Монография. Изд. 2-е, испр. и доп. — К.: Право, 2000. — С. 57

[4] *Єрьоменко Г. В.* Відшкодування моральної шкоди./ Цивільне право України. Академічний курс: Підруч.: У 2 т. / За заг ред. Я. М. Шевченко. — Т. 2. Особлива частина. — К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. — С. 388.

[5] *Чернадчук В.* До питання про відшкодування моральної шкоди // Право України. — 2001. — № 2. — С. 107.

[6] *Рабінович П.* Моральна шкода та право на її компенсацію: загальнотеоретичний підхід // Право України. — 2002. — № 4. — С. 102.

вже самі по собі свідчать про певні втрати - втрати нормального психологічного стану, ушкодження суб'єктивного «я» (заниження самооцінки особи тощо).

Разом з тим, з цивільної галузевої точки зору аргументованою видається думка, що моральна шкода полягає саме у втратах. Адже страждання являють собою процес нищення немайнового блага, а їх результат — негативні наслідки немайнового характеру — вже є моральною шкодою. Страждання викликають певні зміни в житті особи: неможливість реалізації своїх звичок і бажань, погіршення стосунків в колективі, в сім'ї, втрату роботи, можливості зробити кар'єру, втрату довіри близьких людей, втрату довіри потенційних контрагентів за договорами тощо, іншими словами — зменшення, знищення певного особистого немайнового блага. Якщо йдеться про сторону договірного правовідношення, то такі душевні страждання можуть виявлятися у збентеженості, страхові (наприклад, за подальшу долю майна), переживаннях, хвилюваннях, емоційному неспокої і т. п. Як наслідок, особа втрачає можливість приймати правильні рішення, продовжувати звичний для неї спосіб і режим існування. Ці зміни примушують особу докладати додаткові зусилля для організації свого життя, вони є визначальними показниками настання моральної шкоди. Тому, встановлюючи факт такої шкоди, слід керуватися не лише тими критеріями, які обумовлюють суб'єктивне сприйняття потерпілого (почуття, емоції), але й тими, які характеризують її зовнішній прояв — порушення усталеного для даної особи способу життя, життєдіяльності. Крім того, визначення поняття моральної шкоди саме через «втрати» підкреслює компенсаційну функцію інституту відшкодування такої шкоди.

Судова практика також не притримується широкого тлумачення цього поняття. Пленум Верховного Суду України у п.3. постанови № 4 від 31 березня 1995 р. «Про судову практику у справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди» (в редакції від 25 травня 2001 р.; далі — Постанова № 4 від 31 березня 1995 р.) зазначає, що моральною шкодою є «втрати немайнового характеру внаслідок моральних чи фізичних страждань, або інших негативних явищ, заподіяних фізичній чи юридичній особі незаконними діями або бездіяльністю інших осіб».

Поняття моральної шкоди необхідно розглядати як об'єктивне, проте її наявність значною мірою залежить від суб'єктивних особливостей фізичної особи (у нашому випадку — сторони договору). Суб'єктивність сприйняття є характерною рисою такої шкоди, що визнається судовою практикою багатьох розвинених країн, а також Європейським судом з прав людини. Останній, зокрема, у справі

«C. and C.v.U.K.» зазначив, що «погроза на адресу неуразливої людини може не вчинити на неї якогось помітного впливу, однак може бути беззаперечно такою, що принижує гідність; і, навпаки, вразлива людина може бути надзвичайно глибоко вражена погрозою, яку можна було б визнати як таку, що принижує гідність, лише спотворивши звичайне значення цього слова»[1]. Тому, на відміну від майнової шкоди, яка внаслідок схожих посягань на однакові майнові блага різних суб'єктів буде аналогічною, моральна шкода може суттєво відрізнятися як за обсягом, так і за змістом. Одні й ті самі посягання можуть у однієї особи викликати незначні душевні хвилювання, а в іншої зумовити глибоку депресію й порушити усталений спосіб життя.

У випадках порушення її прав особа усвідомлює себе об'єктом посягання; її страждання пов'язані, переважно, з переоцінкою своєї соціальної вагомості, значимості; це зумовлює зміни у її ставленні до того життєвого устрою, в якому вона існувала раніше, і впливає на зміст правовідносин, у яких ця особа брала участь. В той же час, маючи на увазі договірні правовідносини, слід враховувати фактор передбачуваності певних негативних наслідків неправомірної поведінки протилежної сторони договору. Порушення абсолютного права особи, яке захищається від всіх і кожного, в переважній більшості випадків для потерпілої особи є неочікуваним, що поглиблює її моральні втрати. Договірне ж правовідношення виникає з волі самих учасників, які навіть у момент укладення договору припускають вірогідність неналежної поведінки однієї зі сторін та виникнення у майбутньому негативних наслідків і з метою їх упередження або зменшення звертаються до способів забезпечення виконання зобов'язання. Це було однією з причин, які зумовлювали дискусії щодо можливості відшкодування моральної шкоди в договірних правовідносинах.

Проте ця особливість не впливає на розуміння моральної шкоди як однієї з умов виникнення зобов'язання по її відшкодуванню. Поняття такої шкоди як правової категорії не залежить від того, в межах яких правовідносин вона виникає унаслідок неналежної поведінки учасників, — договірних чи недоговірних.

З урахуванням цього вбачаємо за доцільне визначати *моральну шкоду* як втрати немайнового характеру, що виникли в результаті душевних страждань, яких фізична особа зазнала у зв'язку з посяганням на її права та інтереси. У договірних правовідносинах таким

[1] *Рабінович П.* Рішення Європейського Суду з прав людини: спроба концептуально-методологічного аналізу // Право України. — 1997. — № 12. — С. 35—36.

посяганням є невиконання чи неналежне виконання обов'язків, що випливають з договору (порушення договірного зобов'язання).

Питання про те, чи може бути завдано моральну шкоду юридичній особі, тривалий час вважалося дискусійним. Деякі науковці, зважаючи на те, що юридична особа за своєю природою не в змозі переживати моральних (душевних) страждань та взагалі будь-яких емоцій, ставили під сумнів правомірність застосування щодо юридичної особи такого способу захисту, як відшкодування моральної шкоди[1]. Положення спеціальних законів, які передбачають можливість відшкодування моральної шкоди, завданої у певних сферах діяльності («Про зовнішньоекономічну діяльність», «Про режим іноземного інвестування», «Про наукову і науково-технічну експертизу», «Про інформацію», «Про інформаційні агентства» та ін.) не відзначаються одностайністю у врегулюванні цього питання. На сьогодні воно позитивно вирішене законодавцем у п. 4 ч. 2 ст. 23 Цивільного кодексу України, яка має загальну дію і вказує на те, що моральна шкода може полягати, зокрема, у приниженні честі, гідності, а також ділової репутації фізичної або *юридичної* особи. Однак ця норма передбачає виникнення моральної шкоди юридичної особи виключно внаслідок приниження її ділової репутації. У договірних відносинах таке приниження ділової репутації може стати, наприклад, результатом порушення юридичною особою своїх обов'язків перед третіми особами внаслідок невиконання зобов'язання її боржником за договором.

Визнаючи, що єдино можливим розумінням немайнової шкоди юридичної особи є приниження її ділової репутації, В. П. Паліюк розглядає таку шкоду юридичної особи у вигляді так званої «чистої» моральної шкоди, коли приниження ділової репутації зумовлено поширенням ганьблячих відомостей, порушенням суміжних прав тощо, а також у вигляді «похідної» від спричиненої майнової шкоди, тобто, коли порушення майнових прав господарюючого суб'єкта призводить до приниження його ділової репутації, що безпосередньо позначається на його подальшій діяльності[2]. Така «похідна» моральна шкода очевидно може мати місце у разі порушення договору.

Вищий господарський суд України у своєму роз'ясненні № 02-5/95 від 29 лютого 1996 р. (в редакції від 31 травня 2001 р. № 02-5/95) зазначає, що моральною шкодою юридичної особи визнається шкода, заподіяна організації порушенням її законних немайнових прав (п. 2).

---

[1] *Шимон С.* Немайнова (моральна) шкода юридичної особи: поняття і компенсація // Підприємництво, господарство і право. — 2001. — №1. — С. 36—37.

[2] *Палиюк В.П.* Возмещение морального (неимущественного) вреда: Монография. — Изд. 2-е, испр. и доп. — К.: Право, 2000. — С. 54.

Посягання на немайнові права юридичної особи може спричинити негативні наслідки: приниження репутації в суспільстві, формування негативної оцінки її як суб'єкта цивільних правовідносин, і, як результат, — зменшення кількості контрагентів, споживачів тощо, а отже і майнові втрати. Тобто немайнові втрати юридичної особи безпосередньо пов'язані з майновими, та, за винятком деяких випадків, не можуть бути чітко виокремлені. Такої ж позиції притримується законодавець у згаданій ст. 1 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність», вказуючи, що це така (моральна) шкода, яка завдана особистим немайновим правам суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності і призвела або може призвести до збитків, що мають матеріальне вираження.

Пленум Верховного Суду України у п. 3 Постанови № 4 від 31 березня 1995 р. зазначає, що під *немайновою шкодою*, заподіяною *юридичній особі*, слід розуміти втрати немайнового характеру, що настали у зв'язку з приниженням її ділової репутації, посяганням на фірмове найменування, товарний знак, виробничу марку, розголошенням комерційної таємниці, а також вчиненням дій, спрямованих на зниження престижу чи підрив довіри до її діяльності. Це визначення, на наш погляд, найбільш вдало відбиває сутність такої шкоди.

Проблема визначення поняття моральної шкоди, особливо відносно договірних зобов'язань, на сьогодні, як не дивно, розглядається й у контексті співвідношення такої шкоди зі збитками. Це зумовлено насамперед уведенням в дію Господарського кодексу України, який у ч. 1 ст. 225 «Склад та розмір відшкодування збитків» визначає, що «матеріальна компенсація моральної шкоди» входить до складу збитків. Залишаючи на розсуд авторів цього кодексу тлумачення поняття «матеріальна компенсація» моральної шкоди (як частина збитків), зазначимо, що на відміну від усталеного в науці і практиці підходу визначення складу збитків як сукупності певних втрат кредитора, вони визначають склад збитків з позиції сторони, яка допустила господарське правопорушення, тобто боржника, і включають до них, поряд з реальними збитками і упущеною вигодою, моральну шкоду.

Це положення Господарського кодексу України не узгоджується з положеннями Цивільного кодексу України, який розглядає поняття збитків (ст. 22) та моральної шкоди (ст. 23) як самостійні категорії, а в п. 4 ст. 611 — протиставляє збитки та моральну шкоду. Більше того, у ч. 4 ст. 23 вказує, що моральна шкода відшкодовується незалежно від майнової шкоди, яка підлягає відшкодуванню, та не пов'язана з розміром цього відшкодування. Важливо й те, що

ст. 225 Господарського кодексу України як спеціальна норма, яка може застосовуватися сторонами договору та компетентними органами при вирішенні питань відповідальності суб'єктів господарювання, буде відповідно впливати на формування правозастосовної практики. Це може призвести до істотних колізій у застосуванні інституту відшкодування моральної шкоди.

Можливо таке законодавче рішення є не зовсім вдалою спробою перейняти досвід тих зарубіжних країн, в яких поняття шкоди як таке є універсальним й охоплює всі види шкоди: і майнову, і немайнову. Наприклад, у французькому законодавстві сам термін «шкода» згадується як загальна категорія і розмежування її на майнову чи немайнову шкоду як підставу відповідальності не проводиться; відшкодуванню підлягає будь-яка шкода. До зобов'язань з відшкодування майнової і немайнової шкоди застосовується загальний підхід; в деяких випадках у судовому рішенні за позовом про відшкодування шкоди навіть не зазначається, яка частина грошової суми присуджується у якості відшкодування майнової, а яка — у якості компенсації немайнової шкоди. Та все ж у теорії та судовій практиці такий поділ існує: шкоду, завдану особистим немайновим правам і благам, називають моральною (*dommage moral*). Остання тлумачиться як зменшення немайнових, а в деяких випадках і майнових прав і благ, тобто можливість компенсації не ставиться у пряму залежність від наявності у потерпілого страждань[1].

В німецькому праві шкоду поділяють на майнову (*Vermugensschaden* або *materieller*) та немайнову (*Nichtvermugensschaden* або *immaterieller*). Цікаво, що в зобов'язальних правовідносинах виокремлюють шкоду, яка завдана інтересам виконання, тобто виникає внаслідок невиконання зобов'язання, а також шкоду «довіри», тобто таку, яка виникає через це у майбутньому[2].

В англо-американському праві підходи до вирішення цього питання дещо інші. Насамперед, існує декілька варіантів термінів, аналогічних поняттю моральної шкоди: *психічна* шкода (*psychological injury*) — найбільш поширений термін, *психіатрична* шкода (*psychiatric injury*), *нервовий шок*, *потрясіння* (*nervous shock*), звичайні *переживання* (*ordi-nary chock*). Практика диференціює саму *ціль* відшкодування психічної шкоди — компенсаційну у разі простого необережного її спричинення та штрафну — на випадок навмисного

---

[1] *Эрделевский А. М.* Компенсация морального вреда: анализ и комментарий законодательства и судебной практики. 2-е изд. — М.: БЕК, 2000. — С. 13—14

[2] *Жалинский А., Рерихт А.* Введение в немецкое право. — М.: Спарк, 2001 — С. 369.

або з грубої необережності заподіяння такої шкоди[1]. У першому випадку делінквент відповідає лише за фізичні страждання, що є наслідком душевних страждань, а в другому — за будь-які психічні (душевні) страждання та фізичні.

Відшкодування моральної шкоди у цій правовій системі здійснюється завжди, коли завдано фізичну шкоду здоров'ю, однак при порушенні договору це можливо тільки у виняткових випадках: коли за самою природою договору душевні страждання є найбільш вірогідним наслідком його порушення. Наприклад, у разі порушення договору перевезення пасажирів, надання ритуальних послуг, медичних чи адвокатських послуг[2].

Особливості відшкодування моральної шкоди в договірних правовідносинах. Згідно з Цивільним кодексом України право на відшкодування моральної шкоди має «особа»: фізична та юридична. Такого права не мають інші суб'єкти цивільного права, які не є особами: український народ, держава, Автономна Республіка Крим, територіальні громади, іноземні держави та інші суб'єкти публічного права.

Цивільний кодекс України передбачає право на відшкодування моральної шкоди у випадках: посягання на життя та здоров'я (ст. 1168), на інші особисті немайнові блага та права (статті 276, 280, 298 та ін.), на майнові права особи (статті 332, 386, 611 та ін.); недобросовісного без достатньої підстави подання заяви про визнання фізичної особи недієздатною (ст. 39); визнання правочину недійсним (статті 216, 225, 227, 230—233) та в інших випадках заподіяння такої шкоди (ст. 1167). Спеціальні закони України закріплюють право на відшкодування моральної шкоди у разі: вчинення неправомірних дій або рішень органу чи посадової особи при розгляді скарги громадянина (ст. 25 Закону України «Про звернення громадян» від 2 жовтня 1996 р.); невиконання вимог щодо поводження з відходами під час їх збирання, перевезення, зберігання тощо (ст. 42 Закону України «Про відходи» від 9 березня 1998 р.); використання кваліфікованого зазначення походження товару особами, які не мають на це права (ст. 17 Закону України «Про охорону прав на зазначення походження товарів» від 16 червня 1999 р.) та в інших випадках. Зазначені норми регулюють відшкодування такої шкоди у недоговірних відносинах.

---

[1] *Осакве К.* Сравнительное правоведение в схемах: Общая и особенная части. — М.: Дело, 2000. — С. 213—215.

[2] Гражданское и торговое право зарубежных государств: Учебник / Отв. ред. Е. А. Васильев, А. С. Комаров. — 4-е изд., перераб. и доп. В 2-х т. — М.: Международные отношения, 2006. — Т. 2. — С. 376.

Передбачено відшкодування моральної шкоди внаслідок порушення прав споживачів ст. 4 Закону України «Про захист прав споживачів»; однак незалежно від того, що у цих випадках має місце договір купівлі-продажу, в усіх правових системах заподіяння шкоди споживачеві розглядається в межах деліктних зобов'язань.

Взагалі ж питання про доцільність відшкодування моральної шкоди внаслідок порушення договору певний час дискутувалося в науці. На сьогодні можливість відшкодування моральної шкоди за порушення умов договору передбачено статями 611, 700, 1076 Цивільного кодексу України. Згідно з ч. 2 ст. 1076 такий обов'язок покладено на банк стосовно клієнта за договором банківського рахунка у разі розголошення банком відомостей, що становлять банківську таємницю; ч. 3 ст. 700 передбачає такий обов'язок продавця за договором роздрібної купівлі-продажу у разі ненадання покупцеві можливості негайно одержати повну і достовірну інформацію про товар у місці його продажу. Очевидно, що в цих випадках закон пов'язує виникнення моральної шкоди не з порушенням майнових прав, а з посяганнями на немайнові права учасників договору. Проте таких обмежень не містить ст. 611 Цивільного кодексу України, яка вказує, що у разі порушення зобов'язання настають правові наслідки, встановлені договором або законом, зокрема, й відшкодування збитків та моральної шкоди. Вказане положення по-різному оцінюється фахівцями, проте більшість схиляються до думки[1], що відшкодування моральної шкоди в договірних правовідносинах може здійснюватися виключно у випадках, що прямо передбачені законом, а також, якщо відповідний обов'язок передбачено для боржника договором.

Аналогічною є позиція Верховного Суду України щодо можливості відшкодування моральної шкоди, завданої невиконанням зобов'язання, яке випливає з договору[2]. Зокрема, скасовуючи рішен-

---

[1] *Єрьоменко Г. В.* Відшкодування моральної шкоди / Цивільне право України. Академічний курс: Підруч.: У 2 т. / За заг ред. Я. М. Шевченко. — Т. 2. Особлива частина. — К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. — С. 388.

[2] Варто зауважити, що Верховний Суд України у постанові Пленуму № 4 від 31 березня 1995 р. (у редакції від 25 травня 2001 р.) «Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди» рекомендує судам розглядати такі спори лише у випадках, коли право на відшкодування моральної шкоди безпосередньо передбачено нормами Конституції України або випливає з її положень, або закріплене законодавством, яке встановлює відповідальність за заподіяння моральної шкоди (п. 2). Щодо випадків заподіяння моральної шкоди внаслідок делікту ці рекомендації не є прийнятними після уведення в дію чинного Цивільного кодексу України, ст. 16 та ст. 23 якого розглядають відшкодування моральної шкоди як загальний спосіб захисту цивільних прав та інтересів і не пов'язують таке право із закріпленням його у спеціальних нормах законодавства, а ст. 1167 може застосовуватися як загальна норма в усіх випадках заподіяння такої шкоди за межами договірних правовідносин.

ня районного та ухвалу апеляційного суду у справі про відшкодування моральної шкоди, завданої неповерненням боргу за договором позики, Колегія суддів Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України зазначила, що оскільки ст. 1050 ЦК України, яка встановлює наслідки порушення договору позичальником, не передбачає права на відшкодування моральної шкоди, і таких наслідків не встановлено договором, підстав для задоволення відповідної вимоги позикодавця немає. На думку колегії, посилання у таких випадках на ст. 611 Цивільного кодексу України є неправильним, оскільки згідно її положень у разі порушення зобов'язання настають правові наслідки, встановлені договором або законом.[1] З подібних підстав, посилаючись на те, що не передбачена відповідальність страховика по відшкодуванню моральної шкоди за договором обов'язкового державного страхування, Колегія суддів Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України скасувала рішення районного суду та ухвалу апеляційного суду у частині відшкодування моральної шкоди, завданої фізичній особі невиплатою Страховою компанією страхової суми[2].

Досить обґрунтовано видається позиція російських правознавців: моральна шкода, завдана порушенням немайнового блага підлягає компенсації незалежно від того, чи є спеціальний закон, який би передбачав компенсацію такої шкоди у відповідних випадках; якщо ж моральну шкоду спричинено посяганням на майнові права, то вона підлягає компенсації лише у випадках, передбачених законом[3].

Наявність моральної шкоди є умовою виникнення обов'язку щодо її відшкодування, тому цей факт має бути встановлено й доведено тою стороною договору, яка вимагає відшкодування (кредитором). Однак серед правознавців є прибічники іншої точки зору: зокрема, В. П. Паліюк пропонує запровадити принцип «презумпції моральної шкоди», яка означає, що факт наявності такої шкоди не потребує доведення, оскільки будь-яке правопорушення завдає моральної шкоди потерпілому та є підставою для стягнення відшкодування за таку шкоду. Тому немає необхідності потерпілому (кредитору) доводити в суді наявність такої шкоди, достатньо

---

[1] Рішення Колегії суддів Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України від 1 лютого 2006 р./ zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws.

[2] Рішення Колегії суддів Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України від 18 листопада 2004 р./ zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws.

[3] *Толстой Ю. К.* Условия возникновения обязательств из причинения вреда /Гражданское право: Учебник. — Ч. 2 / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — М.: ПРОСПЕКТ, 1997. — С. 700.

лише довести її розмір, який підлягає відшкодуванню[1]. Презумпція моральної шкоди культивується, зокрема, судовою практикою Російської Федерації і ґрунтується на широкому тлумаченні моральної шкоди як фізичних чи моральних страждань. Вітчизняна судова практика виходить з більш вузького розуміння цього поняття. На нашу думку, наявність моральної шкоди потребує доведення у встановленому законом порядку, адже така шкода є самостійним видом шкоди і умовою цивільно-правової відповідальності. Факт правопорушення (невиконання чи неналежне виконання договору) як такий свідчить лише про ймовірність настання моральної шкоди й сам по собі не може бути підставою для її відшкодування. Стягнення відшкодування моральної шкоди автоматично внаслідок будь-якого правопорушення нівелює компенсаційну функцію цього правового інституту. Стосовно договірних правовідносин запровадження цього принципу означало б можливість випадкового перерозподілу договірних ризиків і тягаря витрат на користь сторони, яка ймовірно безпечно ставиться до своїх договірних зобов'язань.

На нашу думку, немає підстав у справах по відшкодуванню моральної шкоди нехтувати й положенням ст. 60 Цивільного процесуального кодексу України, відповідно до якого кожна сторона зобов'язана довести в суді ті обставини, на які вона посилається як на підставу своїх вимог і заперечень.

Важливе практичне значення має питання про застосування до вимог про відшкодування моральної шкоди строків позовної давності. Вітчизняні правознавці схиляються до думки, що до вимог про відшкодування моральної шкоди не повинна застосовуватися позовна давність відповідно до ст. 268 Цивільного кодексу України, оскільки ці вимоги випливають з порушення особистих немайнових прав, за винятком випадків пред'явлення вимоги про спростування недостовірної інформації, поміщеної у засобах масової інформації (п. 2 ч. 2 ст. 258)[2].

У практиці російських судів до вимог про відшкодування моральної шкоди позовна давність не застосовується відповідно до постанови Пленуму Верховного Суду Російської Федерації, що присвячена питанням застосування законодавства про компенсацію

---

[1] *Палиюк В. П.* Возмещение морального (неимущественного) вреда: Монография. Изд. 2-е, испр. и дополн. — К.: Право, 2000 — С. 77.

[2] *Дрішлюк А.І.* Відшкодування моральної шкоди / Цивільне право України (в запитаннях та відповідях): Навч. посіб. Вид. 3-є, перероб. та доп. / За ред. Є. О. Харитонова, А. І. Дрішлюка, О. М. Калітенка. — Х.: Одіссей, 2005. — С. 568.

моральної шкоди.[1] Аналогічно Пленум Верховного Суду України у п. 16 Постанови № 4 від 31 березня 1995 р. зазначає, що до вимог про відшкодування моральної шкоди, як таких, що випливають з порушення особистих немайнових прав, строки позовної давності не застосовуються.

Однак, на нашу думку, незалежно від того, що відшкодування моральної шкоди має на меті поновлення психологічного (немайнового) статусу особи, у правовідносинах, які виникають внаслідок порушення договору вимоги про відшкодування моральної шкоди не завжди можна розглядати як такі, що випливають з порушення особистих немайнових прав. Якщо право на таку вимогу виникає внаслідок порушення майнових (зобов'язальних) прав, то на ці вимоги має поширюватися загальний строк позовної давності — 3 роки, який встановлено щодо майнових вимог, які випливають з порушення договору.

Право на відшкодування моральної шкоди має безпосередньо кредитор як особа, яка зазнала немайнових втрат. Пленум Верховного Суду України у п. 7 Постанови № 4 від 31 березня 1995 р. зазначає, що заподіяна моральна шкода відшкодовується тій фізичній чи юридичній особі, права якої були безпосередньо порушені протиправними діями (бездіяльністю) інших осіб.

Вважається, що право на відшкодування моральної шкоди може успадковуватися спадкоємцями кредитора, якщо воно було присуджено йому судом за його життя, відповідно до ч. 3 ст. 1230 Цивільного кодексу України; однак спадкоємці не мають права звертатися до суду з вимогою про відшкодування моральної шкоди, яка була завдана їхньому спадкодавцеві за час його життя. На нашу думку, згадана ч. 3 ст. 1230 дещо некоректно сформульована з термінологічної точки зору: до спадкоємців переходить не право на відшкодування моральної шкоди, а право на грошову суму, яка присуджена спадкодавцеві за час його життя судом у якості відшкодування завданої йому моральної шкоди.

Згідно з законом моральна шкода може бути зумовлена протиправними посяганнями не лише щодо самої фізичної особи (позивача), але й щодо членів її сім'ї або близьких родичів (п. 2 ч. 2 ст. 23 Цивільного кодексу України). Однак ця норма, на нашу думку, може стосуватися виключно випадків, коли завдано шкоду життю та

[1] Постановления Пленума Верховного суда Российской Федерации от 20 декабря 1994 г. № 10 «Некоторые вопросы применения законодательства о компенсации морального вреда» (п. 7) / Сборник постановлений Пленумов Верховных Судов СССР и РСФСР (Российской Федерации) по гражданским делам. Изд. 2-е. — М., 1995. — С. 369.

здоров'ю, а в договірних відносинах члени сім'ї або близькі родичі кредитора, за загальним правилом, претендувати на відшкодування моральної шкоди не в змозі, таке право виникає тільки безпосередньо у кредитора. При цьому варто зазначити, що в деяких випадках внаслідок порушення договору моральна шкода може бути завдана й іншим, крім кредитора, особам (наприклад, забудовник не виконує обов'язку щодо будівництва житла й сім'я кредитора втрачає дах над головою, отже потерпілими виявляються члени сім'ї), однак для них така шкода виникає не в межах договірних правовідносин.

Наявність моральної шкоди доводить кредитор, зазначаючи у позовній заяві, які негативні наслідки мають місце, у чому саме полягають моральні втрати, чим обґрунтовано розмір їх відшкодування. Письмовими доказами на ствердження наявності моральної шкоди можуть бути, зокрема, медичні довідки про виникнення захворювання чи інше погіршення стану здоров'я у зв'язку з хвилюваннями, спричиненими порушенням договору іншою стороною; висновки лікарів чи медичних комісій про психологічний стан особи; довідки, інші документи: листи, акти, накази певних установ організацій тощо. В документі медичного характеру має бути зазначено, коли виникло захворювання та внаслідок чого, чи могло воно стати наслідком психічних переживань через конкретне порушення прав кредитора, мало місце погіршення загального стану чи загострення хронічної хвороби у визначений період часу тощо. Так, в одній із справ суд взяв до уваги довідку, видану районною поліклінікою про те, що потерпілий звернувся за допомогою в лікувальний заклад і перебував під наглядом лікаря-невропатолога протягом двох місяців з приводу розладу діяльності нервової системи з діагнозом «астеноневротичний синдром», що є цілком закономірним наслідком психічних переживань і хвилювань, які він переніс у такий-то період.

Факт завдання моральної шкоди може бути підтверджений і показаннями свідків, зокрема, про скрутний душевний стан кредитора, спричинений порушенням його прав за договором, його переживання, хвилювання, зміни в самопочутті, загальному душевному настрої тощо, стані здоров'я, способі життя, спілкування, звичках, працездатності; про реальні зміни в житті: втрату ділових зв'язків, вимушеність змінити контрагентів за іншими договорами, відмову потенційних контрагентів від продовження перемовин, неможливість укласти заплановані договори і т.ін.

За загальним правилом зобов'язання відшкодувати моральну (немайнову) шкоду виникає з вини відповідача (боржника). У п. 6 Постанови № 4 від 31 березня 1995 р. підкреслюється, що особа

(фізична чи юридична) звільняється від відповідальності по відшкодуванню моральної шкоди, якщо доведе, що остання заподіяна не з її вини. До цих випадків мають застосовуватися, на нашу думку, положення ст. 614 Цивільного кодексу України, зокрема й про те, що особа є невинуватою, якщо вона доведе, що вжила всіх залежних від неї заходів щодо належного виконання зобов'язання. Відповідальність за таку шкоду без вини може мати місце у випадках, коли це спеціально передбачено законодавством, яке регулює конкретні види договірних зобов'язань, а також у разі, якщо це передбачено сторонами у договорі (відповідно до ч. 1 ст. 614).

Порушення договору (порушення зобов'язання) як підстава для виникнення права на відшкодування моральної шкоди може виявлятися як у невиконанні, так і в неналежному виконанні договірних зобов'язань. Так, у травні 2003 р. Особа 1 звернулася до суду з позовом до підприємства «Міськтепломережа», посилаючись на те, що вона з вересня 1994 р. обіймає посаду судді апеляційного суду однієї з областей України, у зв'язку з чим згідно з п. 9 ст. 44 Закону України «Про статус суддів» їй надана 50% знижка на плату за займане житло і комунальні послуги, в тому числі теплову енергію. Однак відповідач проводить розрахунки в порушення вказаного закону, нараховує плату за надлишки займаної площі, а з 1 січня 2003 р. — без урахування знижки, посилаючись на ст. 60 Закону України «Про Державний бюджет на 2003 р.». Позивачка просила суд зобов'язати відповідача провести розрахунок за надані послуги по гарячому водопостачанню і опаленню житла відповідно до Закону України «Про статус суддів» і стягнути з відповідача на її користь у якості відшкодування моральної шкоди 1000 грн.[1] У цій справі, на думку позивачки, моральна шкода завдана неналежним виконанням підприємством свого обов'язку щодо проведення розрахунків за надані комунальні послуги. Враховуючи це, суд першої інстанції задовольнив позовні вимоги.

Відшкодування за моральну шкоду може здійснюватися насамперед у грошовій формі, яка вважається найбільш зручною, оскільки гроші є загальним еквівалентом і здатні задовольняти будь-які людські потреби. За погодженням між сторонами або за рішенням суду моральна шкода може бути відшкодована не грішми, а іншим майном, тобто шляхом надання інших речей: автомобіля, телевізора, магнітофона, побутової техніки, меблів, художніх виробів, одягу, парфумів, зібрання творів художньої літератури тощо. Інший спосіб відшкодування може полягати у наданні благ не речового, а

[1] Рішення Колегії суддів Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України від 1 червня 2006 р./ zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws

іншого майнового характеру: безкоштовних путівок до лікувально-оздоровчих закладів (санаторії, будинки відпочинку), в туристичну подорож; виконання послуг чи робіт (ремонт жилого приміщення, перевезення, опублікування твору, автором якого є кредитор, перукарські, косметологічні, медичні послуги тощо), проведення рекламної кампанії за рахунок боржника та ін. Вартість майнового блага, яке надається, в деяких випадках може не мати значення. Однак, за загальним правилом, щоб призначити справедливе відшкодування, сторони чи суд повинні оцінити адекватність майнового блага заподіяній моральній шкоді. Для цього необхідно здійснити грошову оцінку відповідного майнового блага та моральної шкоди.

Стосовно юридичної особи негрошова форма відшкодування немайнової шкоди може виражатися у наданні певних послуг, здійсненні на користь кредитора рекламної кампанії і т. п.

У більшості випадків відшкодування моральної (немайнової) шкоди здійснюється у формі одноразової виплати грошової суми у повному обсязі або передачі іншого майнового блага. Відшкодування у формі часткових систематичних виплат може застосовуватися, якщо встановлено домовленістю сторін, рішенням суду, передбачено договором або актом законодавства. Однак, при використанні такого способу відшкодування моральної шкоди, як бачиться, послаблюється компенсаційна функція цього засобу захисту цивільних прав.

Найбільше ускладнень зазвичай зумовлює питання про розмір відшкодування моральної шкоди. На нашу думку, слід застосовувати за аналогією положення ч. 2 ст. 623 Цивільного кодексу України, згідно з якою розмір збитків, завданих порушенням зобов'язання (у нашому випадку — моральної шкоди), доказується кредитором.

Окремі законодавчі акти, положення яких застосовуються у недоговірних відносинах, встановлювали певні обмеження мінімальних чи максимальних розмірів відшкодування моральної шкоди. Для договірних відносин таких обмежень не існує. На думку Г. В. Єрьоменко, розмір відшкодування встановлюється судом і не може визначатися умовами договору,[1] однак ст. 23, на яку посилається авторка цієї думки, не встановлює такого обмеження. На наш погляд, сторони в змозі відповідно до принципу свободи договору визначити для себе у договорі конкретний розмір відшкодування на випадок заподіяння моральної шкоди або ж встановити його межі — мінімальний чи максимальний розмір.

---

[1] *Єрьоменко Г. В.* Відшкодування моральної шкоди / Цивільне право України. Академічний курс: Підруч.: У 2 т. / За заг ред. Я. М. Шевченко. — Т. 2. Особлива частина. — К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. — С. 388.

Методики визначення розміру відшкодування моральної шкоди, які описуються в юридичній літературі[1], переважно орієнтовані на випадки завдання такої шкоди внаслідок делікту. Проте навіть для деліктних зобов'язань єдиної методики, яка б мала загальне обов'язкове (чи хоча б загальне рекомендаційне) значення немає; її доцільність для правовідносин з відшкодування моральної шкоди, завданої порушенням договору, також викликає сумніви. Розмір відшкодування моральної шкоди має визначатися у кожному конкретному випадку з урахуванням особливостей конкретного правовідношення.

У практиці вітчизняних судів обґрунтування розміру відшкодування моральної шкоди з посиланням на більш-менш конкретні критерії зустрічається доволі рідко. Зазвичай суди обмежуються більш загальними формулюваннями. Так, вважаючи обґрунтованими та залишаючи без змін судові рішення нижчих інстанцій у справі про відшкодування моральної шкоди, завданої порушенням договору схову авто, Колегія суддів Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України зазначила, що «розмір моральної шкоди визначений судом з урахуванням порушених прав, наданих споживачеві, та права власності»[2].

Разом з тим, при обчисленні розміру відшкодування моральної шкоди в договірних правовідносинах необхідно орієнтуватися на загальну практику, що сформувалася у процесі вирішення справ про відшкодування такої шкоди. Зокрема, слід враховувати критерії, що передбачені в ч. 3 ст. 23 Цивільного кодексу України, а також ті, які вироблені судовою практикою і цивільно-правовою наукою. До них доцільно віднести, зокрема такі:

характер правопорушення; в договірних правовідносинах може мати значення, навмисно чи ненавмисно боржник порушив договір, чи *пов'язаний кредитор зобов'язаннями перед третіми особами*, виконання яких знаходиться у прямій чи опосередкованій залежності від договору, який порушено;

глибина фізичних та душевних страждань; мають значення: *характер страждань* (прості переживання; душевні страждання); *вид душевних страждань* (занепокоєння, нервозність; сором, приниження; страх, відчай); *глибина страждань*: незначний душевний біль; значний біль; біль руйнівної для здоров'я сили;

---

[1] *Демський С. Е.* Відшкодування матеріальної і моральної шкоди та компенсаційні виплати: нормативні акти, роз'яснення, коментарі / С. Е. Демський, В. С. Перепічай, В. А. Скоробагатько. — К.: Юрінком Інтер, 2001; та ін.

[2] Рішення Колегії суддів Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України від 11 серпня 2004 р./ zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws

погіршення здібностей кредитора або позбавлення його можливостей їх реалізації; на відміну від недоговірних правовідносин, на нашу думку, тут можуть мати місце лише *несуттєві* погіршення, такі, що можуть бути повністю або частково відновлені;

тривалість негативних наслідків, які виникли в результаті порушення договору: *короткочасні* негативні наслідки *можуть бути повністю усунуті* з перебігом незначного періоду часу і не впливають на спосіб життя кредитора — фізичної особи (хвилювання, незначне нервове збудження чи короткочасний розлад душевної рівноваги, нервовий стрес без ускладнень для здоров'я тощо) чи організацію діяльності кредитора — юридичної особи (тимчасові розлади в стосунках з партнерами, незначні коливання в рейтингових позиціях на ринку товарів і послуг тощо); *тривалі* негативні наслідки можуть бути *усунуті з плином більш тривалого часу або лише частково* (для фізичної особи — більш складні розлади в психічному стані особи, нервові захворювання, зміни в способі життя, втрата певних життєвих перспектив тощо; для юридичної особи — втрата зв'язків зі стабільними партнерами, стійка втрата рейтингових позицій на ринку тощо);

час, що минув з моменту виникнення моральної шкоди також має значення: якщо з моменту заподіяння шкоди пройшло достатньо часу для згладжування моральних втрат, то це може бути підставою для зменшення розміру відшкодування або відмови у позові;

сфера діяльності юридичної особи чи фізичної особи-підприємця, ділову репутацію яких ушкоджено порушенням договору: місцевий рівень (в межах населеного пункту, району), *регіональний рівень* (в межах області, кількох районів чи областей), *загальнодержавний рівень* (в межах України), *міждержавний рівень* (в Україні та за її межами);

істотність втрачених перспектив у зв'язку з приниженням ділової репутації юридичної особи чи фізичної особи-підприємця: *суттєві втрати*, які призвели до низки негативних наслідків (наприклад, через приниження ділової репутації підприємця і втрату довіри до нього з боку контрагентів, унеможливлено укладення низки важливих для нього договорів щодо основного напряму його діяльності); або *несуттєві втрати* (наприклад, у подібній ситуації один з потенційних контрагентів відмовився укладати договір, для укладення якого з іншими особами витрачено додаткові зусилля і час; подібні втрати не торкаються основного виду діяльності даного суб'єкта тощо) і т. ін.

На розмір відшкодування не впливає наявність чи обсяг майнової шкоди, яка завдана порушенням договору, тобто тими самими діями, що призвели до виникнення моральної шкоди. Вимоги щодо

відшкодування майнової шкоди та вимоги щодо відшкодування моральної шкоди розглядаються як самостійні. За загальним правилом розмір завданої моральної шкоди не залежить від вартості майнового блага, посяганням на яке завдано моральної шкоди, і часом заподіяння незначної майнової шкоди може викликати значні душевні страждання. Проте у договірних правовідносинах прослідковується залежність розміру моральних втрат від суми невиконаного чи неналежно виконаного договору. Адже чим вища вартість майна, тим більші втрати зумовлені невиконанням договору, пов'язаного з цим майном, отже — більше зусиль слід докласти для реалізації певних можливостей особи та захисту її прав та інтересів. У багатьох випадках саме те майно, яке має високу вартість, відіграє найважливішу роль у житті особи. Яскравим свідченням того, які моральні втрати можуть бути понесені внаслідок порушення договору, предметом якого є високо вартісне майно, є широковідомі приклади невиконання договорів на будівництво житла інвестиційнобудівельною групою «ЕлітаЦентр» у м. Києві, в яких інвесторами виступали фізичні особи, внаслідок чого багато людей не тільки втратили житло (першочергова потреба людини), але й на роки потрапили у боргову залежність. Такі випадки непоодинокі у сумнівній сучасній «договірній практиці»[1].

Одним з критеріїв, який впливає на розмір відшкодування моральної шкоди, вважається *ступінь вини боржника;* ступінь вини враховується тоді, коли у виникненні шкоди є і вина боржника, і вина кредитора; однак, на нашу думку, це правило не прийнятне для договірних відносин, якщо у порушенні договору є вина кредитора, то права на відшкодування моральної шкоди у нього виникати не повинно.

Майновий стан особи, яка заподіяла моральну шкоду, може вплинути на розмір відшкодування, якщо він був до заподіяння моральної шкоди, або стане внаслідок її відшкодування вкрай скрутним. Такі самі рекомендації дає Пленум Верховного Суду України у п. 10 Постанови № 4 від 31 березня 1995 р. У виняткових випадках, коли стягнення шкоди у повному розмірі неможливе або поставить боржника в дуже тяжке матеріальне становище, суд (застосовуючи за аналогією положення ч. 4 ст. 1193 Цивільного кодексу України) може зменшити розмір відшкодування на суму, яку вважатиме розумною і доцільною. Це правило відповідно не повинно застосовуватися, на нашу думку, при однаковому майновому стані обох сторін. Варто

[1] Див. напр.: Львівська «елітацентр» «нагріла» людей більш ніж на 10 млн. грн./ www.ЕконПРАВДА. com.ua, 13.01.2007.

підкреслити, що скрутний майновий стан *кредитора* не може бути підставою для збільшення розміру відшкодування.

Вищий господарський суд України у п.6 роз'яснення № 02-5/95 від 29 лютого 1996 р. зазначає, що розмір компенсації немайнової шкоди юридичної особи залежить від характеру діяння особи, яка її заподіяла, а також від негативних наслідків через порушення немайнових прав позивача. Очевидно також, що деякі з наведених вище критеріїв можуть бути використані й у справах за позовами юридичних осіб.

Визначаючи розмір відшкодування суд (позивач) має керуватися, на нашу думку, принципами: умовної *рівності* втраченого блага і того, яке може бути надбане за конкретну суму грошей; *поміркованості* — відповідності вимогам здорового глузду і розважливості; *розумності* — об'єктивного відображення дійсності, розсудливого, врівноваженого мислення; *справедливості* — неупередженого ставлення до всіх учасників спору. Принципи розумності і справедливості виявляються в тому, що більш глибоким моральним стражданням відповідає більший розмір відшкодування; ці вимоги мають витримуватися однаково у всіх справах про відшкодування моральної шкоди. Тому суд має орієнтуватися на судову практику, що склалася на момент вирішення справи. Розмір відшкодування моральної шкоди має бути не більш, аніж достатнім для розумного задоволення кредитора і не має призводити до його навіть неістотного збагачення.

Глава 20
НЕДІЙСНІСТЬ ДОГОВОРУ

§ 1. Визнання правочину-договору недійсним. Загальні положення

Відповідно до ст. 16 ЦК України визнання правочину недійсним є одним із способів захисту цивільних прав та інтересів. Підстави, умови, правові наслідки недійсності договорів визначаються нормами глави 16 ЦК «Правочини» (статті 215—236). Загальні вимоги щодо недійсності правочину сформульовані в ст. 215 ЦК, в якій записано таке:

1. Підставою недійсності правочину є недодержання в момент вчинення правочину стороною (сторонами) вимог, які встановлені частинами першою — третьою, п'ятою та шостою статті 203 цього Кодексу.

2. Недійсним є правочин, якщо його недійсність встановлена законом (нікчемний правочин). У цьому разі визнання такого правочину недійсним судом не вимагається.

У випадках, встановлених цим Кодексом, нікчемний правочин може бути визнаний судом дійсним.

3. Якщо недійсність правочину прямо не встановлена законом, але одна із сторін або інша заінтересована особа заперечує його дійсність на підставах, встановлених законом, такий правочин може бути визнаний судом недійсним (оспорюваний правочин).

У наведеній статті визначаються загальні правові засади визнання правочину недійсним. Зазвичай для цього має існувати відповідна правова підстава. Такою правовою підставою ЦК визнає факт недодержання однією стороною чи всіма сторонами вимог, встановлених

частинами 3, 5, 6 ст. 203 ЦК, тобто вимог волевиявлення учасника правочину щодо настання реальних правових наслідків правочину, щодо недопустимості порушення правочином, вчинюваним батьками, інтересів малолітніх дітей. Тобто порушення вимог закону, допущені стороною (сторонами) після укладення правочину, не можуть спричиняти його недійсність, а призводять до інших правових наслідків, передбачених законом.

Недійсність правочину може наступати лише за певні порушення закону. За ступенем недійсності правочину всі правочини поділяються на абсолютно недійсні з моменту їх вчинення (нікчемні) та відносно недійсні (оспорювані), які можуть бути визнані недійсними, але за певних умов.

Нікчемним (абсолютно недійсним) є той правочин, недійсність якого прямо передбачена законом. Відповідно до ч. 2 ст. 215, визнання такого правочину недійсним судом не вимагається. Сторони такого правочину не зобов'язані виконувати його умови, причому навіть і тоді, коли суд не визнає його недійсним. Однак це не означає, що потреби в необхідності визнання нікчемного правочину недійсним може й не виникнути. Така потреба може виникнути, якщо сторони виконали певні умови нікчемного правочину, якщо він нотаріально посвідчений, якщо він порушує права третіх осіб, якщо він зареєстрований у державних органах тощо.

У таких випадках рішенням суду можуть бути визначені відповідні правові наслідки недійсності правочину, державні органи зобов'язані скасувати реєстрацію тощо.

Нікчемними, зокрема є правочини:

а) укладені з недодержанням обов'язкової письмової форми, якщо недійсність прямо передбачена законом, наприклад, правочини щодо забезпечення виконання зобов'язань (ст. 547);

б) укладені з недодержанням обов'язкової нотаріальної форми (ч. 1 ст. 219);

в) укладені малолітньою особою за межами її цивільної дієздатності без належного схвалення (ст. 221);

г) укладені недієздатною фізичною особою (ст. 226);

д) вчинені без дозволу органу опіки і піклування (ч. 1 ст. 224);

ж) які порушують публічний порядок (ст. 228).

Водночас ЦК передбачає можливість визнання деяких нікчемних правочинів недійсними (ч. 2 ст. 218, ч. 2 ст. 219, ч. 2 ст. 220, ч. 2 ст. 224) за підставами, визначеними в ЦК.

Оспорюваними є правочини, які ЦК не визнає в імперативній формі недійсними, а лише допускає можливість визнання їх недій-

сними в судовому порядку за вимогою однієї зі сторін або іншої заінтересованої особи. До них належать переважно правочини з дефектами волі та волевиявлення його суб'єктів. Це правочини, вчинені:

а) неповнолітньою особою за межами її цивільної правоздатності без згоди батьків, піклувальника (ст. 222);

б) фізичною особою, обмеженою у дієздатності, без згоди піклувальника (ст. 223);

в) під впливом помилок (ст. 229);

г) під впливом тяжкої обставини (ст. 233).

Водночас у ЦК передбачаються такі недійсні правочини, які не можуть бути безпосередньо віднесені ні до нікчемних, ні до оспорюваних. Такими є правочини, вчинені під впливом обману (ст. 230), у результаті зловмисної домовленості представником однієї сторони з другою стороною (ст. 232), а також фіктивні правочини (ст. 234). Ці правочини близькі до оспорюваних, але, на відміну від оспорюваних, які суд може визнати недійсними, суд визначає їх недійсними за умови підтвердження допущених порушень вимог закону.

Важливо також відзначити, що оскільки норма ч. 3 ст. 215 ЦК передбачає право однієї зі сторін або іншої заінтересованої особи, яка заперечує дійсність правочину, вимагати його недійсності судом, коло позивачів не може обмежуватися лише сторонами. Такий підхід узгоджується зі ст. 3 ЦПК України, згідно з якою кожна особа має право в порядку, встановленому цим Кодексом, звернутися до суду за захистом своїх порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів. У зв'язку з цим сумнівною є норма ст. 207 ГК України, яка передбачає можливість визнання недійсним господарського зобов'язання лише на вимогу однієї зі сторін, або відповідного органу державної влади. Така норма не узгоджується навіть з ГПК України, який не містить подібних обмежень.

Підстави недійсності правочинів передбачають також інші закони України, зокрема, ГК, СК, ЗК, Закони України «Про оренду землі», «Про зовнішньоекономічну діяльність», «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом». Необхідно також враховувати, що законодавством інколи можуть встановлюватися інші правові наслідки порушень сторонами правочину вимог закону.

Так, рішенням районного суду від 01. 12. 2005 р. Г.П. відмовлено у задоволенні позову до І. Т. — С. Л. про визнання недійсним договору купівлі-

продажу 1/3 частини квартири і відповідно задоволено зустрічний позов С. Л. до Г. П. про визнання права власності, виділення частини квартири в натурі та встановлення порядку користування. Судовим рішенням було визнано за С. Л. право власності на 1/3 частину квартири. Виділено С. Л. зі спільної часткової власності належну їй частину квартири в натурі в розмірі 17/61 частин. Виділено в користування С. Л. кімнату площею 10,3 кв. м у квартирі. Місця загального користування залишено в спільному користуванні сторін.

Г. П. звернулася з апеляційною скаргою до Апеляційного суду м. Києва. В апеляційній скарзі Г. П. просила рішення районного суду скасувати та ухвалити нове, яким задовольнити її вимоги та відмовити в задоволенні зустрічного позову. Позивачка зазначала, що рішення районного суду є незаконним та необґрунтованим, ухвалене з порушенням та неправильним застосуванням норм матеріального та процесуального права.

Колегія судової палати у цивільних справах Апеляційного суду м. Києва своїм рішенням від 13. 02. 2006 р. частково задовольнила апеляційну скаргу і відмовила у визнанні договору купівлі-продажу недійсним.

Судом встановлено, що спірне жиле приміщення — трикімнатна ізольована квартира — було приватизоване в рівних частках 14. 12. 1999 р. І. Т., Г. П., А. Т. Співвласниками зазначеної квартири на час розгляду справи є Г. П., її донька А.Т. на підставі свідоцтва про право власності на житло від 14. 12. 1999 р. та С. Л. на підставі договору купівлі-продажу 1/3 квартири від 11. 05. 2005 р., укладеного між І. Т. та С. Л.

Рішенням районного суду від 20.04.2004 р. встановлено порядок користування спірною квартирою: І. Т. виділено в користування кімнату площею 10,3 кв. м, Г. П. з донькою А. Т. — дві суміжні кімнати площею 18,2 та 13,5 кв. м, місця загального користування залишено у спільному користуванні сторін.

Відмовляючи Г. П. у задоволенні позову про визнання угоди недійсною, суд виходив із того, що І. Т. не порушив вимоги закону про продаж своєї частки. З такими висновками районного суду колегія суддів не погодилася і вирішила, що рішення в цій частині підлягає скасуванню з ухваленням нового рішення з огляду на таке.

Згідно з абз. 1 ч. 2 ст. 362 ЦК України продавець частки у праві спільної часткової власності зобов'язаний письмово повідомити інших співвласників про намір продати свою частку, вказавши ціну та інші умови, на яких він її продає.

Як вбачається із заяви І. Т. про продаж належної йому частки у спірній квартирі, останній запропонував Г. П. та А. Т. придбати лише 17/61 частин квартири. Відповідно до укладеного договору купівлі-продажу І. Т. продав С. Л. 1/3 частину квартири. Тобто судом встановлено, що відповідач

при цьому порушив вимоги ч. 2 ст. 362 ЦК України, оскільки в заяві зазначив, що продає 17/61 частин квартири, а фактично продав 1/3 частину квартири. Разом з тим, доводи апеляційної скарги про необхідність ухвалення нового рішення в частині визнання договору купівлі-продажу недійсним не заслуговують на увагу з огляду на таке.

Відповідно до ч. 4 ст. 362 ЦК України у разі продажу частки у праві спільної часткової власності з порушенням переважного права купівлі співвласник може пред'явити до суду позов про переведення на нього прав та обов'язків покупця. Одночасно позивач зобов'язаний внести на депозитний рахунок суду грошову суму, яку за договором повинен сплатити покупець. До таких вимог застосовується позовна давність у один рік. Г. П. такі позовні вимоги не заявляла.

Правова позиція з цього питання викладена в п. 16 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику в справах про визнання угод недійсними» від 28. 04. 1978 р. № 3, де зазначено, що саме по собі недодержання вимог закону про переважне право купівлі частки у праві спільної часткової власності при продажу учасником спільної часткової власності частки сторонній особі не є підставою для визнання угоди недійсною. У даному випадку співвласник вправі у межах установленого законом строку вимагати переведення на нього прав і обов'язків покупця за укладеною угодою.

За таких підстав колегія суддів вирішила, що Г. П. необхідно відмовити у задоволенні позову про визнання договору купівлі-продажу недійсним.

Рішення суду першої інстанції також підлягає скасуванню в частині визнання за С. Л. права власності на 1/3 частини квартири, оскільки таке право С. Л. визначено договором купівлі-продажу 1/3 частини квартири і повторного доведення в суді не потребує.

Районний суд безпідставно дійшов висновку про виділення С. Л. зі спільної часткової власності належної їй частини квартири в натурі у розмірі 17/61 частин.

Наведена колегією суддів правова позиція в постанові Пленуму ВСУ від 24. 04. 1978 р., зберігає свою актуальність, адже формулювалася вона щодо застосування ст. 114 ЦК УРСР, яка встановлювала такі самі спеціальні правові наслідки порушення переважного права купівлі частки у праві спільної часткової власності, як і ст. 362 ЦК України.

Визнання правочину недійсним необхідно чітко відмежовувати від розірвання договору та визнання його неукладеним. Так, підставою для визнання правочину (угоди) недійсним слугує невідповідність вимогам закону, а підставою розірвання правочину-договору — неналежне виконання або невиконання його умов чи умов, встановлених для такого договору законом. В останньому випадку договір

на момент його укладення не містить порушень закону. Такі засади розмежування недійсності та розірвання договору є загальновизнаними в цивілістичній науці і не піддавалися сумнівам. З цього приводу ВСУ у своїй постанові Пленуму від 28 квітня 1978 р. «Про судову практику в справах про визнання угод недійсними» зазначив, що невиконання або неналежне виконання угоди не може бути підставою для визнання її недійсною і у такому разі сторона може вимагати її розірвання або застосування інших наслідків, передбачених договором та законом. Така позиція ВСУ безумовно є правильною і має бути підтримана і з прийняттям нового ЦК.

Однак ця абсолютна істина останнім часом була порушена українськими законодавцями. Так, ЗУ «Про приватизацію державного майна» (ст. 27) від 19 лютого 1997 р. було введено норму про те, що на вимогу однієї зі сторін договір купівлі-продажу може бути розірвано або визнано недійсним за рішенням суду. Така норма є юридичним казусом, який вимагає негайного виправлення.

Між тим, президія ВАСУ (нині ВГСУ) у своїх роз'ясненнях від 12. 03. 1999 р. (з наступними змінами) «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з визнанням угод недійсними», фактично схвалила таку помилкову законодавчу позицію і зазначила, що за загальним правилом, невиконання чи неналежне виконання угоди не тягне за собою правових наслідків у вигляді визнання угоди недійсною, але законом можуть передбачатися випадки, коли порушення законодавства, допущені під час виконання договору , є підставою для визнання його недійсним (зокрема, пункт 5 ст. 27 ЗУ «Про приватизацію державного майна»).

Подібна парадоксальна ситуація вперше виникла в РФ, оскільки у ст. 30 Закону РФ «Про приватизацію державних і муніципальних підприємств в РФ» також було встановлено, що угоди приватизації визнаються недійсними, зокрема, у випадках, коли покупець відмовився від платежів за придбаний об'єкт приватизації та порушення умов придбання, на яких було придбано об'єкт приватизації. Відомі російські юристи зазначили, що ці обставини є підставою для розірвання, але не для визнання недійсними договорів. При цьому вони стверджують, що при розірванні договору сторони не вправі за загальним правилом вимагати повернення того, що вже було виконано[1].

Щоб якось компенсувати цю неточність Пленум ВС РФ та ВАСу РФ роз'яснили, що визнання угоди приватизації недійсною тягнуло

[1] *М. И. Брагинский, В. В. Витрянский.* Договорное право: Общие положения. — М., — 1997. — С. 652.

б за собою двосторонню реституцію, а тому при розірванні договору купівлі-продажу об'єкта приватизації сторони мають право вимагати повернення виконаного.

Неукладеним має визнаватися договір, при вчиненні якого сторони в належній формі не досягли згоди щодо необхідних для нього істотних умов (ст. 638 ЦК, ст. 181 ГК). Тобто у даному разі між ними не виникло бажаного договірного правовідношення та відповідного правового результату. Між тим, учасники неукладеного договору можуть передати один одному певне майно. Збереження за ними цього майна за таких обставин позбавлене належної правової підстави. Тому у разі визнання договору неукладеним суд може застосувати правові наслідки, встановлені для правовідносин, що виникають внаслідок набуття, збереження майна без достатньої підстави (статті 1212—1215 ЦК України, статті 469—470 ЦК УРСР). Однак і у вирішенні цього питання в законодавстві інколи простежується непослідовність. Так, відповідно до ст. 14 ЗУ «Про оренду землі» відсутність у договорі оренди землі однієї з істотних умов може бути підставою для визнання договору недійсним. Нині є усі підстави вважати, що вирішуючи спори щодо договорів з не визначеними істотними умовами необхідно керуватися нормами ст. 638 ЦК та ст. 181 ГК про неукладеність договору.

Однак останнім часом Вищий господарський суд України та деякі представники господарсько-правової науки зайняли позицію, яка заперечує можливість звернення з позовними вимогами про визнання договору неукладеним з огляду на те, що такий спосіб захисту не передбачений ЦК[1]. З цим важко погодитися, адже вимога про визнання договору неукладеним спрямована на примирення правовідносин, що передбачено ст. 16 ЦК.

§ 2. Правові наслідки недійсності договору

У статті 216 ЦК сформульовані загальні правила щодо правових наслідків недійсності як нікчемних, так і оспорюваних правочинів. Визначальним тут є принцип, згідно з яким недійсний правочин не створює для сторін чи інших осіб правових наслідків. Зокрема сторони не зобов'язані виконувати передбачені таким правочином умови, одна сторона недійсного правочину має право відхилити вимоги другої сторони щодо вчинення певних дій. Зро-

[1] Див.: *Беляневич О. А.* Про відповідність предмета позову встановленим способам захисту права // Вісник господарського судочинства. — 2008. — № 1. — С. 97—104.

зуміло, що це можливо лише тоді, коли сторонам відомо про недійсність правочину.

Водночас ЦК встановлює виняток із вищезгаданого правила, який полягає в тому, що недійсний правочин породжує лише ті юридичні наслідки, які пов'язані з його недійсністю. Як свідчить практика, сторони досить часто частково чи повністю виконують умови недійсного правочину, наприклад, передають майно, виконують певну роботу, надають послуги, здійснюють їх оплату. Вчинення таких дій за нікчемним правочином або правочином, визнаним судом недійсним, не має під собою правової підстави, а відтак набуває ознак неправомірності. Тому в коментованій статті міститься положення про те, що за недійсним правочином кожна зі сторін зобов'язана повернути другій стороні в натурі все, що вона одержала на виконання цього правочину, а якщо це неможливо, зокрема тоді, коли одержане полягає в користуванні майном, виконаній роботі, наданій послузі, — відшкодувати вартість одержаного за цінами на момент відшкодування. Застосування зазначених правових наслідків засвідчує факт повернення сторін у первісний стан, який мав місце до вчинення недійсного правочину. В цивілістичний науці та судовій практиці застосування таких наслідків іменується **двосторонньою реституцією**. Однак недійсний правочин може виконати лише одна зі сторін. У такому випадку логічно, що друга сторона має повернути все одержане стороні, що виконала правочин. Такі правові наслідки одержали назву **односторонньої реституції**. У новому ЦК, на відміну від ЦК УРСР, одностороння реституція безпосередньо не закріплена. Однак можливість її застосування випливає з тексту ч. 1 ст. 216 ЦК. Двостороння реституція застосовується незалежно від наявності чи відсутності вини у діях учасників правочину щодо його недійсності. Випадки застосування двосторонньої реституції передбачені, зокрема, статтями 218, 219, 220, 221, 222, 226, 227, 229, 233 ЦК.

Стаття 49 ЦК УРСР передбачала можливість визнання недійсною угоди, укладеної з метою, завідомо суперечною інтересам соціалістичної держави і суспільства із застосуванням санкції у вигляді стягнення у доход держави всього одержаного стороною, яка діяла з умислом. У новому ЦК не передбачено конкретних підстав для застосування конфіскаційних санкцій за недійсними правочинами. Однак у ГК ст. 208 передбачає можливість застосування конфіскаційних санкцій до учасників господарського зобов'язання, визнаного недійсним як вчиненого з метою, яка завідомо суперечить інтересам держави і суспільства. (Аналіз положень ст. 208 ГК та їх співвідношення з ЦК наведено на стор. 758—763 посібника.)

Спеціальні правові наслідки недійсності правочину передбачені ЗУ «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом», згідно зі ст. 39 якого визнання мирової угоди недійсною є підставою для поновлення провадження у справі про банкрутство.

Вчинення недійсного правочину може призвести до заподіяння збитків та моральної шкоди другій стороні або третій особі. Можливість відшкодування винною стороною збитків та моральної шкоди, завданої недійсним правочином, передбачена також статтями ЦК про недійсність окремих видів правочинів (статті 231, 232, 233), що є новелою, порівняно з ЦК УРСР, за яким взагалі не передбачалося відшкодування моральної шкоди за недійсними угодами, а відшкодування майнових збитків встановлювалося як виняток. Нетиповими для цивільного права є положення ЦК про допустимість стягнення з винної у недійсності правочину сторони подвійної суми збитків (статті 230, 231). Частина 2 передбачає, що такі збитки й моральна шкода відшкодовуються винною стороною. Порядок такого відшкодування може здійснюватися також за правилами статей 22, 23 ЦК та правилами, встановленими для зобов'язань, що виникають із факту заподіяння шкоди, тобто за правилами позадоговірної (деліктної) відповідальності, оскільки положення норм про недійсність правочинів такого порядку не встановлюють.

Введення до ЦК положення як загального правила про застосування у разі недійсності правочину правових наслідків у формі відшкодування збитків (як реальних, так і упущеної вигоди та моральної шкоди) винною стороною не можна оцінити однозначно як позитивне явище, адже відшкодування збитків за недійсними угодами (правочинами) в цивільному законодавстві колишнього Союзу РСР, а також в правових системах європейських країн застосовувалося і застосовується як виключна санкція для певних видів недійсних правочинів, зокрема вчинених малолітніми особами за межами їх дієздатності. При цьому на відміну від ЦК України, який передбачає відшкодування усіх видів збитків, законодавство окремих країн передбачає стягнення лише реальних збитків (статті 171, 172 ЦК РФ). До речі, ЦК РФ як і цивільне законодавство багатьох європейських країн взагалі не передбачає відшкодування моральної шкоди за недійсними угодами. В цій частині очевидно українським законодавцем проявлена надмірність розміру санкцій.

В обох перерахованих у ст. 216 ЦК випадках застосовуються зазначені в ній наслідки, якщо закон не встановлює інших особливих умов їх застосування або особливих правових наслідків окре-

мих видів недійсних правочинів. Це, зокрема, стосується недійсних правочинів, вчинених малолітніми, неповнолітніми та недієздатними особами, юридичними особами, під впливом помилки, обману, насильства. Так, статтями 230 та 231 ЦК передбачено стягнення з сторони, винної у недійсності правочину, подвійної суми збитків на користь другої сторони. ГК передбачає стягнення в доход держави всього одержаного сторонами (стороною) у разі визнання господарського зобов'язання, вчиненого з метою, завідомо суперечною інтересам держави і суспільства недійсним (ст. 208).

Положення ЦК про правові наслідки нікчемного правочину є імперативними і, відповідно до ч. 4 ст. 216, не можуть піддаватися змінам за домовленістю сторін. Однак це правило не слід розуміти буквально, оскільки сторона нікчемного договору може вимагати визнання правочину нікчемним, але не зобов'язана вимагати відшкодування заподіяних збитків чи моральної шкоди. Тобто в ч. 4 йдеться про заборону сторонам змінювати законодавчі положення щодо правових наслідків нікчемного правочину, але її норми не зобов'язують їх застосовувати в усіх випадках, якщо це не порушуватиме інтереси третіх осіб. Оскільки ч. 4 встановлює заборону на зміну визначених законом правових наслідків лише щодо нікчемних правочинів, то цілком логічно, що така заборона не стосується інших видів недійсних правочинів.

Норма ч. 5 не обмежує коло осіб, які мають право вимагати застосування правових наслідків нікчемного правочину лише сторонами. Ними можуть бути будь-які заінтересовані особи, права або охоронювані інтереси яких порушені. Логічно вважати, що будь-які заінтересовані особи можуть також звернутися до суду з вимогами про визнання нікчемного правочину недійсним.

Розглядаючи ту чи іншу справу, суд у разі виявлення ознак нікчемності правочину може застосувати відповідні правові наслідки за власною ініціативою, тобто навіть тоді, коли такі вимоги не містяться в позові.

Відповідно до ст. 217 ЦК недійсність окремої частини правочину не має наслідком недійсності інших його частин і правочину в цілому, якщо можна припустити, що правочин був би вчинений і без включення до нього недійсної частини. В наведеній статті вирішується питання щодо правової долі правочину, що має дефекти окремих його частин. При цьому закону може суперечити лише певна частина умов правочину, а інша — йому відповідати. Отже, за таких обставин не завжди доцільно визнавати правочин недійсним у цілому. Не призводить недійсність окремої частини правочину до

недійсності інших його частин. Тому законодавець не встановлює недійсності правочину через недійсність окремої його частини, але лише за умови, якщо є підстави вважати, що правочин міг би бути вчинений без включення до нього цієї недійсної частини. Наприклад, сторони передбачили в правочині відмову від судового захисту порушених прав чи від застосування санкцій у разі невиконання умов правочину. Визнання цих умов недійсними у зв'язку з тим, що вони обмежують права суб'єктів цивільного права, не може спричинити недійсність правочину, оскільки ці питання врегульовані цивільним законодавством і такий правочин міг бути вчинений і без цих умов.

Переважна частина правочинів містить комплекс умов, які мають різне значення та неоднаковий вплив на досягнення юридичної мети. Є умови, без яких існування правочину неможливе, а відтак дефекти в них, їх невідповідність вимогам закону не можуть бути правомірною підставою виникнення, зміни чи припинення цивільних прав та обов'язків. В правочинах-договорах такими є істотні умови (ст. 638 ЦК). Тому визнання будь-якої з істотних умов договору спричиняє його недійсність в цілому. Інші ж умови не мають такого правоутворюючого фактору, їх невідповідність закону не має такого правового значення для реалізації правочину.

У певних випадках законодавчо визнаються нікчемними ті чи інші конкретні умови договору. Так, в ЦК визнаються, зокрема нікчемними умови: про обмеження в договорі роздрібної купівлі-продажу прав покупця-фізичної особи, порівняно з правами, встановленими цим Кодексом чи законодавством про захист прав споживачів (ст. 698); які погіршують становище наймача у договорі прокату порівняно з тим, що встановлено типовими умовами договору (ст. 787); які передбачають відмову вкладника від права на одержання вкладу на першу вимогу (ст. 1060). Наявність у правочині таких нікчемних умов також не призводить до недійсності правочину чи інших його частин.

Норми ст. 218 ЦК визначають правові наслідки недодержання вимог щодо письмової форми правочину. Недодержанням простої письмової форми визнається невиконання вимог, встановлених для простої письмової форми ст. 207 ЦК. За загальним правилом ч. 1 ст. 218, недодержання письмової форми правочину, яка вимагається законом, не призводить до недійсності правочину, крім випадків встановлених законом.

Заперечення однією зі сторін факту здійснення правочину або оспорювання окремих його частин може доводитися письмовими

доказами, засобами аудіо-, відеозапису та іншими доказами (ст. 218 ЦК). Рішення суду, зазначається в цій статті, не може ґрунтуватися на свідченнях свідків.

На перший погляд, створюється враження, що за своїм змістом наведені положення принципово (крім редакційних особливостей) не відрізняються від змісту ст. 46 ЦК УРСР, яка регулювала аналогічні відносини. Але насправді це не так. Так, в ст. 46 ЦК УРСР було записано, що «недодержання простої письмової форми, що вимагається законом (ст. 44 цього Кодексу), позбавляє сторони в разі спору посилатися для підтвердження угоди на показання свідків, а у випадках, прямо зазначених у законі, тягне за собою недійсність угоди з наслідками, передбаченими ч. 2 ст. 48 цього Кодексу».

Аналіз змісту ст. 46 ЦК УРСР дає підстави для висновку про те, що законодавець забороняв стороні угоди, не укладеної у письмовій формі, посилатися на **підтвердження** факту укладення угоди на посилання свідків.

Між тим, аналіз змісту ст. 218 ЦК України свідчить про те, що сторона, яка прагне довести **відсутність** факту вчинення правочину (угоди), може це зробити за допомогою перерахованих в ній доказів, за винятком свідчень свідків, оскільки на них не може ґрунтуватися рішення суду. Фактично таке положення означає, що по-перше, начебто ним встановлюється презумпція факту вчинення правочину, яка може бути спростована зазначеними доказами; по-друге, воно надає одній стороні право **спростовувати** факт вчинення правочину (окремих його частин), але не надає право іншій стороні підтверджувати факт вчинення правочину, що не можна визнати логічним вирішенням цієї проблеми. З огляду на сказане, можна зазначити, що такої неоднозначності вдалося уникнути в ЦК РФ, згідно зі ст. 162 якого недотримання простої письмової форми угоди позбавляє сторони права у випадку спору посилатися на підтвердження угоди та її умов на показання свідків, але не позбавляє їх прав наводити письмові та інші докази. Інша справа, що існує певна неузгодженість цивільного та процесуального законодавства, адже ЦПК України не встановлює обмежень у доказуванні тих чи інших юридичних фактів свідченнями свідків.

Чинне процесуальне законодавство відносить до письмових доказів будь-якого роду документи, акти, листування службового або особистого характеру, що містять у собі відомості про правочин та його умови (ст. 64 ЦПК, ст. 36 ГПК України). До *інших доказів*, що згадуються у ст. 218, можуть бути віднесені висновки експерта, речові докази. Так, якщо майно було передано за правочином, воно

може слугувати доказом його вчинення. Однак і письмові документи, і інші докази мають стосуватися правочину та бути належними й допустимими з точки зору процесуального законодавства (статті 58, 59 ЦПК, ст. 34 ГПК України).

Як виняток ЦК допускає застосування свідчень свідків для доказу факту укладення правочину та його умов при визначенні тотожності речі, що була прийнята на зберігання, і речі, яка була повернена поклажодавцеві (ч. 3 ст. 949), або при прийнятті речі на зберігання при пожежі, повені, раптовому захворюванні або за інших надзвичайних обставин (ч. 2 ст. 937).

Свідчення свідків також допускаються, коли одночасно з правочином, для якого встановлена проста письмова форма, вчиняється кримінально-карне діяння. Вчинення правочину в даному випадку можна доводити свідченнями свідків, оскільки скоєння злочину доводиться всіма допустимими кримінально-процесуальним законодавством доказами. Цей факт має бути підтверджений відповідно до вимог КПК України. Може бути визнаний дійсним і той усний правочин, для якого необхідна письмова форма, укладення якого визнали його сторони у судовому розгляді спору.

Недотримання простої письмової форми правочину тягне його недійсність лише у випадках, встановлених законом. Наприклад, відповідно до ч. 2 ст. 547 ЦК правочин щодо забезпечення виконання зобов'язання, вчинений із недодержанням письмової форми, є нікчемним. У зв'язку з недотриманням письмової форми нікчемними в силу прямої вказівки закону також є: договір дарування майнового права та договір дарування з обов'язком передати дарунок у майбутньому (ст. 719), договір страхування (ст. 981), кредитний договір (ст. 1055), договір банківського вкладу (ст. 1059), договір щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності (ст. 1107), договір комерційної концесії (ст. 1118), заповіт (ст. 1257).

Частина 2 ст. 218 надає суду право визнати укладений усно правочин, який під загрозою недійсності мав бути укладений у письмовій формі, у разі спору дійсним, але якщо одна з сторін вчинила певну дію, а друга підтвердила її шляхом прийняття виконання або іншими діями. Дана норма не є імперативною, а відтак не зобов'язує суд визнавати такий правочин в усіх випадках дійсним.

За загальним правилом, викладеним у ч. 1 ст. 220 ЦК у разі недодержання сторонами вимоги закону про нотаріальне посвідчення договору такий договір є нікчемним.

У статті 220 ЦК визначені правові наслідки недійсності лише тих договорів, обов'язковість нотаріального посвідчення яких прямо передбачена законом. Це означає, що правові наслідки недотриман-

ня сторонами домовленості про нотаріальне посвідчення договору, для якого за законом воно не є обов'язковим, мають визначатися за іншими правилами.

Недотримання сторонами передбаченої законом нотаріальної форми договору відповідно до ч. 1 ст. 220 ЦК призводить до його нікчемності. Однак законодавець не передбачає у таких випадках спеціальних майнових наслідків недійсності договору. Тому вони мають визначатися відповідно до загальних положень ст. 216 ЦК.

Ч. 2 ст. 220 ЦК надає суду право визнати дійсним нотаріально не посвідчений договір, якщо сторони домовилися про усі його істотні умови, підтверджені письмовими доказами і відбулося повне або часткове виконання договору, але одна із сторін ухилилася від нотаріального посвідчення такого договору (недобросовісна сторона). Таке рішення може бути прийняте судом на вимогу добросовісної сторони, яка виконала повністю або частково договір. Зміст положень ч. 2 дає підстави тлумачити їх таким чином, що вони не поширюються на випадки ухилення від нотаріального посвідчення договору усіх його сторін. Під ухиленням від нотаріального посвідчення договору має розумітися як активна протидія цьому, так і пасивне небажання вчинити цю дію.

Якщо суд задовольнить вимогу добросовісної сторони про дійсність нотаріально не посвідченого договору, то після набрання чинності рішення суду такий договір вважатиметься дійсним з моменту його укладення. Наступне нотаріальне посвідчення такого договору не вимагається. Судове рішення в цьому випадку замінює нотаріальне посвідчення. Подібна норма містилася також у ЦК УРСР (ч. 2 ст. 47).

У судовій практиці, однак, не завжди враховуються умови, необхідні для визнання нотаріально не посвідченого договору дійсним.

Так, у вересні 2004 р. Державне комунальне підприємство «Парк культури та відпочинку «Гідропарк» звернулося до суду з позовом про визнання недійсним договору оренди нерухомого майна укладеним між ним і суб'єктом підприємницької діяльності — фізичної особи К. та виселення приватного підприємця з орендованого приміщення.

Рішенням господарського суду м. Києва від 06. 10. 2004 р. позов задоволено. Постановою Київського апеляційного господарського суду від 29 грудня 2004 р. рішення господарського суду залишено без змін.

Не погоджуючись з прийнятою постановою ПП К. подав касаційну скаргу в якій просить постанову Київського апеляційного господарського суду від 29 грудня 2004 р. скасувати та в позові відмовити. В обґрунтування своїх вимог скаржник посилається на те, що судом неправильно застосовані

норми матеріального та процесуального права, що призвело до прийняття незаконної постанови.

Судова колегія ВГС України, розглянувши наявні матеріали, обговоривши доводи касаційної скарги, перевіривши юридичну оцінку обставин справи та повноту їх встановлення, дослідивши правильність застосування норм матеріального та процесуального права вважає, що касаційна скарга не підлягає задоволенню з таких підстав.

Як встановлено судами попередніх інстанцій 15. 01. 2004 р. між ДКП «Парк культури та відпочинку «Гідропарк» та ПП К. було укладено договір оренди нерухомого майна № 02, відповідно до п. 1.1 якого ДКП «Парк культури та відпочинку «Гідропарк» як орендодавець передає, а ПП К. як орендар приймає в оренду нежиле приміщення (будівлю шахового клубу) загальною площею 258,2 кв. м за адресою: м. Київ, острів Передмісна слобідка, 1.

Сторони також обумовили у п. 9.1 строк дії даного договору, а саме з 15. 01. 2004 р. до 14. 01. 2009 р., тобто 5 років.

Разом з тим, судами встановлено, що спірний договір нотаріально не посвідчений. Відповідно до 2 ст. 793 ЦК України договір найму будівлі або іншої капітальної споруди (їх окремої частини) строком на один рік і більше підлягає нотаріальному посвідченню.

Згідно з ч. 1 ст. 220 ЦК України у разі недодержання сторонами вимоги закону про нотаріальне посвідчення договору такий договір є нікчемним, а відповідно до ч. 2 ст. 215 ЦК України, недійсним є правочин, якщо його недійсність встановлена законом (нікчемний правочин).

З огляду на зазначене, суди попередніх інстанцій дійшли вірного висновку про задоволення позовних вимог Державного комунального підприємства «Парк культури та відпочинку «Гідропарк» щодо визнання недійсним спірного договору оренди нерухомого майна.

Крім того, згідно зі ст. 1212 ЦК України, особа зобов'язана повернути майно, зокрема тоді, коли підстава, на якій воно було набуте, згодом відпала. Оскільки у зв'язку з недійсністю договору у ПП К. відпала правова підстава для користування орендованим майном, то він зобов'язаний повернути це майно позивачу.

На підставі вищевикладеного, оскаржувана постанова Київського апеляційного господарського суду є повною, законною та обґрунтованою, а доводи касаційної скарги не спростовують висновків суду[1].

Відповідно постановою ВГС України від 04. 08. 2005 р. у задоволенні касаційної скарги було відмовлено, незважаючи на наявність у даній справі певних умов, достатніх для визнання договору оренди дійсним.

Стаття 31 ЦК надає малолітній особі (яка не досягла 14 років) право самостійно вчиняти дрібні побутові правочини та здійсню-

[1] Постанова Вищого Господарського суду України від 4 серпня 2005 р. // Судова практика у справах господарського судочинства. — К.: Юрисконсульт, КНТ, 2007. — С. 386—387.

вати особисті немайнові права на результати інтелектуальної творчої діяльності, що охороняються законом (див. коментар до ст. 31). Інші правочини за малолітніх осіб мають вчиняти їх батьки (усиновлювачі) або опікуни відповідно до вимог законодавства. Правочини, вчинені малолітніми особами за межами їх цивільної дієздатності мають вважатися відповідно до ст. 203 ЦК нечинними (неправомірними). Вчинення малолітнім таких дій може слугувати підставою недійсності укладеного ним правочину (ст. 215 ЦК). Норма ч. 1 ст. 221 передбачає можливість «легалізації» такого правочину шляхом схвалення його батьками (усиновлювачами) малолітнього або одним з них, з ким він проживає, або опікуном. Такий правочин має вважатися схваленим, якщо ці особи дізналися про його вчинення, але протягом одного місяця не заявили відповідних претензій другій стороні. Закон не визначає форми такої претензії. Тому вона може бути висловлена у різній формі (усній, письмовій). Претензія може бути безпосередньо вручена стороні, направлена факсом, поштою тощо. Зазначені особи можуть також безпосередньо звернутися до суду з позовом про визнання правочину недійсним. Утримання зазначених осіб від направлення претензій щодо правочину за участю малолітнього, про укладення якого їм стало відомо, також розглядається як його схвалення.

Лише у разі відсутності схвалення правочину батьками (усиновителями) або опікунами у вищезазначеному порядку він вважається нікчемним. Однак і у цьому випадку коментована стаття допускає можливість визнання такого правочину дійсним, якщо він був вчинений на користь малолітньої особи. Під користю тут слід розуміти не тільки отримання малолітнім будь-яких додаткових порівняно з переданими ним майновими благами, а й отримання співрозмірних з переданими матеріальними благами, які можуть задовольнити потреби цієї малолітньої особи.

Питання про визнання правочину дійсним можуть порушувати заінтересовані особи. Суд не має права виносити таке рішення за власною ініціативою. Заінтересованими особами можуть бути батьки (усиновлювачі) або опікуни малолітньої особи, а також інші особи, у тому числі ті, які виступили контрагентами за такими правочинами.

До правочинів малолітньої особи з особою з повною цивільною дієздатністю відповідно до частин 3—4 ст. 221 ЦК застосовується двостороння реституція. Особа з повною дієздатністю має повернути все отримане за таким правочином батькам (усиновителям) або опікунам малолітнього. У свою чергу батьки (усиновителі) або опі-

куни малолітнього мають повернути дієздатній особі все одержане за правочином у натурі, а в разі неможливості цього — відшкодувати вартість отриманого в грошах за цінами, що існують на момент відшкодування.

До того ж, вчинення правочину дієздатною особою з малолітнім є ще й цивільним правопорушенням, а отже коментована стаття покладає на неї також обов'язок відшкодувати збитки, заподіяні укладенням недійсного правочину, якщо в момент укладення правочину вона знала або могла знати про вік другої сторони. За загальним правилом, вина правопорушника презюмується, тому дієздатна особа має доводити, що вона не знала або не могла знати про те, що її контрагент за договором є малолітньою особою.

Якщо обома сторонами правочину є малолітні особи, то закон зобов'язує саме їх повернути все одержане за цим правочином у натурі. Лише в разі неможливості повернення майна в натурі відшкодування його вартості проводиться батьками (усиновителями) або опікунами за наявності однієї з таких умов:

вчиненню правочину сприяла їхня винна поведінка (неналежний догляд за малолітнім, свідоме підштовхування його до вчинення правочину тощо);

їхня винна поведінка сприяла втраті майна, яке було предметом правочину.

В усіх інших випадках жодні обов'язки на батьків (усиновлювачів) або опікунів малолітніх осіб не покладаються.

Вчинення неповнолітньою особою (від 14 до 18 років) правочину з малолітньою особою тягне за собою наслідки, передбачені ст. 222 для правочинів, вчинених неповнолітніми особами між собою.

Відповідно до ст. 222 ЦК правочин, який неповнолітня особа вчинила за межами її цивільної дієздатності без згоди батьків (усиновлювачів), піклувальника, може бути згодом схвалений ними у порядку, встановленому ст. 221 цього Кодексу. Проте такий правочин може бути визнаний судом недійсним за позовом заінтересованої особи.

Неповнолітньою особою визнається особа віком від 14 до 18 років (ст. 32 ЦК). Неповнолітні особи мають неповну дієздатність. Це означає, що всі правочини вони вчиняють самі, але за згодою своїх батьків, усиновлювачів або піклувальників. При цьому закон вимагає саме наявності згоди зазначених осіб, а не їх обізнаності. Ряд правочинів, спеціально передбачених законом, наприклад, дрібні побутові правочини, розпорядження своїм заробітком тощо неповнолітні мають право вчиняти самостійно, а відтак ст. 222 ЦК на такі правочини не поширюється. Правові наслідки, передбачені

правилами ст. 222 можуть застосовуватися лише до тих правочинів, які підлягають схваленню батьками, усиновлювачами або піклувальниками.

Сама по собі відсутність згоди батьків (усиновлювачів) або піклувальників на вчинення правочину ще не робить його недійсним. Згода може бути надана й після вчинення правочину, за винятком тих випадків, коли законом вимагається обов'язкова письмова згода до укладення правочину, наприклад, щодо транспортних засобів або нерухомого майна (ст. 32 ЦК). Причому допускається як надання прямої згоди (у письмовій формі, якщо це вимагається законом), так і схвалення правочину шляхом непред'явлення батьками (усиновлювачами) або піклувальниками неповнолітнього претензії другій стороні протягом одного місяця з моменту, коли ці особи дізналися про вчинення неповнолітнім правочину.

Передбачені ст. 222 недійсні правочини належать до категорії оспорюваних. З позовом про визнання такого правочину недійсним можуть звернутися батьки (усиновлювачі) або піклувальники неповнолітньої особи, її контрагент за договором, орган опіки та піклування та інші особи, права яких зачіпаються таким правочином. Передбачена законом згода батьків (усиновлювачів) або піклувальників неповнолітньої особи на вчинення нею правочину встановлена з метою забезпечення інтересів останньої. Тому якщо вчинений неповнолітнім правочин хоча і не схвалений його батьками або піклувальниками, але не зачіпає інтересів неповнолітнього, суд має право відмовити у визнанні такого правочину недійсним.

Наслідком визнання недійсним правочину, вчиненого неповнолітніми особами між собою, є покладення на них зобов'язання повернути другій стороні все одержане за цим правочином у натурі. В разі неможливості повернення одержаного в натурі неповнолітні мають відшкодувати його вартість за цінами, що діють на момент відшкодування, незалежно від того, є вони вищими або нижчими за ціни, що діяли на момент вчинення правочину чи ні.

Грошове відшкодування здійснюється за рахунок коштів неповнолітньої особи. Батьки (усиновлювачі) або піклувальники зобов'язані здійснити відшкодування за власний рахунок за наявності таких підстав:

у неповнолітньої особи відсутні кошти, достатні для відшкодування;

вчиненню правочину або втраті майна, яке було предметом правочину, сприяла винна поведінка батьків (усиновлювачів) або піклувальників.

Положення наведеної статті не поширюються на правочини неповнолітніх, які є повністю дієздатними у зв'язку з укладенням шлюбу або їх «емансипацією».

Закон визнає можливість обмеження цивільної дієздатності фізичних осіб, які:

страждають на психічний розлад, який істотно впливає на їхню здатність усвідомлювати значення своїх дій або керувати ними;

зловживають спиртними напоями, наркотичними засобами, токсичними речовинами тощо, і тим ставлять себе, свою сім'ю або інших осіб, яких вони за законом зобов'язані утримувати, у скрутне матеріальне становище (ст. 36 ЦК). Дія цієї статті не поширюється на дрібні побутові правочини, які особа, дієздатність якої обмежена, має право вчиняти самостійно відповідно до ст. 37 ЦК. Правочини (за винятком дрібних побутових), вчинені особою, дієздатність якої обмежена, без згоди піклувальника, можуть бути згодом схвалені останнім. Схвалення таких правочинів відбувається у порядку, передбаченому ст. 221 ЦК.

Правочини, вчинені фізичною особою, дієздатність якої відповідно до закону обмежена, за межами її цивільної дієздатності без згоди піклувальника, належать до категорії оспорюваних. Позов про визнання такого правочину недійсним може подати лише піклувальник.

Положення ст. 221 ЦК спрямовані на недопущення скрутного матеріального становища членів сім'ї або утриманців особи, дієздатність якої обмежена. Тому правочин, вчинений такою особою, визнається недійсним, якщо буде встановлено, що він суперечить інтересам самої особи, членів його сім'ї або осіб, яких вона відповідно до закону зобов'язана утримувати. Відтак норма коментованої статті про недійсність правочину не поширюється на правочини, за якими особа, обмежена в дієздатності, отримує майно без надання взамін свого (отримання дарунка, прийняття спадщини, безоплатне користування майном тощо). У разі визнання судом правочину недійсним мають застосовуватися правові наслідки, передбачені частинами 1, 2 ст. 216 ЦК.

Певні правочини, вчинювані опікунами, або за згодою піклувальника, потребують дозволу органів опіки та піклування (ст. 71 ЦК). Відповідно до ст. 224 ЦК правочин, вчинений без дозволу органу опіки та піклування є нікчемним, але на вимогу заінтересованої особи такий правочин може бути визнаний судом дійсним, якщо буде встановлено, що він відповідає інтересам фізичної особи, над якою встановлено опіку або піклування.

Дія цієї статті поширюється на правочини, вчинені опікунами особи, над якою встановлено опіку, або особою, над якою встановлене піклування за згодою піклувальника, але без дозволу органу опіки й піклування.

Перелік таких правочинів визначений ст. 71. До них, зокрема, належать:

правочини, спрямовані на відмову від майнових прав підопічного;

видача письмових зобов'язань від імені підопічного;

укладення договорів, які підлягають нотаріальному посвідченню та (або) державній реєстрації, в тому числі договорів щодо поділу або обміну житлового будинку, квартири.

Правочин, вчинений без дозволу органу опіки та піклування, належить до категорії нікчемних. У разі визнання такого правочину недійсним у судовому порядку мають застосовуватися правові наслідки, визначені ст. 216 ЦК, оскільки у ст. 224 ЦК спеціальні правові наслідки не передбачені.

На вимогу заінтересованої особи (фізичної чи юридичної) суд може визнати такий правочин дійсним, якщо буде встановлено, що він відповідає інтересам особи, над якою встановлено опіку або піклування (наприклад, правочин, який привів до покращення майнового стану особи, над якою встановлена опіка або піклування, або правочин, вчинений з метою запобігання погіршенню майнового стану такої особи).

З позовом про визнання правочину дійсним має право звернутися будь-яка заінтересована особа, наприклад, опікун або піклувальник, орган опіки та піклування, уповноважена законом посадова особа, контрагент за правочином або інша особа, інтереси якої зачіпає вчинений правочин.

У судовому порядку може бути визнаний недійсним правочин, вчинений дієздатною фізичною особою, яка у момент вчинення не усвідомлювала значення своїх дій та (або) не могла керувати ними на підставі положень ст. 225 ЦК.

Дія цієї статті поширюється на правочини, вчинені дієздатною особою, але за обставин, які свідчать про тимчасову наявність у неї такого стану, який призводить до дефектів у формуванні внутрішньої волі та її волевиявлення. За ст. 203 ЦК однією з умов чинності правочину є дотримання вимоги закону про те, що волевиявлення учасника правочину має бути вільним і відповідати його внутрішній волі. Тому законодавець визначає у ч. 1 ст. 225 умови фактичного стану, які не дозволяють фізичній особі адекватно виразити свою волю щодо вчинюваного правочину.

Для визнання правочину таким, що має дефекти волі і волевиявлення, а врешті і недійсним необхідно встановити наявність хоча б одного з двох факторів, які мали місце в момент вчинення правочину, а саме: щоб вона не усвідомлювала значення своїх дій або не могла керувати своїми діями.

З метою встановлення такого стану громадянина в момент вчинення правочину суд може призначити судово-медичну експертизу. Проте наявність (відсутність) такого стану може бути доведена і іншими допустимими доказами.

Причини стану особи, за якого вона не усвідомлювала значення своїх дій або не могла керувати ними, можуть бути різними: сильне нервове хвилювання, психічний розлад, травма, больовий шок, сильне алкогольне чи наркотичне сп'яніння тощо. Самостійне приведення фізичної особи у такий стан не перешкоджає можливому визнанню укладеного нею правочину недійсним.

Правочин, визначений зазначеною статтею, належить до категорії оспорюваних. Позов про визнання такого правочину недійсним може бути поданий самою особою, яка його вчинила, а в разі її смерті — іншими особами, чиї цивільні права або інтереси порушені.

Стан фізичної особи, яка в момент вчинення правочину вона не могла розуміти значення своїх дій або керувати ними, може виявитися таким, що може призвести до визнання її недієздатною відповідно до ст. 39 ЦК. У такому разі опікун такої фізичної особи набуває права на подання позову про визнання укладеного правочину недійсним.

Загальним наслідком визнання правочину недійсним за коментованою статтею є двостороння реституція (див. коментар до ст. 216). У випадку, якщо інша сторона правочину знала про стан особи, яка не усвідомлювала значення своїх дій або не могла керувати ними, вона зобов'язана додатково відшкодувати їй моральну шкоду, завдану вчиненням такого правочину.

За загальним правилом ст. 226 ЦК нікчемними є правочини, вчинені недієздатною фізичною особою, у тому числі дрібні побутові правочини, не схвалені опікуном такої особи.

Визнання фізичної особи недієздатною здійснюється судом, якщо вона внаслідок хронічного, стійкого психічного розладу не здатна усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними (ст. 39). Фізична особа, визнана недієздатною, не має права вчиняти будь-якого правочину (ст. 41).

Відповідно правочини, які вчинені недієздатною особою, включаючи дрібні побутові, є нікчемними (статті 41, 203, 215), за ви-

нятком схвалених в установленому порядку опікуном. При цьому опікуну надається право схвалити вчинені недієздатною особою правочини, але тільки ті, що належать до дрібних побутових (ст. 41). Порядок схвалення правочину передбачений ст. 221, згідно з якою правочин вважається схваленим, якщо опікун, дізнавшись про його вчинення, протягом одного місяця не заявив претензії другій стороні. Схвалення дрібного побутового правочину опікуном допускається, якщо він був вчинений на користь недієздатної фізичної особи (в результаті правочину недієздатна особа отримала вигоду). Якщо внаслідок правочину наступають несприятливі для неї наслідки, правочин є нікчемним.

Можуть бути ситуації, коли правочин, вчинений недієздатною фізичною особою потребує його юридичного підтвердження (легалізації). Тому ч. 2 ст. 226 надає опікуну право вимагати у судовому порядку визнання правочину, вчиненого недієздатним, дійсним. Суд може задовольнити ці вимоги за умови, що правочин вчинений на користь недієздатної особи. Наведене положення стосується і тих правочинів, які виходять за межі дрібного побутового правочину.

Загальним наслідком правочину, вчиненого недієздатною особою, є двостороння реституція. Дієздатна особа, яка виступила стороною правочину, та опікун недієздатної особи зобов'язані повернути один одному все одержане за таким правочином у натурі.

В разі неможливості повернення в натурі дієздатна сторона має здійснити відшкодування вартості майна за цінами, що існують на момент відшкодування. Опікун недієздатної особи зобов'язаний відшкодувати дієздатній стороні вартість майна тільки у випадках, якщо його винна поведінка сприяла втраті майна (він передав його третій особі, свідомо знищив тощо) або сприяла вчиненню правочину. В останньому випадку вина опікуна може полягати в нездійсненні належного догляду за недієздатною особою, що сприяло вчиненню нею правочину.

Крім того, на дієздатну сторону покладається додатковий обов'язок відшкодувати опікуну недієздатної особи або членам її сім'ї моральну шкоду, якщо буде встановлено, що вона знала про психічний розлад або недоумство другої сторони або могла припустити такий її стан. При цьому слід звернути увагу на те, що в даному випадку вимагається обізнаність дієздатної сторони не про стан недієздатності другої сторони, а саме про її психічний розлад або недоумство.

Державою здійснюється державне регулювання у сфері господарювання такими, зокрема, засобами як ліцензування, патентування та квотування, спрямованими на забезпечення єдиної державної

політики у цій сфері та захист економічних і соціальних інтересів держави, суспільства та окремих споживачів.

Коло видів діяльності, на здійснення яких необхідно отримати ліцензії, визначається ЗУ «Про ліцензування певних видів підприємницької діяльності», ГК, а також іншими законами (наприклад, ЗУ «Про Національний банк України», «Про страхування», «Про нафту і газ» тощо). Стаття 227 ЦК надає суду право визнавати недійсними правочини, вчинені без відповідного дозволу, який іменується ліцензією, а відтак ця стаття не поширюється на правочини, на вчинення яких необхідно мати інші дозволи. У статті 91 ЦК зазначено, що юридична особа може здійснювати окремі види діяльності, перелік яких встановлюється законом, після одержання нею спеціального дозволу (ліцензії). Відповідно до закону ліцензією є документ державного зразка, який засвідчує право суб'єкта господарювання на провадження зазначеного в ньому виду господарської діяльності протягом визначеного строку за умови виконання ліцензійних умов (ст. 14 ГК України, ст. 1 ЗУ «Про ліцензування певних видів господарської діяльності»).

Юридична особа вважається такою, що не має ліцензії, якщо: а) вона не отримала ліцензії; б) ліцензія відкликана відповідним органом; в) закінчився строк дії ліцензії. У випадках, коли на момент вчинення правочину юридична особа не мала ліцензії, але на момент розгляду спору отримала її, правочин, не має визнаватися недійсним.

Правила даної статті поширюються на дво- та багатосторонні правочини (договори), які можуть укладатися як між юридичними особами, так і між юридичною особою та громадянином (наприклад, надання медичних послуг).

Правочини, що передбачені у ст. 227, належать до оспорюваних. Позов про визнання правочину недійсним за коментованою статтею може бути поданий самою юридичною особою, яка його вчинила, її контрагентами, учасниками (акціонерами) юридичної особи, органами, які здійснюють контроль за діяльністю юридичної особи, іншими заінтересованими особами, права чи законні інтереси яких порушені такими правочинами. При цьому в позовній заяві слід посилатися на конкретну норму нормативного акта, який встановлює необхідність отримання ліцензії.

До недійсного правочину застосовуються наслідки, передбачені ст. 216, тобто двостороння реституція. Крім того, якщо юридична особа вчинила такий правочин навмисно, ввівши в оману другу сторону, вона має відшкодувати їй моральну шкоду, завдану таким правочином. До юридичної особи, що займається господарською

діяльністю без ліцензії можуть застосовуватися також спеціальні санкції, передбачені ГК та іншими законами. Стаття 207 ГК передбачає також спеціальні підстави та наслідки визнання недійсними «господарських зобов'язань», вчинених суб'єктами господарювання (юридичними особами).

Стаття 50 ЦК УРСР передбачала недійсність угоди юридичної особи, укладеної в суперечності з встановленими цілями її діяльності (позастатутні угоди) з огляду на те, що за цивільним законодавством радянського періоду юридичні особи мали лише спеціальну правоздатність. Натомість новий ЦК проголошує принцип загальної правоздатності юридичних осіб (ст. 91). Однак новий ЦК не виключає можливості надання певним юридичним особам спеціального правового статусу із встановленням для них відповідних обмежень у їх статутній діяльності. Так, окремими законами встановлюється спеціальний правовий статус банків та інших фінансово-кредитних установ, довірчих товариств, благодійних організацій, релігійних організацій, політичних партій та ін. Порушення ними при укладенні правочинів закону щодо їх цілей та предмета статутної діяльності також може бути підставою для визнання таких правочинів недійсними за правилами статей 215—216.

Новелою для цивільного законодавства є ст. 228 ЦК, яка визначає правові наслідки вчинення правочину, який порушує публічний порядок. Відповідно до цієї статті, ***по-перше***, правочин вважається таким, що порушує публічний порядок, якщо він був спрямований на порушення конституційних прав і свобод людини і громадянина, знищення, пошкодження майна фізичної або юридичної особи, держави, Автономної Республіки Крим, територіальної громади, незаконне заволодіння ним; ***по-друге***, правочин, який порушує публічний порядок, є нікчемним.

Стаття 228 складається з двох частин. У першій частині визначається перелік порушень публічного порядку. Усі вони можуть бути поділені на дві великі групи: а) правочини, спрямовані на порушення конституційних прав і свобод людини і громадянина (ст. 21—68 Конституції України); б) правочини, спрямовані на знищення, пошкодження майна фізичної або юридичної особи, держави, АРК, територіальної громади та на незаконне заволодіння ним. В доктрині цивільного права такі порушення публічного порядку розглядаються як такі, що порушують основні засади державного правопорядку. Під дію цієї статті можуть також підпадати правочини, що суперечать моральним засадам суспільства, встановленим, наприклад, Законом України «Про захист суспільної моралі».

Відповідно до ч. 2 ст. 228, правочин, спрямований на зазначені порушення публічного порядку (антипублічний правочин) є нікчемними. При цьому законодавець не ставить визнання правочину антипублічним у безпосередню залежність від факту наявності в діях його учасника (учасників) наміру (умислу) на досягнення протиправної мети. Тому під дію ст. 228 мають підпадати, наприклад, усі правочини щодо об'єктів вилучених з цивільного обігу, незалежно від намірів їх учасників. У таких випадках їх дії спрямовані на незаконне заволодіння цими об'єктами. Водночас правомірне придбання зброї, інших речей з метою в майбутньому заподіяти шкоду іншим особам не може слугувати достатньою підставою для кваліфікації такого правочину за правилами ст. 228. Не передбачає ст. 228 також конкретних правових наслідків нікчемності антипублічного правочину та відсилочних норм до інших статей ЦК, які містять загальні правила про правові наслідки недійсності правочинів.

Як відомо, ЦК УРСР передбачав норми про недійсність угод укладених з метою, суперечною інтересам держави і суспільства (ст. 49). Так, згідно зі ст. 49 ЦК УРСР за угодою, укладеною з метою, завідомо суперечною інтересам соціалістичної держави і суспільства та за наявності умислу у обох сторін, все одержане ними за угодою стягується в доход держави, а в разі виконання угоди лише однією стороною з другої сторони стягується в доход держави все одержане нею і все належне з неї першій стороні на відшкодування одержаного. За наявності ж умислу лише у однієї сторони все одержане нею за угодою повинно бути повернуто другій стороні, а одержане останньою або належне їй на відшкодування виконаного стягується в доход держави.

Таким чином, правові наслідки, встановлені ст. 49 ЦК УРСР фактично мали усі ознаки «цивільно-правової конфіскації» (двосторонньої чи односторонньої), застосування якої можливе лише тоді, коли сторони (сторона) знали, що укладавана угода суперечить інтересам держави і суспільства. Тобто у разі відсутності такого суб'єктивного фактора як умисел сторони немає підстав для застосування цивільно-правової конфіскації, а відтак за відсутності умислу у обох сторін угода має визнаватися недійсною за правилами ст. 48 ЦК УРСР та з застосуванням передбачених нею правових наслідків у формі двосторонньої чи односторонньої (за наявності умислу у однієї сторони) реституції сторін.

Стаття 228 нового ЦК є певним аналогом ст. 49 ЦК 1963 р., оскільки встановлює нікчемність правочинів, спрямованих на порушення конституційних прав та свобод громадян та на порушення основ правопорядку в суспільстві. Однак, на відміну від ст. 49

ЦК 1963 р., у ст. 228 не визначені безпосередньо правові наслідки нікчемності «антипублічного правочину». За таких обставин можна вважати, що судом мають застосовуватися загальні правові наслідки, передбачені ст. 216 ЦК, зокрема, двостороння або одностороння реституція та відшкодування збитків. Між тим, історія розробки нового ЦК свідчить про те, що автори ст. 228, що має назву «Правові наслідки вчинення правочину, який порушує публічний порядок» та законодавці мали на меті встановити за вчинення такого правочину спеціальні санкції. Це припущення підтверджується аналізом обставин розробки і прийняття нового ЦК, адже в його Проекті в редакції у першому читанні від 5 червня 1997 р. закладалися правила про цивільно-правову конфіскацію у разі вчинення з умислом правочину, що порушує публічний порядок (ст. 218), що було цілком логічно з огляду на вимоги законодавчої техніки. Однак в ч. 2 ст. 228 ЦК передбачається лише нікчемність такого «антипублічного правочину», що дає підстави вважати про можливу наявність організаційно-технічних упущень при прийнятті ЦК.

Досліджувана проблема ускладнюється і тим, що ч. 1 ст. 208 Господарського кодексу України майже повністю відтворює зміст ст. 49 ЦК УРСР. Так, в ст. 208 ГК України зазначається : «Якщо господарське зобов'язання визнано недійсним як таке, що вчинено з метою, яка завідомо суперечить інтересам держави і суспільства, то за наявності наміру в обох сторін — у разі виконання зобов'язання обома сторонами — в доход держави за рішенням суду стягується все одержане ними за зобов'язанням, а у разі виконання зобов'язання однією стороною з другої сторони стягується в доход держави все одержане нею, а також все належне з неї першій стороні на відшкодування одержаного. У разі наявності наміру лише у однієї із сторін усе одержане нею повинно бути повернено другій стороні, а одержане останньою або належне їй на відшкодування виконаного стягується за рішенням суду в доход держави».

Таким чином, ч. 1 ст. 208 ГК майже повністю текстуально співпадає зі ст. 49 ЦК УРСР, незважаючи на її істотні вади, з тією різницею, що в ст. 208 визнається недійсним господарське зобов'язання, а не господарський договір чи інший правочин. Юридична некоректність цього положення є очевидною, адже недійсним має визнаватися договір як одна лише з підстав виникнення господарського зобов'язання. Це принципове правило було закріплене в ст. 48 ЦК УРСР, за якою могли визнаватися недійсними угоди, що не відповідають вимогам закону, а також в ст. 215 ЦК України, якою передбачається недійсність правочину. Тобто недійсною необхідно визнавати підставу виникнення зобов'язання.

У зв'язку з цим постає цілком закономірне питання про те, що можливо розробникам нового ЦК також доцільно було б зберегти в ньому норму ст. 49 ЦК УРСР, як це зробили розробники ГК? Однак аналіз практики застосування ст. 49 ЦК УРСР свідчить про наявність у її положеннях істотних вад.

Редакцію ст. 49 ЦК УРСР не можна визнати вдалою у зв'язку з відсутністю у її тексті конкретних критеріїв для класифікації угоди недійсною та застосування передбачених нею правових наслідків. Відповідно і в судовій практиці зміст цієї статті не набув чіткого тлумачення, у зв'язку з чим суди навіть в радянський період вкрай рідко визнавали недійсними угоди за правилами ст. 49 ЦК УРСР, вдаючись до застосування передбачених нею санкцій у тому разі, коли дії учасника недійсної угоди містили ознаки злочину. Тому позиція судів щодо застосування ст. 49 ЦК УРСР змінювалася залежно від соціально-політичної ситуації в країні. Наприклад, відповідно до п. 6 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про визнання угод недійсними» від 28 квітня 1978 р. у первісній його редакції ст. 49 ЦК УРСР поширюється на угоди, що порушують основні принципи соціалістичного суспільного ладу, зокрема, спрямовані на використання соціалістичної власності з корисливою метою, одержання громадянином нетрудових доходів або використання майна, що знаходиться у їх особистій власності або користуванні на шкоду інтересам суспільства, на відчуження землі або незаконне нею користування, розпорядження чи придбання всупереч встановленим правилам предметів, вилучених з обігу або обмежених в обігу.

Згідно з п. 6 постанови Пленуму в редакції від 25 грудня 1992 р. до цих угод мають належати угоди, які порушують основні принципи існуючого суспільного ладу, зокрема, спрямовані на використання всупереч закону колективної, державної або чиєїсь приватної власності з корисливою метою (та інші угоди, зазначені у первісній редакції п. 6 Постанови).

25 травня 1998 р. до п. 6 постанови Пленуму були внесені нові зміни, за якими дія ст. 49 ЦК УРСР має вже поширюватися зокрема, на угоди, спрямовані на використання всупереч закону колективної, державної або чиєїсь приватної власності з корисливою метою, приховування фізичними та юридичними особами від оподаткування доходів, використання майна, що знаходиться в їх власності або користуванні на шкоду правам, свободам і гідності громадян, інтересам суспільства, на незаконне відчуження землі або незаконне нею користування, розпорядження чи придбання всупереч встановленим правилам предметів, вилучених з обігу або обмежених в обі-

гу. Подібна позиція щодо тлумачення змісту ст. 49 ЦК УРСР була сформульована також в Роз'ясненнях Вищого арбітражного суду України «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з визнанням угод недійсними» від 12 березня 1999 р. (з наступними змінами). Однак Вищим господарським судом України 26 квітня 2002 р. до Роз'яснень від 12 березня 1999 р. були внесені істотні доповнення про те, що :

а) у разі визнання у встановленому порядку недійними установчих документів суб'єкта підприємницької діяльності або скасування його державної реєстрації у зв'язку із здійсненням відповідної реєстрації на підставі загубленого документа, що посвідчує особу, або на підставну особу—засновника суб'єкта підприємницької діяльності, укладені таким суб'єктом підприємницької діяльності угоди мають визнаватися недійсними згідно із статтею 49 ЦК УРСР незалежно від часу їх укладення;

б) якщо у встановленому порядку буде з'ясовано, що зміну носіїв корпоративних прав або продажу таких прав здійснено для укладання відповідним суб'єктом підприємницької діяльності угод з метою ухилення від сплати податків та інших обов'язкових платежів або легалізації коштів, набутих злочинним шляхом, суд має визнавати такі угоди недійсними за ознаками статті 49 ЦК УРСР.

Рекомендації Вищого господарського суду України дозволяли визнавати недійсними за ст. 49 (такі судові рішення можливі і нині щодо угод, укладених до введення в дію нового ЦК України) будь-які угоди суб'єктів підприємництва, незалежно від правової підстави визнання недійсними установчих документів, у тому числі і тоді, коли створення суб'єкта підприємництва не мало на меті укладання угод, суперечних інтересам держави і суспільства, та спрямованих на ухилення від сплати податків. Проте визнання установчих документів суб'єктів підприємництва недійсними не повинно бути само по собі фактом для автоматичної кваліфікації укладених ним угод за ст. 49 ЦК УРСР. На цю обставину певною мірою вже зверталася увага деякими авторами, на думку яких відсутність реєстрації сторони угоди в ЄДРПОУ, відсутність його реєстрації як платника податків, а також будь-які інші порушення при створенні юридичної особи не можуть розглядатися як достатня підстава для визнання нею угод недійсними за ст. 49 ЦК УРСР.

Положення зазначеної постанови Пленуму Верховного Суду України та Роз'яснення Вищого господарського суду України є такими, що дають підстави для занадто широкого тлумачення змісту ст. 49 ЦК УРСР і фактично містять ознаки нових правових норм, хоча

зазначені судові органи не можуть приймати нормативно-правові акти, а їх правові позиції мають лише рекомендаційний характер.

Аналіз наведеного дає підстави для висновку, що судова практика, незважаючи на впровадження ринкових реформ та демократизацію суспільних відносин, пішла шляхом широкого і довільного тлумачення ст. 49, чому сприяла також досить абстрактна конструкція її норм, яка не містила вичерпного чи орієнтовного переліку складу конкретних правопорушень закону учасників недійсної угоди. Останні кілька років цими вадами ст. 49 ЦК УРСР досить активно і не завжди коректно користувалися податкові органи.

Розбіжності між ЦК та ГК України у врегулюванні питань недійсності правочинів та господарських зобов'язань можуть призводити до конкуренції норм цих актів, а врешті і до їх довільного застосування судами. По-різному будуть тлумачити досліджувані норми як сторони правочину (господарського зобов'язання) та інші особи, у тому числі податкові органи, зацікавлені у визнанні їх недійсними з застосуванням або незастосуванням конфіскаційних майнових наслідків. Звичайно для сторін тих цивільно-правових правочинів, які не можуть бути кваліфіковані як господарсько-правові за Господарським кодексом, надзвичайно прийнятною є відсутність конфіскаційних санкцій за вчинення антипублічних правочинів, які вони можуть вчиняти завідомо знаючи про такі сприятливі для них правові наслідки.

У такій ситуації застосування ст. 208 ГК України буде супроводжуватися виникненням тих самих проблем, які мали місце у застосуванні судами ст. 49 ЦК 1963 р., обумовлені її вищенаведеними змістовними вадами. Однак найбільш ефективним засобом усунення можливих колізій між ЦК і ГК є внесення в них відповідних змін. Нині ж важливо не поширювати правила ст. 208 ГК на ті цивільні правочини, які не є господарськими.

Таким чином, цивільні правочини, які порушують публічний порядок є нікчемними відповідно до ст. 228 ЦК, що дає суду право застосувати до сторін правові наслідки, передбачені ст. 216 ЦК. В принципі такі правочини можуть бути визнані недійсними судом безпосередньо за правилами статей 215—216 ЦК як такі, що не відповідають загальним вимогам ст. 203 про чинність правочину.

Ті ж цивільні правочини, які водночас є господарсько-правовими і вчинені з метою, яка завідомо суперечить інтересам держави і суспільства також є такими, що порушують публічний порядок, але мають визнаватися недійсними за правилами ст. 208 ГК та із застосуванням передбачених нею конфіскаційних чи інших правових

наслідків. Це не буде суперечити ЦК, адже відповідно до ч. 3 ст. 216 правові наслідки, передбачені частинами 1 та 2 цієї статті застосовуються, якщо законом не встановлені особливі умови їх застосування або особливі правові наслідки окремих видів недійсних правочинів. Саме до таких законів належить ГК. Інша справа, що ст. 208 ГК має вищезгадані недоліки і не містить конкретних критеріїв для визнання того чи іншого правочину (за ГК — господарського зобов'язання) недійсним. За таких обставин можна керуватися положеннями ч. 1 ст. 228 ЦК, у якій такі критерії передбачені. При цьому звичайно ж мають бути відкориговані правові позиції з цього питання ВСУ та ВГСУ.

У науково-практичному коментарі до ГК положення про визнання господарських зобов'язань недійсними, на жаль, виявилися фактично не прокоментованими. У коментарі до ст. 207 ГК «Недійсність господарського зобов'язання» лише побіжно зауважено, що зобов'язаннями вчиненими з метою, яка завідомо суперечить інтересам держави і суспільства, є такі, які вчинені з метою ухилення від сплати податків, незаконне вивезення за кордон валютних коштів, матеріальних чи культурних цінностей, заподіяння руйнівних матеріальних збитків конкуренту тощо[1]. У такому коментарі важко віднайти логіку та зміст критеріїв для такого судження.

Можуть наступати певні правові наслідки правочину, який вчинено під впливом помилки. Так, в ч. 1 ст. 229 ЦК зазначено, що якщо особа, яка вчинила правочин, помилилася щодо обставин, які мають істотне значення, такий правочин може бути визнаний судом недійсним.

У наведеній статті закладено правові засади визнання недійсним правочину в якому має місце невідповідність між внутрішньою волею сторони правочину і її зовнішнім волевиявленням, спричинена не внутрішнім його психічним чи фізичним станом, а хибним (помилковим) сприйняттям обставин, обумовленим їх властивостями. У частині 1 ст. 229 розкривається також зміст помилки, яка може призвести до недійсності правочину.

Помилка — це неправильне сприйняття особою фактичних обставин правочину, що вплинуло на її волевиявлення, за відсутності якого можна було б вважати, що правочин не був би вчинений. Оскільки в цьому випадку волевиявлення особи не відповідає її справжньому наміру, такий правочин визнається недійсним. Причини помилки в цьому випадку ролі не грають. Так, помилка може виникнути внаслідок необачності або самовпевненості учасників

[1] Науково-практичний коментар Господарського кодексу України / За ред. В. К. Мамутова. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — С. 343—345.

правочину, невірного розуміння сторонами одна одної в ході переговорів, невірного тлумачення закону, дій третіх осіб тощо. Помилка є підставою для визнання недійсними правочинів як фізичних, так і юридичних осіб.

Помилку слід відрізняти від обману, який також є підставою для визнання правочину недійсним, однак наслідки такого правочину є дещо іншими (див. коментар до ст. 230). Навіть якщо помилка виникла внаслідок дій або бездіяльності іншої сторони правочину, такі дії або бездіяльність мають бути ненавмисними, інакше правочин вважатиметься таким, що вчинений під впливом обману.

Однак не будь-яка помилка може братися судом до уваги. Так, для визнання правочину недійсним як укладеного під впливом помилки необхідно, щоб помилка мала істотне значення. Під помилкою, що має істотне значення, ЦК розуміє помилку щодо природи правочину, прав та обов'язків сторін, таких властивостей та якостей речі, які значно знижують її цінність або можливість використання за цільовим призначенням. Дещо вужчою за своїм змістом була ст. 56 ЦК УРСР, згідно з якою угода, укладена внаслідок помилки, що мала істотне значення, може бути визнана недійсною за позовом сторони, яка діяла під впливом помилки. У цій статті не розкривався зміст предмета помилки. Однак цивілістична наука і судова практика сформулювали критерії кваліфікації угод за ст. 56 ЦК УРСР, які полягали у тому, що «під помилкою, що має істотне значення слід розуміти помилкове сприйняття предмета, змісту або суб'єкта угоди, тобто таку помилку, що призвела до укладення угоди» і також не може вважатися помилка в мотивах укладення угоди[1]. Згодом ці правові позиції знайшли своє закріплення в п. 11 постанови ПВСУ «Про судову практику у справах про визнання угод недійсними». Сформовані судовою практикою правові позиції щодо застосування ст. 56 ЦК УРСР зберігають певною мірою свою актуальність і нині, але з урахуванням особливостей ст. 229 нового ЦК.

Істотною є помилка, наслідки якої або взагалі не можна усунути, або для усунення яких сторона, що помилилася, має нести значні витрати. При вирішенні питання про істотне значення помилки за обставин, визначених у коментованій статті, потрібно виходити з істотності тієї чи іншої обставини для конкретної особи з урахуванням її становища, стану здоров'я, характеру діяльності, значення правочину тощо. При цьому за загальним правилом не має розцінюватися як помилка незнання сторонами правочину норм за-

[1] Цивільний кодекс Української РСР: Науково-практичний коментар. — К., 1971. — С. 64.

конодавства. Цивілістична доктрина радянського періоду допускала можливість визнання угоди недійсною за такою помилкою у виняткових випадках[1].

Мотив правочину — це обставини, у зв'язку з якими особа вчиняє правочин (купівля квартири, щоб жити поряд із родичами, придбання будівельної техніки для будівництва житлового будинку, тощо). За загальним правилом помилка щодо мотивів правочину не має істотного значення, крім випадків встановлених законом. Тому якщо родичі переїхали в інше місце або замовник будівництва змінив об'єкт забудови, правочин купівлі-продажу не може бути визнаний недійсним, оскільки волевиявлення особи відповідає її справжній волі (купити квартиру, придбати будівельну техніку).

Правочин, укладений внаслідок помилки, належить до оспорюваних правочинів. На відміну від ст. 56 ЦК УРСР, згідно з якою право на позов про визнання угоди, укладеної внаслідок помилки, мала особа, яка діяла під впливом помилки, ст. 229 нового ЦК такої норми не містить. Тому можна вважати, що з позовом про визнання правочину недійсним може звернутися і інша особа, права якої зачіпаються вчиненням цього правочину. Зазвичай на практиці позивачами виступатимуть переважно особи, які діяли під впливом помилки.

Основним наслідком визнання недійсним правочину, вчиненого внаслідок помилки, є двостороння реституція — повернення сторін до первісного стану (див. ст. 216). Додаткові майнові наслідки передбачені ч. 2 ст. 229 ЦК, яка передбачає, що якщо особа помилилася внаслідок власної недбалості (неналежно перевірила властивості речі, довірилася думці третьої особи тощо), то в разі визнання правочину недійсним вона має відшкодувати другій стороні завдані їй збитки. У випадку, якщо помилці сприяла винна (необережна) поведінка іншої сторони правочину, обов'язок відшкодувати збитки покладається на цю сторону. Якщо на помилку вплинули дії третіх осіб, збитки сторін відшкодуванню не підлягають.

Не може вважатися правомірним правочин, вчинений під впливом обману. Тому законодавець в ст. 230 ЦК закріпив правило про те, що якщо одна зі сторін правочину навмисно ввела другу сторону в оману щодо обставин, які мають істотне значення, такий правочин визнається судом недійсним.

Правочин, вчинений під впливом обману, належить до правочинів з вадами волі, оскільки у сторони, яка діяла під впливом обма-

---

[1] Цивільний кодекс Української РСР: Науково-практичний коментар. — К., 1971. — С. 64.

ну, внутрішня воля сформувалася невірно під впливом хибних відомостей про обставини правочину, спричинених діями інших осіб.

Під обманом слід розуміти навмисне введення в оману однією стороною правочину іншої сторони з метою вчинення правочину. Обман як підставу для визнання правочину недійсним слід відрізняти від помилки, що має істотне значення. Відмінності між цими правовими конструкціями полягають у такому. *Обман* — це певні винні, навмисні дії сторони, яка намагається запевнити іншу сторону про такі властивості й наслідки правочину, які насправді наступити не можуть. Помилка є результатом невірного уявлення про обставини правочину. При обмані наслідки правочину, що вчиняється, є відомими й бажаними для однієї зі сторін, тоді як при помилці обидві сторони можуть невірно сприймати обставини правочину. Встановлення наявності умислу у недобросовісної сторони ввести в оману другу сторону, щоб спонукати її до укладення правочину є неодмінною умовою кваліфікації недійсності правочину за ст. 230. Сам по собі факт продажу товару з недоліками, не зазначеними в договорі і про які продавець не знав, не дає покупцю право вимагати визнання договору недійсним. За таких обставин покупець може звертатися з позовом про розірвання договору, про застосування інших санкцій.

Невірне уявлення стосовно правочину, що вчиняється, яке сформувалося у сторони під впливом обману, стосується більш широкого кола обставин, ніж у випадку застосування ст. 229. Так, обман може стосуватися насамперед як елементів та обставин самого правочину, що мають істотне значення (природи правочину, прав та обов'язків сторін, таких властивостей речі, які значно знижують її цінність або унеможливлюють використання за цільовим призначенням), так і обставин, що знаходяться за межами елементів правочину, в тому числі мотиву й мети правочину. Наприклад, громадянин, який продає крадену річ, запевнюючи покупця у необхідності йому коштів на термінове лікування. Якщо б покупець знав про істинні мотиви правочину (збут краденого), договір не був би укладений.

Обман може відбуватися як у вигляді активної поведінки або повідомлення про будь-які обставини, яких насправді немає (повідомлення недостовірних відомостей про предмет договору, надання підробних документів про право власності на продавану річ, про право на вчинення такого правочину), так і у вигляді свідомого замовчування обставин, які можуть перешкодити укладенню правочину. Не можуть визнаватися недійсними за коментованою статтею правочини сторін, одна з яких обіцяла другій стороні допомогти у працевлаштуванні, навчанні, будівництві тощо, але таких обіцянок

не виконала. Суб'єктом введення в оману може бути як сторона правочину, так і третя особа, яка діяла з відома або на прохання сторони правочину. Якщо ж обман здійснений третьою особою за власною ініціативою, підстав для визнання правочину недійсним немає.

Загальним наслідком визнання недійсним правочину, укладеного внаслідок обману, є двостороння реституція, яка здійснюється за правилами ст. 216. Додаткові майнові наслідки передбачені ч. 2 ст. 230 ЦК, в силу якої потерпілому відшкодовуються збитки в подвійному розмірі та моральна шкода, що завдані у зв'язку із вчиненням такого правочину.

Правочин, вчинений особою проти її справжньої волі внаслідок застосування до неї фізичного чи психічного тиску з боку другої сторони або з боку іншої особи, визнається судом недійсним за наявності ознак, визначених у ст. 231 ЦК.

Іншими словами, правочин, вчинений під впливом насильства, може визнаватися недійсним внаслідок відсутності волі самої особи на вчинення правочину, а волевиявлення, яке має місце, відображає волю не самого учасника правочину, а волю будь-якої іншої особи, яка здійснює вплив на учасника правочину.

Під насильством у наведеній статті розуміється фізичний або психічний тиск на особу з метою примушення її до вчинення правочину. Насильство може мати будь-які прояви: фізичне насильство (катування, биття, заподіяння болі); психічне насильство (залякування, загроза вбивством, заподіянням тілесних ушкоджень самій особі або її близьким); насильство дією (викрадення дитини, пошкодження майна особи). Різновидом насильства може вважатися службовий вплив керівника на свого підлеглого з метою спонукати останнього до укладення правочину шляхом застосування дисциплінарних стягнень, звільнення, зниження винагороди, пониження в посаді тощо. Характерною рисою насильства є його незаконність, а також те, що воно є результатом активної поведінки винного. Найчастіше акт насильства становить собою кримінально карне діяння. Однак ст. 231 безпосередньо не пов'язує недійсність правочину з вчиненням лише кримінально-карних дій. Факт насильства для визнання правочину недійсним може встановлюватися також у цивільному процесі. Отже, насильство може і не підпадати під дію КК України, але воно завжди з позицій цивільного права є неправомірним.

Для визнання правочину недійсним як такого, що вчинений під впливом насильства, не обов'язково, щоб контрагент особисто здійснював насильство. Необхідно лише, щоб він знав про факт насиль-

ства і використав це на свою користь для примушення особи до вчинення правочину.

Правочин, який вчинено під впливом насильства, належить до оспорюваних правочинів. Крім загальних наслідків, передбачених ст. 216 ЦК, до таких правочинів застосовуються також спеціальні наслідки, передбачені ч. 2 ст. 231, згідно з якою винна особа, яка застосувала насильство, зобов'язана відшкодувати другій стороні збитки в подвійному розмірі, а також моральну шкоду, що завдані їй у зв'язку із вчиненням такого правочину. Із змісту ч. 2 ст. 231 можна дійти висновку, що збитки і моральна шкода мають відшкодовуватися фізичній особі як учаснику правочину, у тому числі тій, яка була представником юридичної особи. Якщо ж збитки будуть завдані і такій юридичній особі, вони також можуть бути відшкодовані, але вже за правилами деліктної відповідальності (глава 82 ЦК).

Підстава для визнання правочину недійсним, яка передбачена в ст. 232 ЦК, стосується лише тих правочинів, які вчиняються особою (фізичною або юридичною) не самостійно, а через представника. Представник, вчиняючи правочин, не виражає власну волю — його завдання полягає в тому, щоб донести до контрагента волю особи, яку він представляє, оскільки відповідно до ст. 237 ЦК представник зобов'язаний або має право вчинити правочин від імені другої сторони, яку він представляє. Але в силу зловмисної домовленості представника й контрагента воля довірителя не знаходить свого вираження, а підмінюється волею представника, який фактично вступає у змову з контрагентом з метою одержати власну чи обопільну вигоду або створити негативну ситуацію для довірителя, що і є підставою для визнання таких правочинів недійсними. При цьому виникає питання чи на усі види представництва поширюється дія ст. 232. Згідно зі ст. 237 представництво виникає на підставі договору, закону, акта органу юридичної особи та з інших підстав, встановлених актом цивільного законодавства. З цього приводу у науково-практичній юридичній літературі було висловлено дві протилежні точки зору. Одні коментатори ЦК вважають, що ст. 232 стосується лише договірного представництва[1], інші вважають, що ця стаття поширюється на усі види представництва[2]. Аналіз змісту ст. 232 дає підстави вважати, що її дія поширюється на договірне представництво, яке виникає на підставі договору доручення, адже ч. 2 ст. 232 надає право застосовувати відповідні правові наслідки лише «довірителю». Між тим, довіритель як учасник правочину

[1] Цивільний кодекс України: Коментар. — Х.: Одіссей. — 2003. — С. 232.

[2] Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар / За заг. ред. Я. М. Шевченко. — К., 2004. — Ч. 1. — С. 320.

фігурує у нормах ЦК, які регулюють договір доручення (ст. 1000). Зазвичай можна припустити, як це інколи робиться в літературі, що розробники мали на меті для договірного представництва визначити додаткові правові наслідки та загальні наслідки ст. 216, а для інших видів представництва — лише загальні наслідки ст. 216. Однак таке припущення може призводити до надто довільного тлумачення ст. 232. За таких обставин можна припустити і те, що розробники ЦК мали на меті поширити дію ч. 1 на усі види представництва, а в ч. 2 визначити додаткові правові наслідки для договірного представництва, та загальні для усіх видів представництва — відповідно до ст. 216 ЦК. Однак юридично більш коректно визнавати правочини, вчинені представником однієї сторони, представництво якого базується на інших правових підставах, внаслідок його зловмисної домовленості з другою стороною, недійсними безпосередньо на підставі ст. 215 ЦК із застосуванням правових наслідків, передбачених ст. 216 ЦК (наприклад, правочини, укладені опікуном), якщо інше прямо не передбачено законом. Наприклад, ч. 4 ст. 92 ЦК передбачено, що якщо члени органу юридичної особи, які відповідно до закону чи установчих документів виступають від імені юридичної особи, порушують свої обов'язки щодо представництва, вони несуть солідарну відповідальність за збитки, завдані юридичній особі.

Не можуть визнаватися недійсними за правилами ст. 232 ЦК правочини, вчинені представником з перевищенням повноважень, оскільки у разі їх несхвалення особою, яку він представляє, такі правочини породжують відповідні правові наслідки для самого представника, який набуває статус сторони правочину.

Важливо також відмежовувати представництво передбачене ст. 232 від інших суміжних правовідносин, які виникають, зокрема, на підставі комісійних договорів.

Слід враховувати, що орган юридичної особи (ст. 97), який діє одноособово, не підпадає під поняття представника, як воно випливає зі змісту ст. 237. У зв'язку з цим зазначена стаття не може застосовуватися у випадках, коли правочин вчиняється органом юридичної особи навіть всупереч інтересам юридичної особи. За такими правочинами мають наступати інші правові наслідки, наприклад, передбачені ч. 4 ст. 92 ЦК.

Словосполучення «зловмисна домовленість», що використовується в коментованій статті, явно підкреслює, що тут маються на увазі саме навмисні дії представника, тобто він усвідомлює, що вчиняє правочин всупереч інтересам довірителя, передбачає настання невигідних для довірителя наслідків та бажає (або свідомо допускає)

їх настання. За відсутності умислу у представника на відносини, що виникли, поширюються правила про договір доручення, а в разі перевищення представником повноважень — правила ст. 241 ЦК.

Наслідками визнання недійсним правочину, який вчинено в результаті зловмисної домовленості представника однієї сторони з другою стороною, крім загальних наслідків, передбачених ст. 216, є надання довірителю права вимагати від свого представника та другої сторони солідарного відшкодування збитків і моральної шкоди, що завдані йому у зв'язку із вчиненням такого правочину.

ЦК статтею 233 передбачає можливість визнання недійсними правочинів (договорів), вчинених особою під впливом тяжкої для неї обставини і на вкрай невигідних умовах. Такі правочини, які в цивілістичній науці одержали назву кабальних, мають ваду волі, оскільки їх формування здійснюється за таких обставин, за яких практично виключається нормальне формування волі, що змушує особу вчинити правочин на невигідних для себе умовах.

Під тяжкими обставинами кабального договору необхідно розуміти не будь-яке несприятливе матеріальне, фінансове, соціальне чи інше становище, а його крайні форми, наприклад, важка хвороба особи чи її близьких, смерть її годувальника, крайня нужденність сім'ї, загроза втратити заставлене житло, загроза банкрутства та інші обставини, для усунення чи пом'якшення яких необхідне термінове укладення правочину. Підставами визнання правочину, укладеним на вкрай невигідних умовах може слугувати, наприклад, надзвичайно низька винагорода, порівняно з ціною відчуженої речі, виконаної роботи, наданої послуги. Однак для кваліфікації правочину за ст. 233 необхідна обов'язкова наявність зазначених двох умов.

Кабальний правочин особа вчиняє добровільно (тут немає насильства), більше того, вона сама може бути ініціатором такого правочину, вона також усвідомлює, що вчиняє правочин на вкрай невигідних для себе умовах (тут нема помилки або обману), але вимушена це зробити під впливом тяжкої обставини.

На відміну від ЦК УРСР, який передбачав, що потерпілим суб'єктом кабального правочину міг бути лише громадянин, а з позовом про визнання правочину недійсним могли тільки потерпілий громадянин, державна чи громадська організація, чинний ЦК не містить обмежень як щодо суб'єктного складу таких правочинів, так і кола осіб, які можуть звертатися з вимогою про визнання правочину недійсним на підставі коментованої статті.

Правочин, визначений ст. 233, належить до оспорюваних правочинів, тобто може бути визнаний недійсним лише за позовом потерпілої сторони або іншої заінтересованої особи. Вищенаведена стаття

робить відсилку до ст. 216 для визначення наслідків визнання такого правочину недійсним у вигляді двосторонньої чи односторонньої реституції.

Закон покладає на контрагента, який скористався тяжкою обставиною, обов'язок відшкодувати другій стороні збитки й моральну шкоду, що завдані їй у зв'язку із вчиненням такого правочину. Для того щоб вважати особу такою, що скористалася тяжкою обставиною свого контрагента, достатньо встановити, що вона знала цю обставину та невигідність для другої сторони умов правочину. Якщо ж цього не буде встановлено, то у разі визнання кабального правочину недійсним мають застосовуватися загальні правові наслідки, передбачені ст. 216.

Правочин — це дія особи, спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Тому правочин, який вчиняється без наміру створити будь-які наслідки, визнається судом недійсним. ЦК (ст. 234) називає такі правочини фіктивними, на відміну від ЦК УРСР, в якому застосовувався термін «мнима угода».

Фіктивний правочин характеризується тим, що сторони вчиняють такий правочин лише для виду, знаючи заздалегідь, що він не буде виконаний. При вчиненні фіктивного правочину сторони мають інші цілі, ніж ті, що передбачені правочином. Причому такі цілі можуть бути протизаконними (наприклад, укладення громадянином договору дарування майна зі своїм родичем з метою приховання цього майна від конфіскації) або фіктивний правочин може взагалі не мати правової мети. Фіктивним може бути визнаний будь-який правочин, якщо він не має на меті встановлення правових наслідків, незалежно від того, в якій формі він вчинений, його нотаріального посвідчення та державної реєстрації.

Сам по собі факт невиконання сторонами умов правочину не робить його фіктивним. У постанові ПВСУ «Про судову практику в справах про визнання угод недійсними» цілком слушно було зазначено, що невиконання або неналежне виконання угоди не може бути підставою для визнання її недійсною і у цьому разі сторона вправі вимагати розірвання договору або застосування інших встановлених наслідків (п. 16). Викладена правова позиція стосується тих правочинів, сторони яких дійсно мали на меті досягти відповідного правового результату. Отже, позивач, який звертається з вимогою про визнання правочину фіктивним, має довести відсутність в учасників правочину наміру створити юридичні наслідки.

Для визнання правочину фіктивним ознака вчинення його лише для вигляду має бути властива діям обох сторін правочину. Якщо одна сторона діяла лише для вигляду, а інша — намагалася

досягти правового результату, такий правочин не можна визнати фіктивним.

У досліджуваній статті не передбачено коло осіб, які мають право звертатися з позовом про визнання фіктивного правочину недійсним. Це можуть зробити сторона фіктивного правочину або інші заінтересовані особи. Оскільки сторони не вчиняють жодних дій для здійснення фіктивного правочину, суд тільки приймає рішення про визнання такого правочину недійсним без застосування будь-яких інших наслідків (реституції). Якщо ж на виконання правочину було передано майно або майнові права, такий правочин не може бути кваліфікований як фіктивний.

Законодавець виділяє категорію удаваних правочинів. Відповідно до ст. 235 ЦК України удаваний правочин — це правочин, який вчинено сторонами для приховання іншого правочину, який вони насправді вчинили. Наприклад, укладається договір дарування з метою приховання договору купівлі-продажу для обходу переважного права учасників спільної часткової власності на купівлю частки, що продається; видається генеральна довіреність на автомобіль з правом його продажу з метою приховання договору купівлі-продажу для зменшення витрат зі сплати держмита). В даній ситуації існують два правочини: один удаваний, а інший — той, який сторони дійсно мали на увазі. Таким чином, удаваний правочин своєю формою нібито прикриває реальний правочин.

Закон прямо не передбачає недійсність удаваного правочину, а лише пропонує застосувати до відносин сторін норми, що регулюють той правочин, який сторони дійсно мали на увазі. Між тим, у судовій практиці висловлюється і інша правова позиція.

Так, Рішенням від 16. 03. 2005 р. господарського суду Сумської області, залишеним без змін постановою від 20 травня 2005 р. Харківського апеляційного господарського суду, позов відкритого акціонерного товариства «Липоводолинське підприємство «Агротехсервіс» до товариства з обмеженою відповідальністю «Агріка-2» про визнання недійсними договорів купівлі-продажу задоволено: визнані недійсними 52 договори купівлі-продажу рухомого майна з мотивів судової заборони на його відчуження, неналежного представництва, удаваності правочинів та застосовані реституційні наслідки.

Товариство з обмеженою відповідальністю «Агріка-2» звернулося до Вищого господарського суду України з проханням постанову скасувати з підстав неправильного застосування господарським судом статей 216 і 235 Цивільного кодексу України та ухвалити нове рішення.

Господарськими судами встановлено, що 8 червня 2004 р. між відкритим акціонерним товариством «Липоводолинське підприємство «Агротехсервіс» та товариством з обмеженою відповідальністю «Агріка-2» на Сумській то-

варній біржі були укладені 52 договори купівлі-продажу 52 одиниць сільськогосподарської техніки. На підставі цих договорів 19 червня 2004 р. ДАІ УМВС України зареєструвала транспортні засоби за покупцем.

Також господарськими судами встановлено, що 20 квітня 2004 р. між цими самими сторонами був укладений договір купівлі-продажу цієї ж сільськогосподарської техніки та акт її прийому-передачі.

Крім того, ухвалою від 26 травня 2004 р. господарського суду Сумської області порушено провадження про банкрутство позивача, введено мораторій на задоволення вимог кредиторів та заборонено цій особі відчужувати майно на користь фізичних та юридичних осіб.

Вищий господарський суд України у своїй постанові від 30.11.2005 р. відзначив, що за таких обставин господарські суди дійшли обґрунтованих висновків про те, що відкрите акціонерне товариство «Липоводолинське підприємство «Агротехсервіс» на час укладення договорів від 8 червня 2004 р. неправомірно продало майно товариству з обмеженою відповідальністю «Агріка-2» і зазначеними договорами приховувалася угода купівлі-продажу від 20 квітня 2004 р.

За змістом ст. 235 ЦК правочин, який вчинено з метою приховати інший правочин, є нікчемним і жодних правових наслідків не породжує, крім наслідків, передбачених ч. 2 цієї статті.

Водночас істотне значення для вирішення спору є факт порушення процедури банкрутства позивача та судової заборони відчуження його майна. За обставин чинності ухвали від 26 травня 2004 р. господарського суду Сумської області господарські суди дійшли правомірного висновку про задоволення позову.

Отже, з урахуванням меж перегляду справи в касаційній інстанції колегія суддів вважає, що під час розгляду справи фактичні її обставини були встановлені господарськими судами на підставі всебічного, повного і об'єктивного дослідження поданих доказів, висновки судів відповідають цим обставинам і їм дана належна юридична оцінка з правильним застосуванням норм матеріального і процесуального права.

З урахуванням наведеного, керуючись статтями 111^5, 111^7, 111^9, 111^{11} Господарського процесуального кодексу України, ВГСУ вирішив постанову від 20 травня 2005 р. Харківського апеляційного господарського суду залишити без змін, а касаційну скаргу товариства з обмеженою відповідальністю «Агріка-2» без задоволення[1].

Таким чином, ВГСУ безпосередньо визнав удаваний правочин недійсним, що прямо не випливає зі ст. 235 ЦК.

Удавані правочини можуть бути вчинені як без будь-яких протиправних намірів, так і з метою приховування незаконного правочину (наприклад, договір про спільну діяльність приховує договір суборенди майна, яку заборонено договором оренди або законом).

[1] Судова практика у справах господарського судочинства. — К.: Юрисконсульт, 2007. — С. 263—264.

За таких обставин, у разі встановлення факту неправомірності насправді вчиненого правочину удаваний правочин може бути визнаний недійсним на підставі ч. 1 ст. 215 ЦК, адже в ньому зовнішнє волевиявлення сторін не збігається з їх внутрішньою волею.

Однак останнім часом у судовій практиці стала формуватися правова позиція, згідно з якою у разі визнання правочину удаваним можуть застосовуватися правові наслідки, які прямо не передбачені законом.

Так, В. відповідно до проведеного аукціону придбала у ВАТ за договором купівлі-продажу від 26 грудня 2003 р. будівлю з жилими та нежилими приміщеннями. В грудні 2005 р. гр-ка Р. звернулася з позовом до суду про визнання договору купівлі-продажу недійсним в частині особи покупця В. на підставі ч. 2 ст. 58 ЦК УРСР.

На підтвердження своїх вимог Позивач посилалася на те, що між нею і Відповідачем В. була досягнута усна домовленість про придбання для Позивача на ім'я Відповідача будівлі, для чого вона передала 80 000 грн Відповідачу В. без письмового оформлення. Ці факти підтверджуються, на її думку, свідченнями свідків.

Рішенням Московського районного суду м. Харкова від 13 грудня 2007 р. на підставі статей 58, 60 ЦК УРСР 1963 р. договір купівлі-продажу будівлі було визнано удаваним та недійсним в частині особи покупця і переведено права і обов'язки покупця з Відповідача на Позивача.

Таке рішення суду є більш ніж сумнівним з огляду на наступне.

По-перше, суд за відсутності будь-яких письмових доказів щодо домовленості про придбання для Позивача Р. будівлі та передачі грошей всупереч положенням, зокрема ст. 46 ЦК УРСР (ст. 218 ЦК України), для підтвердження цих фактів взяв до уваги лише свідчення свідків.

По-друге, суд застосував правові наслідки у формі переведення прав і обов'язків з одного покупця на іншого, не передбачені законом щодо таких відносин.

По-третє, ст. 60 ЦК УРСР передбачала недійсність угоди в частині лише тоді, коли із змісту угоди випливає, що вона могла б бути укладена і без включення недійсної її частини. Цілком очевидним є факт, що без виключення недійсної частини угоди щодо особи покупця В. відсутні підстави стверджувати, що договір купівлі-продажу будівлі, покупцем якої стала як переможець аукціону В., міг би вважатися укладеним.

На жаль, ухвалою колегії суддів судової палати у цивільних справах апеляційного суду Харківської області від 4 червня 2007 р. та ухвалою колегії суддів Судової палати у цивільних справах Вер-

ховного Суду України від 20 грудня 2007 р. зазначене рішення було залишене в силі. Думається, було б доцільно, щоб з цього питання свою правову позицію сформулював Пленум Верховного Суду України.

Стаття 236 ЦК визначає загальне правило, за яким правочини як оспорювані, так і нікчемні, вважаються недійсними не з моменту встановлення або визнання цього факту судом, а з моменту його вчинення. Тобто судове рішення в цьому випадку має свого роду «зворотну силу». Тому правові наслідки, передбачені ст. 216 застосовуються як до дій учасників правочину, які вже були вчинені до моменту винесення судом рішення, так і можуть поширюватися на дії, які ще не були виконані одним з учасників правочину.

За таких обставин надзвичайно важливо правильно встановити момент вчинення правочину. Щодо правочинів-договорів, цей момент досить однозначно визначений в правових нормах. Так, відповідно до ст. 638 ЦК договір є укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору. За загальним правилом, моментом такого укладення є одержання особою, яка направила пропозицію укласти договір відповіді про прийняття цієї пропозиції, а якщо договір підлягає нотаріальному посвідченню або (та) державній реєстрації — момент нотаріального посвідчення або (та) державної реєстрації (ст. 640 ЦК). Крім того, є норма ст. 210 ЦК, згідно з якою усі правочини, які підлягають державній реєстрації, мають вважатися вчиненими з моменту такої реєстрації.

Особливий момент вчинення передбачений для реальних договорів, які вважаються укладеними з моменту передання певного майна або вчинення певної дії (ч. 2 ст. 640 ЦК).

Таким чином, саме до перерахованих моментів укладення договору має приурочуватись водночас момент визнання їх недійсними. Якщо ж такого укладення договору не відбулося, він має визнаватися неукладеним.

На відміну від ч. 1 ст. 236 ЦК, якою визначається загальне правило про недійсність нікчемних та оспорюваних правочинів з моменту їх вчинення, у ч. 2 цієї ж статті враховуються особливості застосування правових наслідків недійсності укладених правочинів, за якими передбачалися права та обов'язки на майбутній період і відповідно припиняється можливість настання їх у майбутньому. На практиці незначна частина правочинів виконується у момент їх вчинення. У переважної частини правочинів момент їх виконання віддалений у часі від моменту їх укладення, тобто у них права та обов'язки передбачені на майбутнє. У зв'язку з тим, що за таких обставин не наступив строк виконання нікчемного правочину і є

неможливим застосування реституції, у разі розгляду справи судом недійсність такого правочину призводить до припинення можливості настання передбачених ним прав і обов'язків у майбутньому. Правило ч. 2 ст. 236 стосується і тих правочинів, які укладаються під умовою, яка має настати (не настати) у майбутньому. У разі визнання правочину недійсним потреба у застосуванні ч. 2 ст. 236 може виникнути лише у тому разі, коли на момент судового розгляду не відбулося виконання умов правочину, а якщо таке відбулося, то правочин має вважатися недійсним з моменту його вчинення.

У ЦК УРСР також містилася ст. 59, якою визначався момент недійсності угоди. Так, відповідно до цієї статті передбачалося, що угода визнана недійсною з моменту її укладення, але якщо з самого змісту угоди випливає, що вона може бути припинена лише на майбутнє, дія угоди визнається недійсною і припиняється на майбутнє. Наведена норма лише на перший погляд є схожою з нормою ч. 2 ст. 236, а насправді зміст ст. 59 ЦК УРСР є дещо іншим, оскільки, по-перше, її редакція є такою, що не заперечує чинності угоди в тій частині, яка вже виконана, і до якої вже не можна застосовувати правові наслідки її недійсності, а по-друге, вона передбачає недійсною дію угоди і припинення її на майбутнє і безпосередньо не передбачає недійсність усього правочину.

В існуванні такої норми був юридичний сенс, адже є чимало договорів (договори майнового найму, договори перевезення, зберігання та інші договори про надання послуг), за якими ні фактично, ні юридично неможливо застосувати реституцію в частині виконаного. Така норма дозволяла судам припиняти дію частково виконаних договорів лише на майбутнє[1]. Однак положення нового ЦК про недійсність правочинів не містять принципових перешкод до застосування ч. 2 ст. 236 з урахуванням правових позицій попередньої судової практики.

На практиці може виникнути ситуація, за якої необхідно вирішити можливість визнання недійсним договору оренди, який на момент звернення до суду припинив свою дію.

Так, перший заступник військового прокурора Військово-Морських Сил України звернувся до господарського суду міста Севастополя з позовною заявою в інтересах держави в особі Фонду державного майна України до 1997-го відділення морської інженерної служби Чорноморського флоту Міністерства оборони Російської Федерації, Приватного підприємства «Азарт» про визнання недійсним договору оренди (суборенди) № 87 від 3 січня 2004 р.

[1] Див.: п. 3.2 Роз'яснень Президії ВАСУ «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з визнанням угод недійсними».

Ухвалою суду від 2 грудня 2005 р. в порядку ч. 1 ст. 24 Господарського процесуального кодексу України до участі у справі в якості відповідача залучено Міністерство оборони Російської Федерації. Ухвалою суду від 27 січня 2006 р. відносно 1997-го відділення морської інженерної служби Чорноморського флоту Міністерства оборони Російської Федерації провадження у справі припинено в порядку п. 1 ч. 1 ст. 80 Господарського процесуального кодексу України, у зв'язку з відсутністю статусу юридичної особи.

Рішенням господарського суду міста Севастополя від 27 січня 2006 р., залишеним без змін постановою Севастопольського апеляційного господарського суду від 23 березня 2006 р., в позові відмовлено. Судові акти мотивовані тим, що спірний договір не суперечить ні приписам національного законодавства України, ні міжнародним угодам України.

Не погоджуючись з рішенням та постановою по справі, Перший заступник військового прокурора Військово-Морських Сил України звернувся до Вищого господарського суду України з касаційним поданням, в якому просить їх скасувати, позов задовольнити.

Розглянувши касаційне подання ВГС України у своїй постанові від 8 червня 2006 р. зокрема зазначив, що відповідно до ч. 3 ст. 207 Господарського кодексу України, у разі, якщо за змістом зобов'язання воно може бути припинено лише на майбутнє, таке зобов'язання визнається недійсним і припиняється на майбутнє. Фактичне користування майном на підставі договору оренди, унеможливлює, в разі його недійсності, проведення між сторонами реституції, так як використання майна — «річ» безповоротна, і відновити сторони в первісне положення практично неможливо. Тому такий договір повинен визнаватися недійсним і припинятися на майбутнє.

Оскільки ж позовні вимоги зводилися лише до визнання недійсним договору, який вже припинив свою дію, і визнання його недійсним на майбутнє є неможливим, то судами правомірно відмовлено в позові[1].

[1] Судова практика у справах господарського судочинства. — К.: Юрисконсульт, 2007. — С. 324—327.

Глава 21

ЗАГАЛЬНІ ЗАСАДИ ДОГОВІРНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

§ 1. Поняття та форми цивільно-правової відповідальності

1. Цивільне право як система правових норм регулює майнові та особисті немайнові відносини, основані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності та широкій свободі їх учасників у визначенні своїх прав та обов'язків. В період переходу до ринкової економіки додержання порядку, дисципліни, умов прийнятих за договором зобов'язань набуває особливої ваги.

Цінність цивільного права полягає в тому, що воно у своїх нормах містить широкий арсенал засобів впливу на поведінку громадян та організацій через їхні інтереси і за допомогою інтересів. Одним із таких засобів впливу на майнові інтереси осіб є застосування до правопорушника майнових санкцій, зокрема цивільно-правової відповідальності.

Відповідно до ч. 1 ст. 611 ЦК у разі порушення зобов'язання настають наслідки, встановлені договором або законом, зокрема: 1) припинення зобов'язання внаслідок односторонньої відмови від зобов'язання, якщо це встановлено договором або законом, або розірвання договору; 2) зміна умов зобов'язання; 3) сплата неустойки; 4) вішкодування збитків та моральної шкоди.

Питання про суть санкції та її співвідношення з поняттям відповідальності залишається дискусійним як у літературі із загальної теорії права, так і в галузевих юридичних

науках. Зазначаючи, що санкція безпосередньо пов'язана з вимогою певної поведінки, яка міститься у правовій нормі, О. Е. Лейст писав: «У юридичному обов'язку відображено вимогу належної поведінки, а санкція — спосіб державного примусу до виконання (додержання) цієї вимоги, загроза примусом на випадок її порушення»[1].

Стосовно цивільно-правових відносин О. О. Красавчиков під санкцією розумів установлену законом міру майнових або інших правових невигідних для особи наслідків, яка застосовується в разі недодержання закону, невиконання прийнятих зобов'язань, заподіяння шкоди або за наявності інших передбачених законом підстав[2]. Так, санкцією в цьому розумінні є примус до виконання обов'язку в натурі (ст. 620 ЦК). У разі невиконання боржником обов'язку передати індивідуально-визначену річ у власність або в користування кредиторові останній має право вимагати відібрання цієї речі у боржника і передачі її йому, кредиторові, відповідно до умов зобов'язання.

Цивільно-правова відповідальність як різновид санкції — це покладення на правопорушника основаних на законі невигідних правових наслідків, які виявляються у позбавленні його певних прав або в заміні невиконаного обов'язку новим, або у приєднанні до невиконаного обов'язку нового додаткового[3]. В такому ж розумінні розглядає цивільно-правову відповідальність і В. Д. Примак, підкреслюючи при цьому і її спрямованість. На його думку, цивільно-правова відповідальність — це додатковий або новий щодо невиконаного обов'язок боржника—правопорушника за рахунок власного майна відновити порушений внаслідок невиконання чи неналежного виконання зобов'язання майновий стан кредитора (потерпілого) або компенсувати немайнові (моральні) втрати останнього[4].

Покладення на особу нових додаткових обов'язків як міри відповідальності має місце, зокрема, при пред'явленні до правопорушника вимог про відшкодування ним збитків або сплату неустойки (штрафу, пені). Наприклад, за договором поставки, укладеним строком на один рік, постачальник повинен здійснювати поставку покупцеві товарів рівномірно рівними щомісячними партіями. Якщо,

---

[1] *Лейст О. Е.* Санкции и ответственность по советскому праву: Теоретические проблеми. — М., 1981. — С. 23.

[2] *Красавчиков О. А.* Ответственность, меры защиты и санкции в советском гражданском праве // Проблеми гражданско-правовой ответственности и защиты гражданских прав. — Свердловск, 1973. — С. 13.

[3] *Иоффе О. С.* Ответственность по советскому гражданскому праву. — М., 1955. — С. 14.

[4] *Примак В. Д.* Цивільно-правова відповідальність юридичних осіб. — Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. — К., 2005. — С. 47.

приміром, протягом одного місяця (скажімо, квітня такого-то року) поставки товарів не було, непоставлена в цьому місяці кількість товарів підлягає поставці в наступному місяці поточного року за умови, що покупець у встановленому порядку не відмовився від прострочених поставкою товарів. За порушення умов договору щодо кількості поставки постачальник, крім того, повинен відшкодувати завдані покупцеві збитки (статті 22 і 623 ЦК) і сплатити неустойку, якщо вона передбачена договором. Отже, до основного обов'язку — допоставити товари — приєднуються нові додаткові обов'язки у вигляді відшкодування збитків або сплати неустойки.

Мірою цивільно-правової відповідальності є також втрата завдатку однією стороною або повернення його у подвійному розмірі другою стороною. Завдатком є грошова сума або рухоме майно, що видається однією з договірних сторін у рахунок належних з неї за договором платежів другій стороні на підтвердження зобов'язання і забезпечення його виконання (ч.1 ст. 570 ЦК). Якщо за невиконання договору відповідальною є сторона, яка дала завдаток, він залишається у другої сторони (кредитора). Коли ж за невиконання договору відповідальною є сторона, що одержала завдаток, вона повинна сплатити другій стороні подвійну суму завдатку, тобто повернути боржникові завдаток та додатково сплатити суму у розмірі завдатку або його вартості. На користь висновку про те, що завдаток є формою цивільно-правової відповідальності, свідчить правило (ч. 2 ст. 571 ЦК), за яким сторона, винна у порушенні зобов'язання, має відшкодувати другій стороні збитки в сумі, на яку вони перевищують розмір (вартість) завдатку, якщо інше не встановлено договором.

У зв'язку з цим слушною є думка І. Пучковської про те, що ст. 611 ЦК, котра перелічує правові наслідки порушення зобов'язання, слід доповнити таким наслідком, як втрата завдатку або його повернення і додаткова сплата суми в розмірі завдатку або його вартості[1].

І відшкодування збитків, і сплата неустойки, і втрата завдатку є додатковими (до основного) обов'язками, бо основний обов'язок боржника полягає у передачі речі, виконанні роботи, наданні послуг тощо, і він виконується на еквівалентних та оплатних засадах. Сплачуючи неустойку, втрачаючи завдаток або відшкодовуючи кредиторові заподіяні збитки, боржник не отримує від нього жодної компенсації, отже на боржника покладаються всі невигідні майнові наслідки порушення зобов'язання.

---

[1] *Пучковська І.* Неустойка і завдаток як види забезпечення виконання зобов'язання та міри цивільно-правової відповідальності // Вісник Академії правових наук України. — 2007. — №1 (48). — С. 158.

За ознакою примусу С. М. Братусь пропонував розмежовувати обов'язок, що виконується добровільно, і юридичний обов'язок, що виконується за допомогою державного примусу. На його думку, юридична відповідальність — це виконання обов'язку на основі державного або прирівняного до нього громадського примусу. Добровільне ж виконання обов'язку юридичною відповідальністю бути не може[1]. З такою думкою важко погодитись, бо в такому разі не визнаватиметься відповідальністю добровільна сплата боржником сум неустойки чи збитків, які він перерахував на користь кредитора платіжним дорученням, і, навпаки, відповідальністю вважатимуться примусове виконання добровільно невиконаного обов'язку (наприклад, відібрання речі у боржника).

Підкреслюючи, що обов'язок і відповідальність взаємопов'язані, А. М. Савицька правильно відзначала, що цей явний взаємозв'язок не може бути підставою для ототожнення їх у разі примусового виконання обов'язку, в основі якого лежить мета — реальне виконання зобов'язання. За допомогою примусу боржник вчиняє дії, які він добровільно не виконав, і таким чином досягається мета, яка ставилася при виникненні зобов'язання. Цивільна відповідальність виступає як засіб спонукання, стимулювання боржника добровільно виконати свій обов'язок. І якщо порівняти відповідальність і примусове здійснення добровільно невиконаного обов'язку, то останнє виступає як мета, а відповідальність — як засіб[2].

Від цивільно-правової відповідальності як покладення на правопорушника нового додаткового обов'язку або позбавлення суб'єктивного цивільного права слід відрізняти засоби оперативного впливу (оперативні санкції). Останні не відновлюють початкового майнового стану потерпілої сторони, а спрямовані на запобігання конкретним порушенням у майбутньому, виконують забезпечувальну функцію, мають запобіжний характер і можуть застосовуватись в оперативному порядку односторонньо управомоченою стороною без звернення до юрисдикційного органу. Так, якщо підрядник не приступає своєчасно до виконання договору або виконує роботу настільки повільно, що закінчити її до строку явно неможливо, замовник має право відмовитися від договору і вимагати відшкодування збитків (ч. 2 ст. 849 ЦК). Тут одностороння відмова замовника від договору є засобом оперативного впливу, а відшкодування збитків —

---

[1] *Братусь С. Н.* Юридическая ответственность и законность: Теоретические аспекты. — М., 1976.

[2] *Савицька А. М.* Суть цивільно-правової відповідальності // Юридична відповідальність. — Львів, 1975. — С. 5—6.

мірою цивільно-правової відповідальності підрядника за затримку виконання робіт за договором підряду.

Розглядаючи цивільно-правову відповідальність як підсистему у системі цивільно-правового впливу, І.С. Канзафорова до елементів цієї підсистеми відносить такі: 1) норми цивільного права, в яких відповідальність знаходить вираження; 2) принципи цивільно-правової відповідальності; 3) індивідуально-правові акти автономного характеру, які є персоніфікованими регламентаторами суспільних відносин; 4) порушення цивільних прав та обов'язків як підстава виникнення цивільних охоронних правовідносин; 5) цивільні, охоронні правовідносини. На цій основі авторка пропонує визначити цивільно-правову відповідальність як обумовлену особливостями предмета і методу цивільно-правового регулювання систему цивільно-правових засобів, за допомогою яких, з однієї сторони, забезпечується і гарантується захист цивільних прав та інтересів суб'єктів цивільного права, з іншої — здійснюється карально-виховний вплив на правопорушників.[1]

Значення цивільно-правової відповідальності розкривається через її функції. По-перше, встановлюючи обов'язок правопорушника відновити порушене право управомоченої особи, зокрема відшкодувати завдані їй збитки, інститут відповідальності виконує компенсаційну роль. По-друге, загроза застосування мір відповідальності покликана запобігати вчиненню правопорушення суб'єктами цивільних правовідносин, виховувати їх у дусі поваги до закону, до прав та інтересів інших осіб, неухильного виконання прийнятих на себе обов'язків. По-третє, як вид юридичної відповідальності цивільно-правова відповідальність є негативною реакцією держави на вчинене правопорушення, яка полягає в його осудженні суспільством і державою й, отже, є карою для правопорушника. По-четверте, застосування мір відповідальності до особи, яка порушує зобов'язання, може негативно позначитися на її матеріальному і фінансовому становищі, призвести до банкрутства господарюючого суб'єкта, а це є сигналом про неблагополучний стан організації і необхідність вжити заходів щодо його оздоровлення (наприклад, санації).

Ефективність цивільно-правової відповідальності залежить передусім від її застосування до конкретних осіб, винних у вчиненні цивільного правопорушення. Проте, керуючись принципом диспозитивності, властивим як цивільному праву в цілому, так і окремим його інститутам, зокрема інституту відповідальності, потерпіла сторона сама вирішує, застосовувати чи не застосовувати міри відпові-

[1] *Канзафарова І. С.* Теорія цивільного правової відповідальності.: Монографія. — Одеса: Астропринт, 2006. — С. 101—102.

дальності до правопорушника. Іншими словами, застосування майнових або немайнових санкцій, у тому числі відповідальності, за чинним законодавством є правом, а не обов'язком суб'єктів цивільних правовідносин. Це стосується і юридичних осіб, які самостійно вирішують питання щодо здійснення належних їм прав.

§ 2. Види договірної відповідальності

У цивільному законодавстві розрізняють види відповідальності за різними критеріями. Так, за підставами виникнення прав та обов'язків, за порушення яких встановлено відповідальність, вона поділяється на **договірну** і **позадоговірну**.

Договірною вважається відповідальність у формі відшкодування збитків, сплати неустойки, втрати завдатку або позбавлення суб'єктивного права за невиконання або неналежне виконання зобов'язання, яке виникло з договору. Наприклад, за поставку товарів, що виявилися недоброякісними (брак), постачальник сплачує покупцеві штраф у розмірі 20 відсотків від вартості цих товарів, повертає суму — вартість товарів, якщо вона була сплачена покупцем, а також відшкодовує витрати, яких зазнав покупець у зв'язку з проведенням експертизи, зберіганням, поверненням забракованих товарів постачальникові тощо. Така відповідальність є договірною, бо вона настає за порушення обов'язків, що основані на договорі поставки.

Позадоговірна (або недоговірна) відповідальність настає за вчинення протиправних дій однією особою щодо іншої за відсутності між ними договору або незалежно від наявних між ними договірних відносин. Вона настає за порушення обов'язку, встановленого законом або підзаконним актом, і найчастіше виражається у формі відшкодування збитків. Так, відповідно до ч. 1 ст. 1195 ЦК фізична або юридична особа, яка завдала шкоди каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я фізичній особі, зобов'язана відшкодувати потерпілому заробіток (дохід), втрачений ним внаслідок втрати чи зменшення професійної або загальної працездатності, а також відшкодувати додаткові витрати, викликані необхідністю посиленого харчування, санаторно-курортного лікування, придбання ліків, протезування, стороннього догляду тощо. У цьому разі відповідальність є позадоговірною, хоч потерпілий може перебувати із заподіювачем у трудових договірних відносинах, наприклад щодо зберігання речей.

У пункті 2 роз'яснення президії Вищого арбітражного (тепер господарського) суду України «Про деякі питання практики вирішення

спорів, пов'язаних з відшкодуванням шкоди» від 1 квітня 1994 р.[1] зверталася увага на необхідність відрізняти обов'язок боржника відшкодувати збитки, заподіяні невиконанням або неналежним виконанням зобов'язання, що виникло з договору, від позадоговірної шкоди, тобто від зобов'язання, яке виникло внаслідок заподіяння шкоди. Звичайно, можуть мати місце випадки, коли сторони перебувають у договірних відносинах, але заподіяння шкоди однією із сторін другій стороні не пов'язано з виконанням зобов'язання, що випливає з цього договору. За таких обставин, незалежно від наявності договору, при вирішенні спору слід керуватися главою 82 ЦК. За правилами про позадоговірну відповідальність здійснюється відшкодування шкоди, заподіяної внаслідок загибелі (смерті) чи ушкодження здоров'я пасажира під час користування транспортом, а також шкоди, заподіяної здоров'ю або майну споживача товарами (роботами, послугами) неналежної якості (статі 1209—1211 ЦК); ст. 16 Закону України «Про захист прав споживачів»[2].

У цивільно-правовому зобов'язанні з боку кредитора або боржника можуть діяти двоє або більше осіб. Залежно від розподілу прав та обов'язків між суб'єктами зобов'язання з множинністю осіб розрізняють **часткові** (пайові), **солідарні** та **додаткові** (субсидіарні) зобов'язання. Відповідальність за порушення цих зобов'язань теж буває частковою, солідарною або субсидіарною.

Часткове зобов'язання має місце тоді, коли в ньому беруть участь кілька кредиторів або кілька боржників і кожен із кредиторів має право вимагати виконання, а кожен з боржників повинен виконати обов'язок у рівній частці, якщо інше не встановлено договором або актами цивільного заколнодавства (ст. 540 ЦК). За часткової відповідальності кожна із зобов'язаних осіб відшкодовує збитки і сплачує неустойку пропорційно до розміру своєї частки спільного боргу.

Солідарні зобов'язання виникають тоді, коли вони передбачені договором, встановлені законом чи іншими правовими актами, зокрема при неподільності предмета зобов'язання. Якщо, приміром, у такому зобов'язанні є один кредитор і кілька боржників, то кредитор має право вимагати виконання як від усіх боржників разом, так і від кожного з них окремо, причому як повністю, так і в частині боргу. Не одержавши повного задоволення своїх вимог від одного із солідарних боржників, кредитор має право вимагати неодержане з решти солідарних боржників. Усі боржники залишаються зобов'язаними доти, доки зобов'язання не буде виконано повністю.

---

[1] **З**бірник офіційних документів Вищого арбітражного суду України. — С. 83—84.

[2] Відомості Верховної Ради України. — 2006. — №7. — С. 84.

Виконання солідарного зобов'язання повністю одним із боржників звільняє решту боржників від сплати боргу кредиторові (статті 543 і 544 ЦК). Отже, при порушенні солідарного обов'язку настає солідарна відповідальність, при якій кредитор може вимагати сплати неустойки або відшкодування збитків як від усіх боржників разом, так і від кожного з них окремо. Так, відповідно до ст. 554 ЦК за договором поруки у разі невиконання зобов'язання боржник і поручитель відповідають перед кредитором як солідарні боржники, якщо договором поруки не встановлено додаткову (субсидіарну) відповідальність поручителя. Причому поручитель відповідає в тому самому обсязі, як і боржник, зокрема відповідає за сплату основного боргу, відшкодування збитків, процентів, неустойки, якщо інше не встановлено договором поруки.

Субсидіарна (додаткова) відповідальність настає тоді, коли існують основне і додаткове до нього зобов'язання і обидва порушені.

Нові положення щодо субсидіарної відповідальності містить ст. 619 ЦК. До заявлення вимоги до особи, яка відповідно до закону, інших правових актів або умов зобов'язання несе відповідальність додатково до відповідальності іншої особи, що є основним боржником (субсидіарна відповідальність), кредитор повинен заявити вимогу до основного боржника. Якщо основний боржник відмовився задовольнити вимогу кредитора або кредитор не одержав від нього в розумний строк відповіді на заявлену вимогу, ця вимога в повному обсязі може бути заявлена до особи, яка несе субсидіарну відповідальність. Кредитор не має права вимагати задоволення своєї вимоги до основного боржника від особи, яка несе субсидіарну відповідальність, якщо ця вимога може бути задоволена шляхом зарахування зустрічної вимоги до основного боржника або безспірного стягнення коштів з основного боржника. Особа, яка несе субсидіарну відповідальність, повинна до задоволення вимоги, пред'явленої їй кредитором, попередити про це основного боржника, а якщо до цієї особи вчинено позов, — подати клопотання про залучення основного боржника до участі у справі. Інакше основний боржник має право висунути проти регресної вимоги особи, що відповідає субсидіарно, заперечення, які він мав проти кредитора.

За загальним правилом, цивільне законодавство передбачає обов'язок боржника (заподіювача) перед кредитором (потерпілим) відшкодувати збитки у повному обсязі. Це стосується як витрат, що їх зробив кредитор, втрат або пошкодження його майна, так і неодержаних кредитором доходів, які б він одержав, якби боржник виконав зобов'язання (ст. 22 ЦК). Відповідальність у цих випадках вважається повною. За окремими видами зобов'язань законодав-

ством може бути встановлена обмежена відповідальність за невиконання або неналежне виконання зобов'язань. Так, згідно з ч. 3 ст. 13 Закону України «Про транспорт»[1] підприємства транспорту відповідають за втрату, нестачу, псування або пошкодження прийнятого до перевезення вантажу або багажу у розмірі фактичної шкоди. Отже, неодержані доходи у цих зобов'язаннях не відшкодовуються.

Але в умовах переведення економіки на ринкові засади не можна вважати нормальним такий стан у законодавстві, коли принцип повного відшкодування збитків при порушенні зобов'язань не здійснюється з потрібною послідовністю в усьому ланцюзі господарських зв'язків, а обмежується лише окремими його ланками.

За новим ЦК повне відшкодування збитків набуває ширшого застосування. За загальним правилом, закріпленим у ч. 2 ст. 552 ЦК, сплата (передання) неустойки не позбавляє кредитора права на відшкодування збитків, завданих невиконанням або неналежним виконанням зобов'язання. Це правило дозволяє управомоченій стороні, по-перше, застосовувати до правопорушника одночасно дві міри цивільно-правової відповідальності за одне і теж порушення зобов'язання (збитки і неустойку), а по-друге, на свій розсуд вирішувати питання, чи вимагати від боржника відшкодування збитків, якщо за порушення зобов'язання вже стягнуто неустойку (принцип диспозитивності).

Але з наведеного загального правила зроблено винятки у ст. 624 ЦК, яка передбачає чотири варіанти співвідношення збитків і неустойки. За характером такого співвідношення розрізняють чотири види неустойки, які в літературі дістали назви штрафної (сукупної), залікової, виключної та альтернативної неустойок.

Загальною за ЦК (ч. 1 ст. 624) тепер є **штрафна**, або **сукупна**, неустойка, коли за порушення зобов'язання одночасно у повному розмірі може бути стягнено і неустойку, і збитки. Запровадження, як загальної, штрафної неустойки свідчить про посилення майнової відповідальності сторін, зокрема суб'єктів підприємництва, за порушення зобов'язань, оскільки за одне порушення застосовується дві різні форми відповідальності.

Якщо договором передбачено обов'язок відшкодувати збитки лише в тій частині, в якій вони не покриті неустойкою (ч. 2 ст. 624 ЦК), така неустойка називається заліковою (за ч. 1 ст. 232 ГК вона є основною). Оскільки для вимог щодо стягнення неустойки встановлено скорочену позовну давність (1 рік) — за підпунктом 1 частини 2 ст. 258 ЦК; шість місяців — за ч. 6 ст. 232 ГК), а щодо відшкодування збитків — загальну позовну давність (3 роки — за ст. 257 ЦК), у

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

господарській практиці виходять з того, що кредитор не може покласти на боржника суму збитків у тій частині, в якій вони покриваються заліковою неустойкою, якщо для стягнення неустойки вже сплинув строк позовної давності.

Договором може бути встановлено стягнення неустойки без права на відшкодування збитків (альтернативна неустойка). І за виключної, і за альтернативної неустойки відповідальність боржника за порушення зобов'язання є по суті обмеженою. Співвідношення неустойки і збитків може братись до уваги судом і тоді, коли йдеться про зменшення розміру неустойки за рішенням суду. Так, відповідно до п. 3 ст. 551 ЦК розмір неустойки може бути зменшений за рішенням суду, якщо він значно перевищує розмір збитків, та за наявності інших обставин, які мають істотне значення.

§ 3. Умови (підстави) договірної відповідальності

Цивільно-правова відповідальність є негативним для порушника наслідком вчиненого ним правопорушення. Юридичною підставою такої відповідальності є закон, а фактичною — склад цивільного правопорушення. Вона настає за наявності таких умов:

1) протиправної поведінки (дії чи бездіяльності) особи;

2) шкідливого результату такої поведінки (шкоди);

3) причинного зв'язку між протиправною поведінкою і шкодою;

4) вини особи, яка завдала шкоду.

Перші три умови (протиправність, шкода, причинний зв'язок) є об'єктивними, а четверта (вина) — суб'єктивною підставами цивільно-правової відповідальності.

Протиправною вважається така поведінка особи, яка порушує приписи закону чи іншого нормативного акта або виявилася у невиконанні чи неналежному виконанні договірного зобов'язання. Протиправність поведінки боржника або кредитора полягає в порушенні договірного зобов'язання. Відповідно до ст. 610 ЦК порушенням зобов'язання є його невиконання або неналежне виконання, тобто виконання з порушенням умов, визначених змістом зобов'язання. Одним із видів порушення зобов'язання є прострочення боржника або кредитора. Судити про прострочення боржника або кредитора можна тоді, коли порівняти встановлені законом чи договором послідовність і строки виконання сторонами своїх обов'язків і фактичну наявність (або відсутність) такого виконання у визначений час.

Боржник вважається таким, що прострочив, якщо він не приступив до виконання зобов'язання або не виконав його у строк, встановлений договором або законом. Прострочення боржника не настає, якщо зобов'язання не може бути виконане внаслідок прострочення кредитора (частини 1 і 4 ст. 612 ЦК, ч. 1 ст. 220 ГК). Кредитор вважається таким, що прострочив, якщо він відмовився прийняти належне виконання, запропоноване боржником, або не вчинив дій, які встановлені договором, актами цивільного законодавства чи випливають із суті зобов'язання або звичаїв ділового обороту, до вчинення яких боржник не міг виконати свого обов'язку. Якщо кредитор не вчинив дій, до вчинення яких боржник не міг виконати свій обов'язок, виконання зобов'язання може бути відстрочене на час прострочення кредитора (частини 1 і 2 ст. 613 ЦК, частини 1 і 3 ст. 221 ГК).

Шкода — друга неодмінна умова цивільно-правової відповідальності у формі відшкодування збитків. Під шкодою розуміють зменшення або втрату (загибель) певного особистого чи майнового блага. Залежно від об'єкта правопорушення розрізняють майнову або немайнову (наприклад, моральну) шкоду.

Грошовий вираз майнової шкоди називають ще збитками. У ЦК 1963 р. про відшкодування збитків як спосіб захисту цивільних прав йшлося у ч. 1 ст. 6, але питання про структуру збитків, умови та порядок стягнення їх вирішувались у нормах зобов'язального права. Зокрема, в ч. 2 ст. 203 ЦК під збитками розумілись витрати, зроблені кредитором, втрата або пошкодження його майна, а також неодержані кредитором доходи, які б він одержав, якби боржник виконав зобов'язання. Проте проблема відшкодування збитків виникає не лише при невиконанні чи неналежному виконанні зобов'язань, а й при порушенні інших прав та обов'язків (особистих немайнових, інтелектуальної власності тощо). Ось чому правила про відшкодування збитків і компенсацію моральної шкоди закріплені серед основних положень Книги 1 (Загальні положення) ЦК.

Відповідно до ст. 22 ЦК особа, якій заподіяно збитків у результаті порушення її цивільного права, має право на їх відшкодування. Збитками вважаються: 1) втрати, яких особа зазнала у зв'язку зі знищенням або пошкодженням речі, а також витрати, які особа зробила або мусить зробити для відновлення свого порушеного права (реальні збитки); 2) доходи, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було порушено (упущена вигода). Збитки відшкодовуються у повному обсязі, якщо законом або договором не передбачено відшкодування у меншому або більшому розмірі. Якщо особа, що порушила право, одержала завдяки

цьому доходи, то розмір збитків, які відшкодовуються потерпілій особі у зв'язку з неодержанням нею доходів, не може бути меншим від доходів, що їх одержав порушник права. На вимогу особи, якій завдано шкоди, та відповідно до обставин справи майнова шкода може бути відшкодована і в іншій спосіб, зокрема, шкода, завдана майну, може відшкодовуватись в натурі (передання речі того самого роду та тієї самої якості, полагодження пошкодженої речі тощо). Чинне законодавство окремо не передбачає обов'язку боржника відшкодувати кредиторові збитки, пов'язані з інфляцією. У роз'ясненні президії Вищого арбітражного суду України «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з відшкодуванням збитків, завданих невиконанням або неналежним виконанням зобов'язань за договором поставки» (нині — господарського) від 30 березня 1995 р. рекомендувалося при вирішенні спорів виходити з того, що відшкодуванню підлягають фактичні збитки (прямі та упущена вигода), розмір яких залежить від умов інфляції. Однак у кожному конкретному випадку позивач має довести, наскільки існуюча інфляція вплинула на розмір заподіяних збитків і яких заходів він уживав до їх зменшення[1].

Щоб стягнути з правопорушника зазнані збитки, потерпіла особа має довести їх наявність і розмір. Відповідно до пунктів 2—4 ст. 623 ЦК розмір збитків, завданих порушенням зобов'язання, доводить кредитор. Якщо інше не передбачено законом, іншими правовими актами або договором, під час визначення збитків беруться до уваги ринкові ціни, що існували на день добровільного задоволення вимоги кредитора у місці, де зобов'язання має бути виконано, а якщо вимога не буде задоволена добровільно, — у день пред'явлення позову. Суд може задовольнити вимогу щодо відшкодування збитків, беручи до уваги ринкові ціни, що існували на день ухвалення рішення. Під час визначення неодержаних доходів (упущеної вигоди) враховуються вжиті кредитором заходи для їх одержання.

У постанові Вищого господарського суду України від 27 жовтня 2005 р. у справі № 24/64 зазначено, що при обрахуванні розміру упущеної вигоди мають враховуватись тільки ті точні дані, які безспірно підтверджують реальну можливість отримання грошових сум або інших цінностей, якби зобов'язання було виконано боржником належним чином. Нічим не підтверджені розрахунки кредитора про можливі доходи до уваги братися не повинні. Розмір упущеної вигоди повинен визначатися з урахуванням часу, протягом якого тривали протиправні дії відповідача, розумних витрат на отримання доходів, які поніс би кредитор, якби не відбулося порушення права.

[1] Збірник офіційних документів Вищого арбітражного суду України. — С. 129.

Обґрунтування і доказування розміру збитків здійснюється кредитором. Така вимога обумовлена основною спрямованістю цивільно-правової відповідальності саме на відшкодування збитків.[1]

До складу збитків, які підлягають відшкодуванню особою, що порушила зобов'язання, зокрема у сфері господарювання, включаються і додаткові витрати (штрафні санкції, сплачені іншим суб'єктам, вартість додаткових робіт, додатково витрачених матеріалів тощо), понесені стороною, яка зазнала збитків внаслідок порушення зобов'язання другою стороною (ч. 1 ст. 225 ГК). Але слід мати на увазі, що перекласти на порушника можна лише санкції (неустойку), які сплачені кредитором іншим особам за порушення саме цивільно-правових зобов'язань, а не обов'язків, які випливають із адміністративних, фінансових, інших правовідносин. Так, у сфері зовнішньоекономічних відносин вітчизняний суб'єкт господарювання не має права вимагати від іноземного учасника договору відшкодування пені, сплаченої ним у бюджет за рішеннями податкових органів за несвоєчасне надходження в Україну сум виручки за поставлені товари, виконані роботи або надані послуги (Закон України від 23 вересня 1994 р. «Про порядок розрахунків в іноземній валюті»). Сплати зазначеної пені як фінансової санкції вітчизняний учасник зовнішньоекономічного договору міг би уникнути, якби своєчасно, тобто до спливу 90 днів з моменту настання обов'язку щодо оплати товарів, пред'явив у відповідному органі (наприклад, за наявності відповідного застереження у договорі — в Міжнародному комерційному арбітражному суді при Торгово-промисловій палаті України) позов до іноземного контрагента про стягнення вартості неоплачених товарів.

Так, у справі за позовом українського ТОВ до російського ТОВ про стягнення 864701,72 російського рубля, у т. ч. 390 тис. рос. руб. штрафних санкцій і 302051,72 рос. руб. збитків Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України відмовив у вимозі позивача покласти на відповідача суму 140306,29 рос. руб. збитків, заподіяних позивачеві у зв'язку зі сплатою в бюджет України штрафних санкцій, нарахованих податковими органами за несвоєчасне надходження на рахунок позивача валютної виручки. У своєму рішенні МКАС при ТПП України зазначив, що в силу ст. 77 Віденської конвенції про договори міжнародної купівлі-продажу товарів сторона, яка посилається на порушення договору, повинна вжити таких заходів, які є розумними при даних обставинах для зменшення шкоди. Аналогічна норма міститься і в ст. 226 ГК. Статтею 4 Закону України «Про порядок розрахунків в іноземній

[1] Вісник господарського судочинства. — 2006. — №1. — С. 103.

валюті» передбачено, що при прийнятті МКАС при ТПП України позовної заяви резидента про стягнення з нерезидента валютної заборгованості нарахування пені за ненадходження валютної виручки зупиняється і пеня за цей період не сплачується. Отже, своєчасно звернувшись в Арбітражний суд за захистом порушених прав, позивач мав можливість відвернути ці збитки, однак цього не зробив[1].

Звичайно, визначити розмір збитків, завданих порушенням цивільних прав, особливо неодержаних доходів, на практиці не завжди легко можна здійснити. Навіть у тих сферах договірних відносин, де майнова відповідальність не обмежена, пред'явлення вимог до винних контрагентів про повне відшкодування збитків за порушення зобов'язань, на жаль, нечасте явище у господарській та судовій практиці. Це зумовлено, зокрема, відсутністю апробованих методик щодо підрахунку збитків, якими могли б керуватися працівники юридичних служб підприємств, інших суб'єктів господарювання в обґрунтуванні вимог про відшкодування збитків. Для того щоб договірно-правова і претензійно-позовна робота були дієвим інструментом у взаємовідносинах господарюючого суб'єкта з його контрагентами, необхідно налагодити у всіх підрозділах чіткий облік виконання зобов'язань як його контрагентами, так і самим суб'єктом підприємництва.

Порушення особистих і майнових прав може спричинити виникнення у потерпілої особи моральної (немайнової) шкоди. Відповідно до ст. 23 ЦК особа має право на відшкодування моральної шкоди, заподіяної внаслідок порушення її прав. Моральна шкода полягає, зокрема, у приниженні честі, гідності, а також ділової репутації фізичної або юридичної особи. Як зазначив Вищий господарський суд України у п. 1 роз'яснення від 22 лютого 1996 р. (в редакції від 31 травня 2001 р. № 02-5/95), моральною шкодою юридичної особи визнається шкода, заподіяна організації порушенням її законних немайнових прав. Посягання на немайнові права юридичної особи може спричинити негативні наслідки: приниження репутації в суспільстві, формування негативної оцінки її як суб'єкта цивільних правовідносин, і, як результат, — зменшення кількості контрагентів, споживачів тощо, а отже, і майнові витрати. Порушення договірних зобов'язань суб'єктами підприємництва теж може призвести до виникнення моральної шкоди. Так, відповідно до ст. 1076 ЦК за договором банківського рахунка банк гарантує таємницю банківського рахунка, операцій за рахунком і відомостей про клієнта. У разі роз-

[1] Практика МКАС при ТПП Украины. Внешнеэкономические споры / Под общ. ред. И. Г. Побирченко. — К.: Праксис, 2006. — С. 432—439.

голошення банком відомостей, що становлять банківську таємницю, клієнт має право вимагати від банку відшкодування завданих збитків та моральної шкоди.

Моральна шкода, завдана фізичній або юридичній особі неправомірними рішеннями, діями чи бездіяльністю іншої особи, відшкодовується за нормами про позадоговірну відповідальність (статті 1167 і 1168 ЦК). Оскільки відшкодування моральної шкоди є одним із загальних способів захисту цивільних прав та інтересів (ст. 16 ЦК), а положення ст. 23 ЦК теж є нормами загальної дії і не пов'язують таке право із закріпленням його у спеціальних нормах законодавства, слід визначити обґрунтованим висновок про те, що право на відшкодування моральної (немайнової) шкоди виникає внаслідок порушення права особи незалежно від наявності спеціальних норм цивільного законодавства.[1]

Однією з необхідних умов цивільно-правової відповідальності є наявність безпосереднього причинного зв'язку між протиправною поведінкою правопорушника і збитками потерпілої сторони. Мається на увазі, що протиправна дія або бездіяльність заподіювача є причиною, а збитки, що виникли у потерпілої особи, — наслідком протиправної поведінки правопорушника.

Для покладення відповідальності за цивільне правопорушення, крім вищезазначених трьох об'єктивних умов — протиправності, збитків і причинного зв'язку, за загальним правилом, необхідна ще одна умова — вина заподіювача.

У статті 614 ЦК вина розглядається окремо як умова (підстава) відповідальності за порушення зобов'язання. Особа, яка порушила зобов'язання несе відповідальність за наявності її вини (умислу чи необережності), якщо інше не встановлено договором або законом.

Закон не містить визначення поняття вини. У літературі з цивільного права вина зазвичай розглядається як психічне ставлення особи до своєї протиправної поведінки та її наслідків. Однак запропоноване й інше розуміння вини, яке ґрунтується на положеннях ст. 614 ЦК, як невжиття особою усіх залежних від неї заходів щодо належного виконання обов'язку. Тому особа є невинною, якщо вона доведе, що вжила усіх залежних від неї заходів щодо належного виконання зобов'язання.

У цивільному праві діє припущення (презумпція) вини особи, яка вчинила правопорушення. Відсутність вини доводить особа, яка порушила зобов'язання (ч. 2 ст. 614 ЦК).

---

[1] Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. — 2-е вид., перероб. і доп. / За ред. О. В. Дзери (пер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. — К.: Юрінком Інтер, 2006. — Т. 1. — С. 54 (автор комент. — С. І. Шимон).

Так, рішенням Вищого арбітражного суду України, прийнятим у справі № 20/5 за позовом НВО «Петрозаводскбуммаш» до Маріупольського металургійного комбінату про стягнення 175 597 крб. неустойки за недопоставку металопродукції у позові було відмовлено, оскільки недопоставка сталася з причин, які не залежали від відповідача. Маріупольський металургійний комбінат надав докази того, що він не був забезпечений сировиною, необхідною для виробництва продукції (кокс, концентрат, аглоруда). Вжиті відповідачем заходи з придбання переліченої сировини і заготовок, у т. ч. звернення до Міністерства металургії, постачальників сировини, частина яких перебуває на території Російської Федерації, позитивних результатів не дали. У зв'язку з неможливістю виготовлення і поставки продукції з причини незабезпеченості сировиною відповідач не раз повідомляв про це позивача, просив його вжити відповідних заходів. За таких обставин арбітражний суд обґрунтовано зробив висновок про відсутність вини відповідача у недопоставці продукції.

У коментарі до цієї справи зазначається, що при вирішенні питання про вину слід виходити з того, що підприємство повинно вживати всіх необхідних заходів для безумовного і належного виконання своїх зобов'язань перед іншою стороною. При цьому, за загальним правилом, обставинами, які звільняють від відповідальності за невиконання зобов'язання, не вважаються посилання на відсутність чи недоліки обладнання, робочої сили, технічної документації, а також те, що зобов'язання не було виконано з вини інших постачальників, які не поставили матеріали та сировину, потрібну для виготовлення продукції за договором. Лише у виняткових випадках, коли є докази, що сторона, яка не виконала зобов'язання, зробила все від неї залежне, щоб виконати зобов'язання, вона може бути звільнена від відповідальності[1].

Окремі суперечності зустрічаються і в самих кодексах. Взяти, наприклад, питання щодо підстав відповідальності за порушення зобов'язань. Так, відповідно до ч. 1 ст. 218 ГК підставою господарсько-правової відповідальності учасника господарських відносин є вчинене ним правопорушення у сфері господарювання. А далі в ч. 2 цієї самої статті зазначено, що «учасник господарських відносин відповідає за невиконання або неналежне виконання господарського зобов'язання чи порушення правил здійснення господарської діяльності, якщо не доведе, що ним вжито усіх залежних від нього заходів для недопущення господарського правопорушення». Тобто в цьому положені стверджується презумпція вини особи, яка не виконала чи неналежно виконала господарське зобов'язання. Це поло-

[1] Збірник рішень та арбітражної практики Вищого арбітражного суду України. — 1994. — № 1. — С. 92—94.

ження співзвучне з нормами, що закріплені в частинах 1 і 2 ст. 614 ЦК, відповідно до яких особа, яка порушила зобов'язання, несе відповідальність за наявності її вини (умислу чи необережності), якщо інше не встановлено договором або законом. Особа є невинуватою, якщо вона доведе, що вжила всіх залежних від неї заходів щодо належного виконання зобов'язання. Відсутність своєї вини доводить особа, яка порушила зобов'язання.

Однак уже в наступному, за зазначеним вище, реченні в ч. 2 ст. 218 ГК стверджується, що «у разі, якщо інше не передбачено законом або договором, суб'єкт господарювання за порушення господарського зобов'язання несе господарсько-правову відповідальність, якщо не доведе, що належне виконання зобов'язання виявилося неможливим внаслідок дії непереборної сили, тобто надзвичайних і невідворотних обставин за даних умов здійснення господарської діяльності». Тобто цим положенням уже заперечується попереднє (про відповідальність за наявності вини правопорушника), бо лише дія непереборної сили може в цьому разі звільнити правопорушника від відповідальності за порушення господарського зобов'язання, отже, відповідальність його може настати і без вини.

У ст. 614 ЦК названо дві форми вини — умисел і необережність, хоч критерії для їх розмежування в кодексі не наведені. Необережність, у свою чергу, розрізняється або як легка, або як груба необережність залежно від ступеня нехтування винною особою своїми обов'язками за зобов'язанням з урахуванням конкретних обставин справи. За загальним правилом, обсяг відповідальності особи за порушення нею зобов'язання не залежить від форми її вини (умисел чи необережність), тобто збитки відшкодовуються у повному обсязі незалежно від того, чи діяла особа навмисно, чи необережно. Проте, окремою нормою закону може бути передбачено, що відповідальність особи настає лише за наявності грубої необережності в діях правопорушника, а легка необережність звільняє його від відповідальності. Так, за п. 3 ст. 950 ЦК зберігач за договором зберігання відповідає за втрату (нестачу) або пошкодження речі після закінчення строку зберігання лише за наявності його умислу або грубої необережності.

Особливістю цивільно-правової відповідальності є те, що вона може настати і без вини (або незалежно від вини), якщо це передбачено договором або законом. Так, якщо за втрату (нестачу) або пошкодження речі, прийнятої на зберігання, зберігач відповідає на загальних підставах, тобто за наявності вини, яка презюмується, то професійний зберігач відповідає за ці порушення, якщо не доведе, що це сталося внаслідок непереборної сили або через такі властиво-

сті речі, про які зберігач, приймаючи її на зберігання, не знав і не міг знати, або внаслідок умислу чи грубої необережності поклажодавця, тобто відповідальність професійного зберігача може настати і без його вини (пункти 1 і 2 ст. 950 ЦК).

У проекті ЦК (ст. 639) відповідальність без вини (крім дії непереборної сили) пропонувалось встановити для осіб за порушення зобов'язань у зв'язку зі здійсненням ними підприємницької діяльності. Дійсно, у цій діяльності підприємцям доводиться нерідко приймати рішення в умовах невизначеності та ризику. Щоб знизити несприятливий вплив на підприємництво фактів порушення зобов'язань контрагентами, можна використати різні заходи: проведення моніторингу (спостереження та оцінка процесів підприємництва); співробітництво з консультативними фірмами в галузі аудиту, менеджменту, інформації, права; вибір надійних партнерів; співробітництво з конкурентами на ринку товарів тощо. Певну роль у цій сфері відіграє страхування підприємницьких ризиків (наприклад, страхування від неповернення кредитів банкові).

Однак в остаточному варіанті Цивільного кодексу України (від 16 січня 2003 р.) як загальне правило про підвищену (без вини) відповідальність підприємця за порушення зобов'язань у зв'язку зі здійсненням підприємницької діяльності не передбачена. Отже, і в цих випадках відповідальність підприємця може настати на загальних підставах.

Особливі умови відповідальності боржника за порушення ним грошового зобов'язання визначені у ст. 625 ЦК. Оскільки, за загальним правилом, цивільно-правова відповідальність настає за наявності вини особи, яка порушила зобов'язання, а її вина презюмується, то, довівши, що неможливість виконання зобов'язання сталася без її вини, особа звільняється від відповідальності. Винятком з цього правила є покладення відповідальності за порушення грошового зобов'язання. Відсутність у боржника грошей у готівковій формі або грошових коштів на його рахунку в банку і, як наслідок, неможливість виконання ним грошового зобов'язання, якщо навіть у цьому немає провини боржника, не звільняють його від відповідальності за прострочення грошового зобов'язання, оскільки гроші завжди є в обігу і способи їх придбання особою теж є різні.

У частині 2 ст. 625 ЦК визначено правові наслідки прострочення боржником виконання грошового зобов'язання. ***По-перше***, на вимогу кредитора боржник повинен сплатити суму боргу з урахуванням встановленого індексу інфляції за весь час прострочення. Відповідно до ст. 3 Закону України «Про індексацію грошових доходів населення» індекс споживчих цін (індекс інфляції) обчислюється

спеціально уповноваженим центральним органом виконавчої влади в галузі статистики і не пізніше 10 числа місяця, що настає за звітним, публікується в періодичних офіційних виданнях. Сплата основного грошового боргу з урахуванням індексу інфляції — це один із видів збитків, які виникли у кредитора за час прострочення виконання боржником грошового зобов'язання. Кредитор не позбавлений права вимагати відшкодування й інших збитків, викликаних простроченням боржника. Про відшкодування збитків у разі порушення грошових зобов'язань у сфері господарювання йдеться, зокрема у ст. 229 ГК.

По-друге, за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань договором або законом може бути передбачена неустойка (пеня). Зокрема, Законом України «Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань» (із змінами і доповненнями, внесеними Законом України від 10 січня 2002 р. № 2921-III) передбачено, що платники грошових коштів сплачують на користь одержувачів цих коштів за прострочення платежу пеню в розмірі, що встановлюється за угодою сторін. Розмір пені обчислюється від суми простроченого платежу та не може перевищувати подвійної облікової ставки Національного банку України, що діяла у період, за який сплачується пеня. Зазначена неустойка (пеня) застосовується за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань, суб'єктами яких є підприємства, установи та організації незалежно від форм власності та господарювання, а також фізичні особи—суб'єкти підприємницької діяльності.

По-третє, боржник, який прострочив виконання грошового зобов'язання, має сплатити кредиторові три проценти річних від простроченої суми, якщо інший розмір процентів не встановлений договором або законом. У господарській судовій практиці та літературі по-різному оцінюється юридична природа процентів, які стягуються при порушенні грошових зобов'язань : одні вважають, що проценти — це плата за користування чужими грошовими коштами, яка не є мірою відповідальності, інші ж розглядають проценти як різновид санкцій (відповідальності) за порушення грошового зобов'язання. Відповідно до ст. 536 ЦК за користування чужими грошовими коштами боржник зобов'язаний сплачувати проценти, якщо інше не встановлено договором між фізичними особами. Розмір процентів за користування чужими грошовими коштами встановлюється договором, законом або іншим актом цивільного законодавства. Оскільки при простроченні виконання боржником грошового зобов'язання має місце неправомірне користування чужими грошовими коштами (боржник не передає кредиторові грошові кошти в оплату покла-

деного на нього боргу, отже ці кошти є для нього «чужими»), тому проценти від простроченої суми (в розмірі 3-х процентів річних або іншому розмірі, встановленому договором або законом) є різновидом неустойки як міри цивільно-правової відповідальності.

Для притягнення особи до цивільно-правової відповідальності потрібен або повний склад правопорушення, що складається з чотирьох елементів (протиправність, шкода, причинний зв'язок, вина), або у випадках, зазначених у законі чи договорі, — неповний склад — протиправність і вина (при стягненні неустойки, втраті завдатку тощо). За відсутності хоч би одного з цих елементів (крім випадків безвинної відповідальності) цивільна відповідальність не настає.

Проте у випадках, прямо передбачених законом, навіть за наявності усіх ознак вчиненого правопорушення, особа не несе відповідальності. Так, згідно зі ст. 177 Кодексу торговельного мореплавства України перевізник не відповідає за втрату, нестачу або пошкодження вантажу, якщо доведе, що вони сталися внаслідок дій або упущень капітана, інших осіб суднового екіпажу і лоцмана у судноводінні або управлінні судном (навігаційні помилки).

Окремо слід відзначити ті правові наслідки, які настають в разі порушення зобов'язання з вини кредитора або за наявності обопільної вини сторін у порушенні договірного зобов'язання.

Відповідно до ч. 1 ст. 616 ЦК, якщо порушення зобов'язання сталося з вини кредитора, суд відповідно зменшує розмір збитків та неустойки, які стягуються з боржника. На відміну від ст. 210 ЦК 1963 р., в якій також йшлося про вину кредитора, ч. 1 ст. 616 нового ЦК сформульована невдало. За ст. 210 ЦК 1963 р., коли невиконання або неналежне виконання зобов'язання було зумовлено умислом або необережністю кредитора, боржник звільнявся від відповідальності, якщо інше не встановлено законом. І дійсно, боржник не повинен нести відповідальність, якщо порушення зобов'язання є наслідком лише винної поведінки кредитора. Зокрема, прострочення боржника (і відповідальності за прострочення) не настає, якщо зобов'язання не може бути виконане внеслідок прострочення кредитора (ч. 4 ст. 612 ЦК).

Інша справа, коли порушення зобов'язання є наслідком винної поведінки обох сторін (обопільна або змішана вина). Тоді суд відповідно до ступеня вини кожної із сторін зменшує обсяг відповідальності боржника. Тому якщо порушення зобов'язання сталося з вини і кредитора, і боржника, суд відповідно зменшує розмір збитків та неустойки, які стягуються з боржника. Суд має право зменшити розмір збитків та неустойки, які покладаються на боржника, якщо кредитор умисно або з необережності (як грубої, так і легкої) спри-

яв збільшенню розміру збитків, завданих порушенням зобов'язання або не вжив заходів щодо їх зменшення (ч. 2 ст. 616 ЦК). Подібне правило містить і ч. 3 ст. 219 ГК: «Якщо правопорушенню сприяли неправомірні дії (бездіяльність) другої сторони зобов'язання, суд має право зменшити розмір відповідальності або звільнити відповідача від відповідальності».

Хоч про це прямо не зазначено в законі, але вина кредитора має враховуватись і тоді, коли боржник відповідає за порушення зобов'язання і без вини. Винна поведінка кредитора і в цих випадках може бути підставою для зменшення розміру відповідальності боржника.

Відповідно до ст. 618 ЦК боржник відповідає за порушення зобов'язання іншими особами, на яких було покладено його виконання (ст. 528 цього Кодексу), якщо договором або законом не встановлено відповідальність безпосереднього виконавця.

Як зазначено в ч. 1 ст. 528 ЦК, виконання обов'яку може бути покладено боржником на іншу особу, якщо з умов договору, вимог Цивільного кодексу, інших актів цивільного законодавства або суті зобов'язання не випливає обов'язок боржника виконати зобов'язання особисто. У цьому разі кредитор зобов'язаний прийняти виконання, запропоноване за боржника іншою особою. Питання про суб'єкта відповідальності у випадку покладення боржником виконання зобов'язання на іншу (третю) особу вирішується у ст. 618 нового ЦК так само, як і в ЦК 1963 р. (ч. 2 ст. 164): боржник відповідає за порушення зобов'язання іншими особами, на яких було покладено його виконання, якщо договором або законом не встановлено відповідальність безпосереднього виконавця. Так, відповідно до умов розрахунків із застосуванням платіжних доручень банк, що прийняв платіжне доручення платника, має право залучити інший банк (виконуючий банк) для виконання переказу грошових коштів на рахунок, визначений у дорученні клієнта. У разі невиконання або неналежного виконання платіжного доручення у зв'язку з порушенням правил розрахункових операцій виконуючим банком відповідальність може бути покладена судом на цей банк (ч. 2 ст. 1091 і ч. 2 ст. 1092 ЦК).

В законі не визначено суб'єкта відповідальності у випадку, коли кредитор поклав на інших осіб прийняття належного виконання, запропонованого боржником. Лише стосовно прострочення кредитора в ч. 3 ст. 613 ЦК зазначено, що боржник не має права на відшкодування збитків, завданих простроченням кредитора, якщо кредитор доведе, що прострочення не є наслідком його вини або осіб, на яких за законом чи дорученням кредитора було покладено прийняття виконання. Очевидно, що за аналогією з правилом про

відповідальність боржника за дії інших осіб (ст. 618) при порушенні обов'язку щодо прийняття виконання іншими особами відповідальність за дії цих осіб повинен нести кредитор, якщо договором або законом не встановлено прямої відповідальності інших осіб. Інші особи в цьому разі теж можуть доводити відсутність своєї вини в порушенні покладеного на них обов'язку.

Підставами звільнення від цивільно-правової відповідальності є випадок і непереборна сила. Відповідно до ч. 1 ст. 617 ЦК особа, яка порушила зобов'язання, звільняється від відповідальності за порушення зобов'язання, якщо вона доведе, що це порушення сталося внаслідок випадку або непереборної сили.

Оскільки вина є загальною підставою відповідальності за порушення зобов'язання (крім випадків, встановлених законом або договором), то особа, довівши, що вона вжила всіх залежних від неї заходів щодо належного виконання зобов'язання і, зокрема, що порушення сталося внаслідок випадку чи непереборної сили, звільняється від цивільно-правової відповідальності.

Випадок (казус) має місце тоді, коли настає подія, незалежна від волі сторін, а психічний стан особи, яка порушила зобов'язання, характеризується відсутністю її вини. За відсутності вини немає й відповідальності, якщо тільки договором або законом не передбачено відповідальність без вини. Відповідно до абзацу 2 ч. 1 ст. 617 ЦК не вважається випадком, зокрема, недодержання своїх обов'язків контрагентом боржника, відсутність на ринку товарів, потрібних для виконання зобов'язання, відсутність у боржника необхідних коштів. Ця норма має за мету спонукати сторони, особливо підприємців, до обачливості у своїх діяльності.

Ознаки **непереборної сили** розкриваються у п. 1 ч. 1 ст. 263 ЦК стосовно до підстав зупинення перебігу позовної давності: це надзвичайна і невідворотна за даних умов подія. Ця подія характеризується, по-перше, як зовнішня до діяльності сторін обставина (наприклад, явища стихійного характеру: землетрус, повінь, засуха; дії властей по затриманню судна в іноземному порту тощо). По-друге, надзвичайність події, яка набуває характеру непереборної сили, означає, що це не рядова, ординарна, обставина, яка також може спричинювати певні труднощі для сторін. Тому не вважається непереборною силою відсутність в даний момент на ринку товарів, що є предметом зобов'язань боржника; відсутність на його рахунку в банку необхідної суми коштів для покриття заборгованості тощо (ч. 2 ст. 218 ГК). По-третє, непереборна сила — це подія, яку не можна було відвернути засобами, наявними у даної особи в конкретних умовах її діяльності. Те, що за одних умов можна легко подолати, за інших — неможливо.

Глава 22

ОСОБЛИВОСТІ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ

§ 1. Загальні засади цивільної відповідальності юридичних осіб

Учасниками цивільних відносин поряд з фізичними особами є також численні організаційно-правові утворення, серед яких чільне місце посідають юридичні особи. Похідний (від волі законодавця і засновників) характер їх цивільної правосуб'єктності та об'єктивна визначеність соціально-економічних передумов і способів її реалізації є тими чинниками, що зумовлюють законодавче закріплення особливостей правового статусу юридичних осіб як потенційних суб'єктів цивільно-правової відповідальності.

Чинне законодавство пропонує цілу низку засобів, спрямованих на практичне забезпечення інтересів учасників цивільних відносин у одержанні реальної компенсації за порушення належних їм суб'єктивних цивільних прав. Серед іншого, можна виділити: 1) нормативні вимоги з формування і підтримання юридичними особами окремих організаційно-правових форм визначеного законодавством обсягу власних майнових активів; 2) законодавче встановлення такого правового статусу потенційного суб'єкта відповідальності, який передбачає наявність певного кола додаткових боржників, на яких у визначених законом випадках (зокрема, у разі відсутності достатнього майна у основного боржника) перекладається обов'язок з відшкодування завданих потерпілій особі втрат; 3) страхування майнової відповідальності; 4) забезпечення передбаченого законом обсягу

відшкодування за рахунок спеціально сформованих під егідою публічної влади майнових фондів; 5) використання різноманітних способів забезпечення виконання зобов'язань (на додачу до тих, звісно, що є водночас і формами відповідальності). Дещо осібно (зважаючи на їх процесуальний контекст), однак у тому ж ряду правових засобів можна згадати й процедури, передбачені законодавством про банкрутство та нормами, що регламентують виконавче провадження.

Очевидно, що окремі з вищезгаданих правових засобів орієнтовані виключно або переважно саме на юридичні особи (передусім йдеться про майнове забезпечення їх правосуб'єктності, субсидіарну відповідальність учасників юридичних осіб певних організаційно-правових форм, сферу дії інституту неспроможності).

Законодавець зважає також і на відмінності між юридичними особами різних видів, організаційно-правових форм, а також на вимоги, що поширюються на суб'єктів окремих сфер діяльності. При цьому йдеться про необхідність урахування: 1) ступеня майнового забезпечення деліктоздатності юридичних осіб; 2) рівня майнової відокремленості та організаційної самостійності юридичних осіб певних видів і організаційно-правових форм; 3) співвідношення між обсягом майнових і організаційно-управлінських прав учасників відповідних юридичних осіб; 4) наявності можливостей для здійснення вирішального впливу на юридичну особу з боку інших суб'єктів права.

Разом з тим, на юридичних осіб повною мірою поширюється дія усіх складових загального механізму цивільно-правової відповідальності, структура якого включає: 1) встановлені законом форми примусової реалізації відповідальності як одного із способів захисту суб'єктивних цивільних прав (у судовому порядку або шляхом вчинення виконавчого напису нотаріусом) та існуючу одночасно можливість добровільного виконання боржником свого обов'язку з надання належної кредиторові компенсації, а також свободу волевиявлення потерпілої сторони щодо застосування заходів відповідальності; 2) визначення у законодавстві порушення суб'єктивного цивільного права як загальної підстави цивільної відповідальності та закріплення певних складів її умов, що можуть змінюватися залежно від особливостей застосування конкретних санкцій відповідальності та допустимого розсуду сторін договірних правовідносин (зокрема, з виключенням у встановлених законом чи передбачених договором випадках вини зі складу спеціальних умов відповідальності); 3) передбачені у законодавстві види і конкретні санкції (заходи) цивільно-правової відповідальності (договірна і недоговірна, часткова, солідарна і субсидіарна; відшкодування збитків, стягнення

неустойки, процентів річних за прострочення виконання грошового зобов'язання та компенсації інфляційних втрат кредитора, втрата завдатку чи сплата рівної йому суми разом з поверненням завдатку потерпілій стороні, компенсація моральної шкоди); 4) закріплення як загального правила у договірній відповідальності, а в окремих випадках також і в нормах інституту позадоговірної відповідальності так званої відповідальності за дії третіх осіб (по суті, в означеному контексті йдеться або про відповідальність за власним договірним зобов'язанням, виконання якого було покладено боржником на іншу особу, або про відповідальність за наслідки власного волевиявлення — у разі коли йдеться про шкоду, завдану підрядником не з його вини при виконанні замовлення); 5) утвердження принципів повного відшкодування завданої шкоди і вини як загальних засад цивільно-правової відповідальності (непоодинокі випадки запровадження безвинної відповідальності не заперечують можливість вияву принципу вини і за таких обставин — наприклад, за наявності «змішаної вини» обох сторін; водночас слід зважати на імперативне обмеження обсягу відповідальності боржників, включно з юридичними особами, які є суб'єктами окремих видів діяльності — у транспортній сфері зокрема).

Згідно з ч. 1 ст. 91 ЦК юридична особа здатна мати такі самі цивільні права та обов'язки, як і фізична особа, крім тих, які за своєю природою можуть належати лише людині. До цих прав і обов'язків, які можуть належати всім учасникам цивільних відносин, належать такі, що взаємно кореспондують одне одному в конкретних правовідносинах, право на захист цивільного права (статті 15, 16, 22, 23 ЦК) та обов'язок зазнати впливу заходів цивільно-правової відповідальності у разі порушення чужого суб'єктивного цивільного права (статті 22, 23, 611, 1166, 1167 ЦК).

Здатність мати зазначені права й обов'язки становить частину змісту цивільної правоздатності кожної юридичної особи. Ця абстрактна юридична можливість у разі порушення договірного зобов'язання (ст. 611 ЦК) чи абсолютного права потерпілого (статті 1166, 1167 ЦК) і за наявності належних умов відповідальності перетворюється, з одного боку, на право вимоги кредитора, а з іншого — на обов'язок боржника зазнати втрат майнового характеру з метою «відновлення» порушеного права потерпілої сторони (умовність такого відновлення полягає у тому, що дійсно відновлене може бути виключно майнове становище кредитора, а не його право, а у разі завдання немайнової шкоди може йтися лише про її загладжування, мінімізацію, максимально можливе усунення через надання адекватної компенсації).

Для настання цивільної відповідальності юридичної особи необхідна наявність певних обставин, що характеризують юридично значимі аспекти самого факту порушення суб'єктивного права кредитора і поведінки зобов'язаної особи (об'єктивна протиправність допущеного порушення і, як правило, вина боржника, законодавчу презумпцію щодо наявності якої може бути спростовано), а при відшкодуванні збитків — також і спричинені правопорушенням негативні майнові наслідки на боці кредитора (завдані збитки та їх причинно-наслідковий зв'язок з фактом порушення договору). У разі виключення вини із сукупності умов застосування окремих заходів відповідальності (передбачених ч. 2 ст. 625 ЦК процентів річних за порушення грошового зобов'язання та неустойки за порушення господарського зобов'язання) єдиною умовою цивільно-правової відповідальності може бути протиправність порушення договору як така. Причому потерпіла сторона не зобов'язана доказувати неправомірність невиконання чи неналежного виконання договірного зобов'язання, оскільки, якщо не доведено інше, і за відсутності передбаченого законом або договором уповноваження боржника на вчинення відповідних дій, будь-яке порушення договору вважається протиправним.

Цивільно-правова відповідальність за порушення певних видів договірних зобов'язань або за правопорушення, вчинені суб'єктами окремих видів діяльності, подекуди може наставати незалежно від наявності в діях боржника суб'єктивної умови — тобто вини. Насамперед це стосується відповідальності суб'єктів господарювання (ст. 218 ГК, статті 906, 950 ЦК)[1]. У деліктних зобов'язаннях вину виключено, зокрема, з умов відповідальності володільців джерел підвищеної небезпеки (ст. 1187 ЦК), продавців, виготовлювачів товару, виконавців робіт чи послуг (ст. 1209 ЦК), якими найчастіше є саме юридичні особи. Тут до уваги береться не тільки суть тієї чи іншої діяльності (зокрема, притаманній їй підвищений ризик випадкового порушення чужого суб'єктивного цивільного права), публічний інтерес щодо певного спрямування її розвитку, справедливий баланс інтересів учасників порушених правовідносин, а й не-

[1] Доводи на користь виключення вини з умов цивільно-правової відповідальності суб'єктів підприємницької діяльності див., наприклад, у таких працях: *Баранова Л. М.* Цивільно-правова відповідальність у сфері підприємницької діяльності // Проблеми законності. — 2002. — № 57. — С. 53—54; *Коломієць О. О.* Цивільно-правове регулювання діяльності фізичної особи — підприємця: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. — К., 2003. — С. 17; Цивільне право України: Підручник: У 2-х кн. / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. — К.: Юрінком Інтер, 2000. — Кн. 1. — С. 841; *Ткачук А. Л.* Значення вини у відносинах відповідальності за порушення договірних зобов'язань: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. — Одеса, 2002. — С. 204—205.

обхідність захисту зазвичай об'єктивно слабшої сторони порушених регулятивних відносних або абсолютних правовідносин.

Однак виключення в окремих випадках вини зі складу обов'язкових умов відповідальності юридичних осіб слід відмежовувати від об'єктивної (без урахування вини безпосереднього заподіювача шкоди) майнової відповідальності держави та органів місцевого самоврядування як суб'єктів публічного права. Підставою для їх безвинної відповідальності (статті 1173, 1174, 1175, 1176 ЦК) за шкоду, завдану суб'єктам цивільного права рішеннями, діями чи бездіяльністю органів влади, їх посадових і службових осіб є заздалегідь уразливе у відповідних публічно-правових відносинах становище потерпілого. Йдеться передусім про відсутність юридичної рівності сторін цих правовідносин та особливу чутливість потерпілого до несправдження його законних сподівань на всебічне сприяння у реалізації й захисті прав цієї особи з боку органів влади та їх службових осіб. Тут же можна говорити й про підвищені вимоги до держави і муніципальних утворень як суб'єктів надання відповідних управлінських послуг і нормотворців, а до держави — ще й як первинного суб'єкта публічної правоохоронної функції та функції здійснення правосуддя.

Водночас слід наголосити на тому, що попри однакову нормативну визначеність підстави та умов цивільної відповідальності для всіх без винятку її суб'єктів (категорій учасників цивільних відносин), соціально-правові особливості юридичної особи (насамперед те, що здійснення її правосуб'єктності, як правило, відбувається за посередництва конкретних фізичних осіб) зумовлюють певні труднощі в інтерпретації її вини, а у сфері деліктних зобов'язань — також і при визначенні протиправних дій інших осіб, за наслідки яких юридична особа повинна нести відповідальність як за свої власні дії, що є визначальним моментом для встановлення юридично значимого причинно-наслідкового зв'язку між цими діями та завданою шкодою.

§ 2. Правосуб'єктність і конститутивні ознаки юридичної особи як передумови її участі у відносинах цивільної відповідальності

Правосуб'єктна підстава цивільно-правової відповідальності юридичних осіб. Нормативна визначеність виникнення та подальшого існування юридичної особи полягає в основному в двох ключових моментах. ***По-перше***, юридичні особи можуть створюватися виняткова у формах, встановлених законом (ч. 1 ст. 83 ЦК), оскільки якоїсь «природної» їх форми не існує (чого, варто наго-

лосити, не можна сказати щодо змісту відповідної правової конструкції, належність виділення кожного елементу якої з необхідністю випливає з визначених інтересами учасників цивільних відносин завдань правового регулювання). ***По-друге***, юридична особа вважається створеною з дня її державної реєстрації (ч. 4 ст. 87 ЦК) і такою, що припинилася, з дня внесення до єдиного державного реєстру запису про її припинення (ч. 2 ст. 104 ЦК). Тому без належного юридичного оформлення факту набуття цивільної правосуб'єктності жодна організаційна структура не може розглядатися як юридична особа і вважається нездатною мати цивільні права, створювати для себе цивільні обов'язки та нести відповідальність за їх порушення. Цю тезу підтверджує правова позиція, висловлена у постанові Судової палати у господарських справах Верховного Суду України від 28 січня 2002 р. (справа за позовом підприємства «Юг-Енерго» до ТОВ «Фірма «Гаск» про відшкодування збитків), у якій вищою судовою інстанцією було констатовано, що оскільки третє підприємство — контрагент позивача — не набуло цивільної правоздатності юридичної особи, угоди, укладені ним, не можуть породжувати будь-яких прав та обов'язків[1]. Звичайно, у такого роду випадках не може йтися як про виникнення договірних правовідносин, так і про набуття стороною недійсного правочину статусу суб'єкта відповідальності за його порушення. Те саме можна сказати і про правовий статус сторін недійсних правочинів, учинених за участі організацій, які раніше мали, але згодом у встановленому порядку втратили цивільну правосуб'єктність.

Питання наявності правоздатності в юридичної особи як неодмінної передумови її відповідальності має істотне значення і з огляду на приписи процесуального законодавства. Приміром, у справі за позовом Відкритого акціонерного товариства «Авіаційний комплекс ім. С. В. Ілюшина» (далі — ВАТ) до А. та В. про усунення перешкод у користуванні повітряним судном, відшкодування шкоди та зустрічним позовом А. до ВАТ про визнання правомірним володіння та розпорядження технічною документацією на повітряне судно, Судова палата у цивільних справах Верховного Суду України, скасовуючи ухвалою від 2 березня 2006 р. акти попередніх судових інстанцій, зробила, зокрема, наголос на двох взаємопов'язаних аспектах матеріального і процесуального права: 1) відповідно до п. 4 ст. 338 Цивільного процесуального кодексу України судове рішення підлягає обов'язковому скасуванню з передачею справи на новий розгляд, якщо суд вирішив питання про права та обов'язки осіб, які не брали

[1] Постанови Верховного Суду України та Вищого господарського Суду України з господарських справ. — 2003. — № 1. — С. 101—103.

участі у справі; 2) як убачається з матеріалів справи, суд, досліджуючи питання обґрунтованості позовних вимог, фактично вирішував спір юридичних осіб — ВАТ, ТОВ «Омега» і ТОВ «Інвеста» — про право на повітряне судно та документації на це судно, не залучивши останніх до участі у справі. При цьому суд не врахував положення ст. 91 ЦК України щодо цивільної правоздатності ТОВ «Омега» за відсутності в матеріалах справи даних про виключення цього товариства з Єдиного державного реєстру відповідно до рішення Вищого господарського суду України від 9 березня 1999 р. № 8/18[1].

Разом з тим, припинення юридичної особи не повинно негативно позначатися на майнових інтересах її кредиторів. Захист цих інтересів гарантують приписи законодавства, якими врегульовано порядок ліквідації юридичної особи і здійснення процедур банкрутства, а також правонаступництво щодо прав і обов'язків юридичної особи, яка перебуває у процесі злиття, приєднання, поділу або перетворення.

Наприклад, згідно з ч. 2 ст. 107 ЦК передавальний акт (у разі злиття, приєднання або перетворення) або розподільчий баланс (у разі поділу) мають містити положення про правонаступництво щодо всіх зобов'язань юридичної особи, що припиняється, стосовно всіх її кредиторів та боржників, включаючи зобов'язання, які оспорюються сторонами. Якщо ж правонаступниками є кілька юридичних осіб і точно визначити правонаступника щодо конкретних обов'язків припиненої юридичної особи неможливо, юридичні особи — правонаступники несуть перед її кредиторами солідарну відповідальність (ч. 5 ст. 107 ЦК).

Отже, питання правонаступництва можуть набувати ключового значення при вирішенні судових справ про застосування заходів цивільної відповідальності. Тому згідно з постановою Вищого господарського суду України від 14 лютого 2007 р. у справі № 10/72-05 (за позовом Обласного комунального підприємства з оптово-роздрібної торгівлі «Херсонпродресурси» до Міського комунального підприємства «Виробниче управління водопровідно-каналізаційного господарства» м. Херсона) однією з підстав для скасування відповідних рішення і постанови судів першої та апеляційної інстанцій про стягнення збитків стало те, що цими судами в порушення вимог ст. 43 Господарського процесуального кодексу України не було встановлено обставин, пов'язаних з наявністю чи відсутністю правонаступництва позивача щодо заборгованості Херсонського обласного оптового підприємства «Укроптм'ясомолторг» перед відповідачем, за яку було припинено водопостачання у спірний період, з ураху-

[1] Див.: Офіційний веб-сайт Верховного Суду України (www.scourt.gov.ua).

ванням вимог статей 104 і 107 ЦК України, що регулюють порядок припинення юридичної особи[1].

Майнові інтереси кредиторів юридичних осіб, на яких поширюється дія законодавства про банкрутство, забезпечуються додатковими процесуальними гарантіями. Наприклад, ч. 5 ст. 7 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» (далі — Закон про банкрутство) зобов'язує боржника звернутися в місячний строк до господарського суду з заявою про порушення справи про банкрутство у разі виникнення, зокрема таких обставин: задоволення вимог одного або кількох кредиторів приведе до неможливості виконання грошових зобов'язань боржника в повному обсязі перед іншими кредиторами; при ліквідації боржника не у зв'язку з процедурою банкрутства встановлено неможливість боржника задовольнити вимоги кредиторів у повному обсязі.

Останнє положення щодо юридичних осіб конкретизує ст. 51 Закону про банкрутство, ч. 1 якої закріплює таке правило: якщо вартості майна боржника—юридичної особи, щодо якого прийнято рішення про ліквідацію, недостатньо для задоволення вимог кредиторів, така юридична особа ліквідується в порядку, передбаченому цим Законом. У разі виявлення зазначених обставин ліквідатор або ліквідаційна комісія зобов'язані звернутися в господарський суд із заявою про порушення справи про банкрутство такої юридичної особи. Згідно з ч. 6 згаданої статті власник майна боржника (уповноважена ним особа), керівник боржника, голова ліквідаційної комісії (ліквідатор), які допустили порушення зазначених вимог, несуть солідарну відповідальність по незадоволених вимогах за грошовими зобов'язаннями та зобов'язаннями щодо сплати обов'язкових платежів такого боржника.

Організаційна єдність юридичної особи як передумова вияву її дієздатності у відносинах цивільної відповідальності. Функціонування юридичної особи та здійснення нею волевиявлення як самостійного суб'єкта цивільного права відбувається внаслідок взаємодії різних складових її організаційної структури та у зв'язку з виконанням покладених на них завдань. Тому організаційна єдність у науковій літературі цілком слушно розглядається як невід'ємна (конститутивна) ознака юридичної особи, без якої не можна говорити про її дієздатність.

Особливості організаційної побудови юридичної особи, порядок утворення та функції окремих елементів її внутрішньої структури визначаються передусім законодавством та установчими докумен-

[1] З повними текстами згаданих у главі рішень Вищого господарського суду України можна ознайомитись на офіційному веб-сайті суду (www.arbitr.gov.ua).

тами самої юридичної особи. При цьому ззовні вона найчастіше постає як певна функціональна і вольова цільність, а тому діяльність юридичної особи сприймається іншими особами як своєрідна єдність дій усіх її органів, структурних підрозділів і працівників — як пишуть В. Т. Смирнов і А. О. Собчак, «виконуючи свої конкретні службові обов'язки, працівники тим самим виконують функції даної організації. Отже, перед третіми особами діяльність організації постає як знеособлена діяльність її працівників. І навпаки, службова діяльність конкретних працівників постає як діяльність самої організації, робітниками, службовцями або членами котрої вони є»[1].

Цивільна дієздатність юридичної особи передбачає її здатність набувати та здійснювати (виконувати) цивільні права та обов'язки щодо третіх осіб, які є такими ж самостійними учасниками цивільних правовідносин. У внутрішньогосподарській діяльності організації такі права і обов'язки не набуваються і не реалізуються. Водночас завдяки цій внутрішній діяльності створюються передумови для наступного виконання чи невиконання юридичною особою її обов'язків. Звідси збій на рівні виробничих зв'язків, порушення працівниками їх функціональних обов'язків нерідко спричинює невиконання чи неналежне виконання зобов'язання з боку відповідної організації-роботодавця[2] та призводить до реалізації її дієздатності в частині набуття обов'язків з відшкодування завданих збитків, сплати неустойки, процентів річних за порушення грошового зобов'язання, суми завдатку. Тому необхідно розрізняти власне цивільно-правові (зовнішні щодо цієї організації) відносини, в яких юридична особа бере участь як окремий суб'єкт цивільного права, та її внутрішні відносини, які не мають самостійного цивільно-правового значення в тому розумінні, що їх межі не передбачають безпосереднього виникнення у юридичної особи якихось нових (принаймні відмінних від корпоративних) цивільних прав і обов'язків.

З огляду на викладене при застосуванні відповідальності за порушення договірного зобов'язання немає потреби встановлювати конкретні, пов'язані з внутрішніми процесами функціонування юридичної особи причини, що призвели до вчинення даного правопорушення. Відповідно, встановлюючи вину юридичної особи, об'єктивну протиправність порушення нею чужого суб'єктивного права або наявність юридично значимого причинного зв'язку між

---

[1] *Смирнов В. Т., Собчак А. А.* Общее учение о деликтных обязательствах в советском гражданском праве. — Ленинград: Изд-во Ленинградского ун-та, 1983. — С. 82.

[2] Гражданское право: Учебник / Под общ. ред. Т. И. Илларионовой. — М.: НОРМА; ИНФРА-М, 1998. — Ч. 1. — С. 427.

цим правопорушенням і заподіяними кредиторові збитками, ми говоримо про оцінку її власної поведінки, вину самої юридичної особи, а не її працівників, наслідки її власних дій тощо.

Своєю чергою, зумовлене організаційною єдністю абстрагування від внутрішніх аспектів діяльності юридичної особи визначає доцільність використання так званого поведінкового підходу при встановленні вини юридичної особи та неможливість трактування її вини через категорію психічного ставлення особи до вчинених нею дій та їх наслідків. Зважаючи на це, про відсутність вини як суб'єктивної умови цивільно-правової відповідальності свідчитиме вжиття боржником всіх належних (продиктованих вимогами добросовісності, обставинами справи і умовами обороту) заходів з метою належного виконання зобов'язання.

Важливо наголосити, що обумовленість власної вини юридичної особи чинником функціональної та вольової єдності заперечує можливість ототожнення вини юридичної особи з виною її працівників. Адже в іншому випадку юридична особа як суб'єкт цивільного права, що має власні правоздатність і дієздатність, по суті перетворилася б на конгломерат фізичних осіб, залучених до певної спільної діяльності. За таких умов говорити про вину юридичної особи взагалі не було б жодного сенсу.

Коли ж законодавець визначає конкретних осіб, за дії яких юридична особа відповідає як за свої власні (ст. 1172 ЦК), то в такий спосіб забезпечується правова певність у визначенні належного суб'єкта відповідальності в ситуаціях, коли відомою є відмінна від суб'єкта відповідальності особа безпосереднього заподіювача шкоди. Адже останній в різних ситуаціях може діяти як від власного імені, так і, наприклад, виконуючи свої трудові обов'язки та здійснюючи у такий спосіб функції юридичної особи-роботодавця. Наприклад, постановою від 12 квітня 2005 р. у справі № 23/38 Вищий господарський суд України залишив без задоволення касаційну скаргу відповідача на рішення про стягнення 44050,23 грн на відшкодування заподіяної шкоди, зазначивши при цьому, зокрема, що: згідно з ч. 1 ст. 1172 ЦК юридична або фізична особа відшкодовує шкоду, заподіяну їхнім працівником під час виконання ним своїх трудових (службових) обов'язків; посилання скаржника на порушення законодавства про охорону праці відповідальними працівниками підприємства, де працював потерпілий О., не спростовує того факту, що загибель потерпілого перебуває у безпосередньому причинному зв'язку з протиправними необережними діями працівника відповідача Д.

Варто звернути увагу на те, що входження певної фізичної особи до складу організаційної єдності юридичної особи саме як пра-

цівника або виконання фізичною особою функцій органу юридичної особи має значення і при визначенні процесуального статусу суб'єкта цивільного права. Так, у згаданій раніше ухвалі Верховного Суду від 2 березня 2006 р. у справі ВАТ до А. та В. про усунення перешкод у користуванні повітряним судном, відшкодування шкоди та зустрічним позовом А. до ВАТ про визнання правомірним володіння та розпорядження технічною документацією на повітряне судно, Судова палата у цивільних справах Верховного Суду України зазначила, що при визначенні процесуального становища А. як сторони суд не врахував, що відповідно до ч. 3 ст. 92 ЦК України в даних правовідносинах А. діяв не як фізична, а як службова особа, наділена юридичною особою — ТОВ «Інвеста» — відповідними повноваженнями.

Вольова самостійність юридичної особи, серед іншого, визначає встановлення імперативного правила про те, що юридична особа відповідає за зобов'язаннями її засновників, що пов'язані з її створенням, тільки у разі наступного схвалення їхніх дій уповноваженим органом юридичної особи (абз. 2 ч. 4 ст. 96 ЦК). У той же час єдність наміру її засновників щодо створення нового суб'єкта права пояснює необхідність передбачити їх солідарну відповідальність за зобов'язаннями, що виникли до його державної реєстрації (абз. 1 ч. 4 ст. 96 ЦК).

Згідно з частинами 1 і 2 ст. 92 ЦК юридична особа набуває цивільних прав та обов'язків і здійснює їх або через свої органи, які діють відповідно до установчих документів та закону, або ж — у випадках, встановлених законом — через своїх учасників. Крім того, за ст. 1172 ЦК юридична особа відповідає за недоговірну шкоду, завдану: а) її працівниками при виконанні ними своїх трудових (службових) обов'язків; б) підрядником, який діяв за завданням замовника — юридичної особи; в) учасником (членом) підприємницького товариства або кооперативу при здійсненні ним підприємницької або іншої діяльності від імені товариства чи кооперативу. Отже, за певних обставин юридична особа здатна набувати цивільних прав і обов'язків, зокрема, обов'язків з відшкодування заподіяної кредиторові (потерпілому) недоговірної шкоди, не тільки через дії свого керівного органу, а й через дії осіб, зазначених у ч. 2 ст. 92 та ст. 1172 ЦК.

Законодавець може визначати осіб, котрі не входять до організаційної єдності юридичної особи, але яким цей учасник цивільних відносин доручає діяти в певний спосіб в межах і з метою реалізації своєї правоздатності, виконання своїх обов'язків перед третіми особами тощо, й за дії яких він за певних умов відповідає як за свої власні. Йдеться, зокрема, про вже згаданих підрядників (ч. 2 ст. 1172 ЦК)

та осіб, на яких юридична особа поклала обов'язок надати виконання своїм кредиторам (статті 528 та 618 ЦК). При цьому цивільно-правова відповідальність юридичної особи за дії її підрядника має наставати винятково тоді, коли останній діяв в межах вказівок юридичної особи—замовника, оскільки у ч. 2 ст. 1172 ЦК прямо вказується на відшкодування шкоди, заподіяної підрядником, якщо він діяв за завданням замовника — тобто, слід розуміти, в межах його вказівок, а не виконуючи замовлення на свій власний ризик. Виходячи з цього в протиправних діях підрядника безпосередньо виявлятиме себе дієздатність та порочна воля відповідної юридичної особи.

Що ж стосується договірних зобов'язань, то в них кредитор встановлює правовий зв'язок безпосередньо лише з несправним боржником (оскільки йдеться про відносні правовідносини, які характеризуються визначеністю їх суб'єктного складу), а не з його контрагентом, тому і відповідати за порушення зобов'язання повинен боржник як сторона за порушеним договором, а не третя особа — безпосередній виконавець. Це пояснює доцільність встановлення передбаченого ст. 618 ЦК правила про відповідальність боржника за порушення зобов'язання іншими особами, на яких було покладено його виконання.

Отже, відповідальність юридичної особи у контексті статей 618 і 1172 ЦК має розглядатися не інакше як її відповідальність за свої дії та за свою власну вину. Тому у разі порушення юридичною особою суб'єктивного цивільного права іншого учасника цивільних відносин останньому немає потреби кожного разу визначати той конкретний елемент організаційної структури юридичної особи, недоліки у діяльності якого спричинили правопорушення. Натомість юридичне значення має сам факт невиконання юридичною особою покладеного на неї обов'язку і порушення внаслідок цього суб'єктивного права кредитора. Адже з погляду останнього, в протиправному акті, від якого він потерпів, проявляється порочна воля (якщо тільки правопорушник не закликається до відповідальності за відсутності його вини) і неналежна (протиправна) діяльність зазначеної юридичної особи як цілісного організаційного утворення, самостійного учасника цивільних відносин, наділеного власною правоздатністю і дієздатністю та здатного до власного волевиявлення й вибору варіантів правомірної поведінки.

Майнове забезпечення відповідальності юридичної особи. Природному характеру правоздатності людини вочевидь суперечило б покладання на індивідів обов'язку створювати якісь формально визначені особисті майнові фонди, призначені забезпечувати певний гарантований обсяг цивільної відповідальності перед третіми осо-

бами. І навпаки, оскільки однією з основних функцій юридичної особи є зменшення майнових ризиків її учасників, то виправданою є й вимога щодо фактичного забезпечення нею можливих майнових вимог своїх кредиторів через підтримання певного обсягу власних майнових активів, на які в разі необхідності можна було б звернути стягнення за позовом потерпілої сторони. Не випадково згідно з чинним законодавством функцію таких майнових фондів у акціонерних товариствах та товариствах з обмеженою відповідальністю покликані виконувати статутні капітали зазначених товариств (статті 144 і 155 ЦК).

«Смисл відокремлення майна юридичної особи саме й полягає у виділенні таких об'єктів, на які її можливі кредитори зможуть звернути стягнення (з тим, щоб вивести з-під нього інше майно засновників або учасників). Саме цим цілям насамперед слугує статутний капітал (статутний чи пайовий фонд), який визначає мінімальний розмір майна, що гарантує інтереси кредиторів юридичної особи», — пише Є. О. Суханов, і трохи далі резюмує: «наявність такого майна становить необхідну передумову її (юридичної особи — В. П.) самостійної майнової відповідальності»[1]. У зв'язку з цим законодавцеві варто було б установити певні обов'язкові вимоги щодо майнового забезпечення діяльності й відповідальності всіх без винятку юридичних осіб, які є власниками закріпленого за ними майна. Звичайно, при цьому мінімальний розмір вартості постійно підтримуваних ними активів слід було б визначити з урахуванням цілей діяльності та звичайної або очікуваної інтенсивності участі в цивільному обороті юридичних осіб різних видів та організаційно-правових форм.

Натомість вітчизняне цивільне і господарське законодавство передбачає формування такого роду майнових фондів майже виключно підприємницькими юридичними особами. Причому в розрізі організаційно-правових форм відповідні вимоги конкретизовано тільки щодо акціонерних товариств і товариств з обмеженою відповідальністю: згідно з ч. 4 ст. 24 Закону України «Про господарські товариства» статутний фонд акціонерного товариства не може бути менше суми, еквівалентної 1250 мінімальним заробітним платам, виходячи із ставки мінімальної заробітної плати, діючої на момент створення акціонерного товариства; відповідно до ч. 1 ст. 52 зазначеного Закону розмір статутного фонду товариства з обмеженою відповідальністю повинен становити не менше суми, еквівалентної 100 мінімальним заробітним платам.

---

[1] Гражданское право: Учебник: В 2 т. / Отв. ред. проф. Е. А. Суханов. — М.: Издательство «БЕК», 2000. — Т. I — С. 185—186.

Господарський кодекс України (ч. 3 ст. 74) передбачає створення статутного фонду державного комерційного підприємства. Однак мінімальний розмір статутного фонду останнього має визначатися спеціальним законом, якого наразі немає. А мінімальний розмір статутного фонду комунального унітарного підприємства згідно з ч. 4 ст. 78 ГК встановлюється відповідною місцевою радою, що, звичайно, не сприяє стабільності відносин за участю зазначених юридичних осіб.

Водночас відсутність наперед визначених вимог до розміру майнових активів казенних підприємств та бюджетних установ має компенсуватися покладанням на їх засновників необмеженої субсидіарної відповідальності за зобов'язаннями створених ними публічних юридичних осіб. Дещо схожий спосіб гарантування майнових інтересів кредиторів передбачений нормами, що визначають необмежену додаткову солідарну відповідальність за зобов'язаннями повного і командитного товариств з боку їх повних учасників (ч. 1 ст. 119, ч. 1 ст. 133 ЦК, частини 5 і 6 ст. 80 ГК).

Натомість законодавець не встановив будь-яких вимог до мінімального розміру майнових активів виробничих та споживчих кооперативів (останні можуть вважатися некомерційними організаціями лише суто формально), що є невиправданим, у тому числі й з огляду на цілковиту законодавчу невизначеність (ч. 2 ст. 163 ЦК) або декларативність (ч. 1 ст. 108 ГК) приписів щодо мінімального розміру субсидіарної відповідальності членів виробничих кооперативів, а також ураховуючи виключно дозвільний характер ч. 2 ст. 27 Закону України «Про кооперацію», згідно з якою члени кооперативу відповідають за зобов'язаннями кооперативу в межах внесеного ними паю, якщо інше не передбачено статутом кооперативу або законом.

Крім того, чинне законодавство встановлює спеціальні вимоги до статутних капіталів юридичних осіб — суб'єктів певних видів діяльності, передовсім у фінансово-банківській сфері (банки, страхові компанії, компанії з управління активами тощо). Більше того, подекуди вимоги щодо адекватності майнового забезпечення діяльності й відповідальності юридичних осіб поширюються навіть на окремі категорії непідприємницьких організацій, що створюються з метою виконання певних публічних функцій у зазначеній сфері — йдеться про саморегулівні організації професійних учасників фондового ринку і ринків фінансових послуг (так, відповідно до Положення про діяльність саморегулівної організації професійних учасників фондового ринку, яка об'єднує компанії з управління активами (затверджено Рішенням Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 29 вересня 2004 р. № 415, з наступними зміна-

ми), мінімальний обсяг активів такої саморегулівної організації має становити 600 тис. грн.).

За загальним правилом законодавство передбачає можливість задоволення вимог кредиторів шляхом звернення стягнення на все належне боржникові майно, хоча Закон України «Про виконавче провадження» регулює черговість арешту і продажу окремих видів активів юридичної особи з метою збереження, якщо це можливо без істотної шкоди для інтересів стягувача, умов для продовження господарської діяльності організації-боржника. Стаття 64 вищевказаного Закону визначає, що у разі відсутності у юридичної особи коштів, достатніх для покриття заборгованості, стягнення звертається на інше її майно, включно з тим, яке обліковується на окремому балансі філії, представництва та іншого відокремленого підрозділу боржника—юридичної особи (за винятком майна, виключеного з обороту або обмеженого в обороті). На зазначене майно накладається арешт і воно реалізується в такій черговості: 1) у першу чергу — майно, яке безпосередньо не використовується у виробництві (цінні папери, кошти на депозитних та інших рахунках боржника, валютні цінності, легковий автотранспорт, предмети дизайну офісів та інше майно, готова продукція (товари); 2) у другу чергу — інші матеріальні цінності, які безпосередньо не використовуються у виробництві; 3) у третю чергу — об'єкти нерухомого майна, верстати, обладнання, інші основні засоби, а також сировина і матеріали, призначені для здійснення виробництва.

Законодавець передбачив деякі винятки з правила про відповідальність боржника всім належним йому майном. Щодо фізичних осіб ці винятки визначені у додатку до Закону України «Про виконавче провадження» (див. Перелік видів майна громадян, на яке не може бути звернено стягнення за виконавчими документами). Стосовно юридичних осіб (і якщо не йдеться про вилучені з обороту або обмежені в оборотоздатності речі) відповідні винятки можуть установлюватися з огляду на особливе немайнове призначення певних видів майна. Наприклад, згідно з ч. 3 ст. 20 Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації» на майно культового призначення, що належить релігійним організаціям, не може бути звернено стягнення за претензіями кредиторів.

Отже, зважаючи на майновий зміст цивільно-правової відповідальності та похідний характер правосуб'єктності юридичних осіб законодавець приділяє особливу увагу повноті втілення в них ознаки майнової відокремленості та загалом майновому забезпеченню діяльності й відповідальності юридичних осіб певних видів і організаційно-правових форм.

На противагу підприємницьким організаціям, закон не обумовлює існування непідприємницьких юридичних осіб створенням і підтриманням ними у визначеному розмірі майнових фондів (статутного капіталу), призначених гарантувати хоча б у якомусь обсязі інтереси кредиторів. На переважну більшість цих юридичних осіб не поширюється і дія законодавства про неплатоспроможність (процедури банкрутства згідно з чинним законодавством України наразі можуть бути застосовані лише до споживчих товариств і фондів).

Проте, враховуючи майновий зміст цивільно-правової відповідальності з метою захисту прав кредиторів передбачених ЦК непідприємницьких юридичних осіб приватного права і унеможливлення зловживання наданою їм цивільною правосуб'єктністю уявляється доцільним закріплення у законодавстві правила про обов'язковість підтримання ними мінімального обсягу власних майнових активів, необхідних і достатніх для самостійної участі у цивільних відносинах, а також поширити на них дію законодавства про банкрутство (з урахуванням, звичайно, особливостей юридичних осіб цього виду та виняткового значення тих суспільних функцій, які покликані виконувати, наприклад, політичні партії та релігійні організації).

§ 3. Самостійність відповідальності юридичної особи

Цивільна правосуб'єктність юридичних осіб загалом та їх цивільно-правова відповідальність зокрема традиційно будуються на засадах взаємної відокремленості майнової сфери учасників цивільних відносин та самостійності відповідальності цих осіб, відмінності їх прав і обов'язків. Лише в окремих випадках, скажімо, коли йдеться про невиконання обов'язку боржника іншою особою (статті 528, 618 ЦК та ст. 194 ГК) або застосування субсидіарної відповідальності, ми можемо з певними застереженнями говорити про запровадження так званої відповідальності (у її широкому значенні) за дії третіх осіб. Згідно зі ст. 96 ЦК юридична особа, як правило, відповідає за своїми зобов'язаннями усім належним їй майном, тоді як засновники (учасники) цієї юридичної особи за її зобов'язаннями не відповідають. Так само юридична особа не відповідає за зобов'язаннями свого засновника, крім випадків, передбачених законодавчими актами чи установчими документами юридичної особи.

Водночас субсидіарна відповідальність учасників є відмітною ознакою правового статусу переважної більшості підприємницьких товариств. Це пояснюється тим, що саме у вказаних організаційно-правових формах найповнішою мірою реалізується властива юри-

дичній особі як правовому засобу функція мінімізації майнових ризиків засновників. Утім, у низці випадків згадка в нормі права про додаткову відповідальність учасника за зобов'язаннями юридичної особи відповідної організаційно-правової форми є лишень не зовсім вдалим прийомом законодавчої техніки, який насправді не передбачає відповідальності учасника у її загальновизнаному розумінні — як додаткового майнового обтяження боржника. Натомість у окресленому контексті більш слушно говорити не про відповідальність у власному розумінні, а про межі майнового ризику учасників товариства та про захист інтересів кредиторів юридичної особи шляхом примусового виконання в натурі корпоративного обов'язку учасника щодо внесення вкладу до майна юридичної особи—боржника. Прикладами цього є «відповідальність» учасників товариства з обмеженою відповідальністю у межах невнесеної частки вкладу (ч. 2 ст. 140 ЦК) та «відповідальність» акціонерів, які не повністю оплатили передплачені ними акції (ч. 2 ст. 152 ЦК).

Коли волевиявлення юридичної особи вирішальною мірою контролюється іншими особами, законодавець з метою запобіжного впливу на цих третіх осіб і надання додаткового захисту кредиторам таких юридичних осіб може встановлювати субсидіарну відповідальність суб'єктів вирішального впливу за зобов'язаннями контрольованих ними організацій. Такі відносини донедавна певною мірою врегульовувала ч. 7 ст. 126 ГК у редакції, що була чинною до внесення до Господарського кодексу України змін, запроваджених Законом України від 15 березня 2006 р. «Про холдингові компанії в Україні». Відповідна норма передбачала додаткову відповідальність згаданих осіб у тому разі, якщо дочірнє підприємство з вини контролюючого підприємства опиниться у стані неплатоспроможності і буде визнано банкрутом. Наразі ж сфера дії цього правила виявилася обмеженою надзвичайно вузьким колом відносин за участі формально визнаних такими холдингових компаній та контрольованих ними корпоративних підприємств (нині чинна редакція ч. 6 ст. 126 ГК).

Відповідно до ст. 1 ЦК України цивільним законодавством регулюються особисті немайнові та майнові відносини, засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні й майновій самостійності їх учасників. При цьому, як правило, не допускається застосування цивільно-правових норм до регулювання майнових відносин, заснованих на владному підпорядкуванні однієї сторони другій. Проте окрім класичних, так би мовити, відносин влади і підпорядкування, специфіка яких визначається виконанням однією із сторін функцій носія публічної влади, і зміст котрих зумовлений імперативно закріпленою нормами права субординацією правового

становища їх учасників, встановлення дещо схожих (оскільки сам їх зміст передбачає можливість здійснення визначального впливу однієї особи на поведінку іншої) відносин контролю і залежності не можна виключати й у взаєминах між формально рівноправними суб'єктами права.

Виникнення зазначених відносин можуть спричинити, з одного боку, потенційно невичерпне коло різноманітних фактичних обставин, а з іншого — цілком певні юридичні можливості, що становлять зміст конкретного суб'єктивного цивільного права. Безумовним осердям означених можливостей є корпоративні права учасника цивільних відносин — як влучно зазначає Н. В. Козлова, у корпоративних правовідносинах «принцип юридичної рівності суб'єктів поєднується з принципом підпорядкування, що допускає можливість впливу волі одних учасників правовідносин та волю інших»[1]. Така особливість корпоративних зв'язків, серед іншого, спричинює утворення корпоративних об'єднань, «у яких, — за визначенням Ю. Г. Басіна, — особливо активно виявляється прагнення отримання доходів при порушенні справедливих інтересів інших осіб, але при збереженні видимості правомірних дій»[2].

Правова природа відносин контролю й залежності найбільш рельєфно виявляється у особливостях правового статусу передбачених Господарським кодексом України дочірніх підприємств та холдингів, а також у контексті дослідження явища, за яким в юридичній літературі закріпилася образна назва «підняття корпоративної завіси». При цьому вітчизняні дослідники загалом сходяться на тому, що практичним наслідком установлення відносин контролю й залежності має бути можливість покладання на суб'єкта контролю субсидіарної відповідальності за боргами контрольованої ним юридичної особи[3].

Цивільний кодекс України не врегульовує питання відповідальності за неналежне використання можливостей впливу на волеви-

---

[1] *Козлова Н. В.* Понятие и сущность юридического лица. Очерк истории и теории. — М.: Статут, 2003. — С. 251.

[2] *Басин Ю. Г.* Правовой статус юридического лица в предпринимательских отношениях // Избранные труды по гражданскому праву. — СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. — С. 134.

[3] *Семерак О.* Дочірні підприємства — як форма здійснення іноземних інвестицій // Право України. — 1998. — № 3. — С. 27; *Кравчук В. М.* Соціально-правова природа юридичної особи: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. — Львів, 2000. — С. 104—108; *Шуба Б. В.* Відповідальність учасників господарського товариства як засіб захисту інтересів його кредиторів (порівняльно-правовий аналіз німецького і українського права): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. — Х., 2005. — 20 с.

явлення і діяльність контрольованих юридичних осіб, проте ст. 118 ЦК вимагає публічного інформування товариством, котре має більше 20 відсотків участі в іншому — залежному — товаристві, про свою участь у ньому. Оскільки взаємини вказаних товариств не обов'язково мають передбачати наявність відносин контролю, то й законодавство не розглядає у цьому ракурсі питання відповідальності. Втім, порушення зазначеного інформаційного обов'язку, коли воно завдало шкоди інтересам кредиторів залежного товариства, за наявності належних умов може спричинити застосування до правопорушника заходів цивільно-правової відповідальності.

Господарський кодекс України (ч. 1 ст. 126) дає визначення асоційованих підприємств (господарських організацій): це група суб'єктів господарювання — юридичних осіб, пов'язаних між собою відносинами економічної та (або) організаційної залежності у формі участі в статутному фонді та (або) управлінні. Згідно з ч. 2 ст. 126 ГК проста залежність між асоційованими підприємствами виникає у разі якщо одне з них має можливість блокувати прийняття рішень іншим (залежним) підприємством, які повинні прийматися відповідно до закону та (або) установчих документів цього підприємства кваліфікованою більшістю голосів. Вирішальна залежність між асоційованими підприємствами виникає у разі якщо між підприємствами встановлюються відносини контролю-підпорядкування за рахунок переважної участі контролюючого підприємства в статутному фонді та (або) загальних зборах чи органах управління іншого (дочірнього) підприємства, зокрема володіння контрольним пакетом акцій (ч. 3 ст. 126 ГК).

Загалом, за відсутності зловживань, контроль як організаційний засіб спрямування діяльності організації є природним станом, що пов'язує будь-яке структурне утворення, визнане повноправним учасником цивільного обороту, з іншими учасниками цивільних правовідносин, які, так би мовити, надали йому правового життя. Водночас цивільне право не може не перейматися контролем іншого гатунку, коли учасники юридичної особи нав'язують контрольованій організації спосіб дій, що йде врозріз з вимогами законодавства, правилами ділової етики, шкодить інтересам її кредиторів. Враховуючи це, застосування до суб'єктів вирішального впливу заходів відповідальності має зумовлюватися: а) встановленням між ними і контрольованими юридичними особами відносин саме вирішальної залежності, а не існуванням, скажімо, всього лишень незначної участі в статутному капіталі; б) порушенням суб'єктом контролю вимог добросовісності, що, зокрема, передбачає необхідність закріплення вини (але без обмеження її за формами та ступенями)

як обов'язкової умови його субсидіарної відповідальності; в) відсутністю у основного боржника можливості самостійно задовольнити вимоги своїх кредиторів.

Проте, як вже згадувалося, законодавець звузив до кола холдингових компаній той доволі широкий спектр суб'єктів вирішального впливу, на яких можна було покласти субсидіарну відповідальність за зобов'язаннями дочірніх підприємств згідно з нормами ст. 126 ГК в редакції від 16 січня 2003 р. Крім того, субсидіарна відповідальність холдингової компанії за зобов'язаннями збанкрутілого корпоративного підприємства не обумовлюється її виною у банкрутстві вказаного боржника.

Принагідно слід наголосити на тому, що питання про наявність чи відсутність відносин контролю-залежності може набувати правового значення також і з огляду на те, що за певних обставин об'єктивна обмеженість можливостей учасника впливати на рішення відповідної юридичної особи може слугувати доводом, що свідчить про його невинуватість. Наприклад, у постанові від 12 січня 2006 р. (справа № 3/321 за позовом Фонду державного майна України до ЗАТ-1, ЗАТ-2, треті сторони на стороні позивача — ВАТ і Державне казначейство України, про розірвання договору купівлі-продажу акцій, повернення пакету акцій у власність держави, стягнення штрафу за невиконання умов договору) Вищий господарський суд України, взявши до уваги те, що «частка відповідача в статутному фонді ВАТ ... не забезпечує вирішального впливу відповідача на рішення органів управління цього ВАТ, а також наявність об'єктивних причин, що вплинули на зменшення обсягів виробництва, включаючи зростання цін на енергоносії, комплектуючі, що призвело до збільшення собівартості продукції та зменшення на неї замовлень (попиту)», мотивував свою відмову в задоволенні касаційної скарги ФДМУ тим, що «суди попередніх інстанцій дійшли правомірного висновку про відсутність вини ЗАТ ... у зменшенні обсягів виробництва вказаного заводу».

В тому ж ряду відповідальності суб'єктів контролю (вирішального впливу) донедавна можна було розглядати субсидіарну відповідальність держави і муніципальних утворень за боргами фінансованих ними установ, за якими майно закріплено на праві оперативного управління (ч. 3 ст. 39 Закону України «Про власність», що втратив чинність на підставі Закону України від 27 квітня 2007 р. № 997-V «Про внесення змін та визнання такими, що втратили чинність, деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Цивільного кодексу України»), а нині — додаткову відповідальність держави за зобов'язаннями казенних підприємств (ч. 7 ст. 77 ГК). Хоча вирішальним чинником запровадження субсидіарної відповідальності

засновників зазначених публічних юридичних осіб є збереження державою і територіальними громадами права власності на майно, закріплене за вказаними організаціями-боржниками, а також виконання останніми публічно-владних та інших особливо значимих для суспільства функцій. Наприклад, цілком зрозуміла законодавча заборона щодо звернення стягнення за зобов'язаннями військової частини як суб'єкта господарювання на закріплене за нею майно зумовила закріплення у ч. 2 ст. 5 Закону України «Про господарську діяльність у Збройних Силах України» положення, згідно з яким військова частина як суб'єкт господарської діяльності відповідає за своїми зобов'язаннями коштами, що надходять на її рахунок по відповідних статтях кошторису (крім захищених статей), а в разі їх недостатності відповідальність за зобов'язаннями військової частини несе Міністерство оборони України.

§ 4. Цивільно-правова відповідальність юридичних осіб публічного права

У новому цивільному законодавстві поділ на юридичних осіб приватного і публічного права визначений як базова, первинна класифікація юридичних осіб. Однак про жодну специфіку регулювання цивільних відносин за участю публічних юридичних осіб у чинному ЦК, на жаль, не йдеться. Що ж стосується їх відповідальності, то законодавча регламентація цього питання наразі (після втрати чинності Законом України «Про власність») обмежується ізольованими нормами — наприклад, ч. 2 ст. 5 Закону України «Про господарську діяльність у Збройних Силах України» та ч. 7 ст. 77 Господарського кодексу України. Втім, у науковій літературі саме додаткова відповідальність засновників юридичних осіб публічного права розглядається як головна відмітна ознака правового статусу загалом усіх юридичних осіб цього виду[1].

Слід зазначити, що стан невизначеності щодо окремих аспектів порушеного питання зберігається у вітчизняному законодавстві вже багато років. Як свідчить лист Вищого арбітражного суду України (ВАСУ) від 27 червня 2001 р. № 01-2.2/165 до Кабінету Міністрів України «Щодо відповідальності юридичних осіб, за якими майно закріплене на праві оперативного управління», це породжує істотні проблеми у процесі вирішення господарських спорів. Адже встановивши обмежену відповідальність державних установ та казенних

[1] *Кучеренко І. М.* Організаційно-правові форми юридичних осіб приватного права. — К.: ДП «Юридичне видавництво «Аста», 2004. — С. 13—14.

підприємств за своїми зобов'язаннями, і поклавши додаткову відповідальність на публічних власників майна, закріпленого за такими юридичними особами, законодавець так і не спромігся визначити бодай будь-який правовий механізм реалізації такої відповідальності. Внаслідок цього, як наголосив ВАСУ, переважна більшість виконавчих документів про стягнення з державних установ грошових сум, у тому числі й державного мита, не виконувались. Зазначене дало підстави вищому спеціалізованому судові констатувати: «... законодавчого визначення потребують правові форми участі держави і адміністративно-територіальних утворень у відносинах щодо відповідальності за зобов'язаннями створених ними установ і казенних підприємств та по відшкодуванню відповідно до закону шкоди, завданої юридичним та фізичним особам незаконними діями державних органів»[1]. Проте до цього часу справа не зрушила з місця. Більше того, до ЦК України 2003 р. не потрапило норми, аналогічної загальному положенню ч. 3 ст. 32 ЦК УРСР 1963 р., згідно з яким фінансована власником установа відповідала наявними у її розпорядженні коштами, а у разі їх недостатності відповідальність за її зобов'язаннями повинен був нести власник відповідного майна.

Як випливає з п. 17 листа ВАСУ від 31 січня 2001 р. № 01-8/98 «Про деякі приписи законодавства, яке регулює питання, пов'язані із здійсненням права власності та його захистом», у разі відсутності або недостатності у державної організації, за якою майно закріплено на праві оперативного управління, коштів, необхідних для виконання зобов'язання, господарські суди повинні встановлювати державний орган, уповноважений управляти відповідним державним майном, та залучати його до участі у справі. Якщо ж таку недостатність коштів виявлено на стадії виконання рішення, тоді стягувач, на думку ВАСУ, має право звернутися з позовом до згаданого державного органу, що здійснює управління переданим бюджетній установі майном.

Втім, пропонований алгоритм навряд чи можна вважати практично дієвим, оскільки з огляду на запровадження казначейської форми виконання державного бюджету зазначений орган державного управління напевно буде не спроможний вирішити питання про виділення коштів, необхідних для виконання судового рішення, якщо тільки відповідні видатки не були заздалегідь передбачені бюджетними призначеннями. За таких обставин до участі у справі слід залучати також і орган Державного казначейства України. Однак, зважаючи на принцип цільового використання бюджетних коштів (п. 8 ст. 1 Бюджетного кодексу України), це ніяк не вирішує проб-

[1] Інформаційно-пошукова система «Законодавство»; Бізнес: законодавство та практика. — 2002. — № 2.

леми і не сприяє виконанню рішень судів[1]. Зазначене засвідчує нагальну необхідність законодавчого врегулювання всього спектра питань, пов'язаних з реалізацією субсидіарної відповідальності засновників публічних юридичних осіб, саме на рівні спеціального закону.

Власну відповідальність публічно-правових утворень, що є засновниками юридичних осіб публічного права, не можна змішувати з субсидіарною відповідальністю цих засновників за зобов'язаннями створених ними юридичних осіб. Адже останні можуть діяти: 1) безпосередньо від імені держави чи органів місцевого самоврядування: а) реалізуючи свою компетенцію у публічно-правових відносинах; б) діючи у цивільно-правових відносинах, однак виключно як орган держави (ст. 170 ЦК); 2) виступати у цивільних відносинах від власного імені, тобто як окрема юридична особа.

Тому у випадках, коли публічна юридична особа діє від імені відповідного публічного утворення — як у публічно-правових, так і у цивільно-правових відносинах, — вона створює цивільні обов'язки (в тому числі й з відшкодування шкоди) не для себе, а лише безпосередньо для відповідного суб'єкта публічного права (держави, органу місцевого самоврядування). І навпаки, коли вона бере участь у цивільних відносинах від свого імені, вона створює цивільні права і обов'язки для себе, а не для свого засновника. Тільки у такому разі публічно-правове утворення при реалізації його субсидіарної відповідальності відповідатиме вже не за свої власні дії, не за своїми зобов'язаннями, а за зобов'язаннями юридичних осіб публічного права. При цьому для прямої відповідальності держави потрібна наявність спеціальних нормативних підстав. З цього приводу в ухвалі Судової палати у цивільних справах Верховного суду України від 21 вересня 2005 р. у справі за позовом Л. до обласного управління ДАІ про відшкодування моральної шкоди, завданої незаконним вилученням посвідчення водія, наголошено на тому, що відшкодування шкоди з державного бюджету провадиться лише у випадках, прямо передбачених законом. Оскільки ж суд першої інстанції при винесенні рішення про задоволення позовних вимог у частині стягнення 2 тис. грн на відшкодування моральної шкоди не з'ясував, чи поширюються на позивача Л. визначені законом умови відшкодування шкоди за рахунок державного бюджету, рішення судів попередніх інстанцій були скасовані, а справа направлена для нового розгляду до суду першої інстанції[2].

---

[1] Див., напр.: роз'яснення Міністерства юстиції України від 18 березня 2005 р. № 25-32-3960 з приводу виконання судових рішень зі стягнення заборгованості працівникам навчальних закладів / Інформаційно-пошукова система «Законодавство».

[2] Вісник Верховного Суду України. — 2006. — № 1. — С. 16.

Самостійна майнова відповідальність юридичної особи передбачає можливість звернення стягнення за позовами її кредиторів на все належне їй майно (ч. 2 ст. 96 ЦК України). Послідовна реалізація вказаного принципу цивільно-правової відповідальності щодо суб'єктів підприємництва в кінцевому підсумку забезпечується дією норм інституту неспроможності (банкрутства). Але трапляються випадки, коли застосування принципу самостійної цивільно-правової відповідальності юридичної особи всім належним їй майном (з банкрутством та ліквідацією певного господарюючого суб'єкта в кінцевому підсумку) з певних міркувань є вочевидь неприйнятним. Зважаючи на це цивільне законодавство має передбачати інші, відмінні від винятково самостійної і повної майнової відповідальності зобов'язаного суб'єкта механізми максимально ефективного захисту цивільних прав та інтересів кредиторів юридичної особи. Тому згідно з ч. 3 ст. 209 Господарського кодексу України не можуть бути визнані банкрутом казенні підприємства. Так само і Законом України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» (ч. 7 ст. 5) визначено, що його положення не застосовуються до казенних підприємств.

Казенні підприємства відповідають за своїми зобов'язаннями лише коштами, що є в їх розпорядженні, але не основними фондами. За недостатності таких коштів у казенного підприємства повну субсидіарну відповідальність за його зобов'язаннями несе держава в особі органу, до сфери управління котрого входить відповідне підприємство. У такий спосіб гарантується продовження функціонування господарюючих суб'єктів, чия діяльність має особливе значення для держави і суспільства, незалежно від наслідків їх економічної діяльності (ч. 7 ст. 77 Господарського кодексу України). Тобто тут ми маємо справу з конкретним прикладом того, як законодавець, визнаючи перевагу певних суспільних інтересів, обмежує дію правил, що звичайно застосовуються у подібних правовідносинах до інших суб'єктів права. Відповідно щодо зазначених суб'єктів господарювання ГК відіграє роль одного з тих правових актів, які, згідно з абз. 2 ч. 3 ст. 81 ЦК України, можуть визначати порядок утворення та правовий статус юридичних осіб публічного права.

Приватноправовими передумовами субсидіарної відповідальності засновників юридичних осіб публічного права є: а) низький рівень їх майнової відокремленості та організаційної самостійності, зумовлений, насамперед, належністю їх засновникам права власності на майно, закріплене за цими юридичними особами, а також всього комплексу прав щодо здійснення управління ними; б) відсутність законодавчо встановлених вимог щодо підтримання мінімального

обсягу майнових активів публічних юридичних осіб та непоширення на них дії законодавства про банкрутство. Публічно-правовою передумовою субсидіарної відповідальності засновників юридичних осіб публічного права слід вважати необхідність створення гарантій для безперешкодного здійснення публічних (владних та інших особливо значимих для суспільства) функцій, виконання яких покладене на ці юридичні особи. Такого роду гарантіями у сфері цивільного права є ті правові засоби, які унеможливлюють звернення стягнення на майно, що забезпечує виконання публічними юридичними особами покладених на них публічно-правових функцій.

Характер обов'язку засновника державної або комунальної організації відшкодувати завдану нею шкоду за відсутності у безпосереднього суб'єкта відповідальності достатнього майна, на яке можна було б звернути стягнення за позовами його кредиторів, не припускає необхідності обговорення питання про виявлення вини засновника публічної юридичної особи або існування презумпції його винуватості. Адже у цій ситуації йдеться про використання такого засобу захисту майнових інтересів потерпілих від вчиненого основним боржником правопорушення, який подібно до поруки слугує винятково одній меті — забезпеченню реалізації вимог кредиторів на одержання належної їм майнової компенсації. Тому використання цього правового засобу не передбачає вчинення будь-якого правопорушення самим субсидіарним боржником і не потребує, відповідно, встановлення не тільки суб'єктивної, а й об'єктивних умов його відповідальності. Обов'язок суб'єкта додаткової відповідальності має тут виразний гарантійний характер, він не пов'язаний ані з виною, ані з протиправністю його носія.

Вищевикладене зазвичай не заперечує того факту, що держава, Автономна республіка Крим і територіальні громади можуть нести відповідальність за дії чи бездіяльність створених ними органів на засадах вини, проте йдеться винятково про ті випадки, коли ці органи беруть участь у цивільних відносинах не як юридичні особи публічного права, а як публічно-правові представники держави, територіальних громад, адміністративно-територіальних утворень, і діють при цьому в межах встановленої законом компетенції або на підставі спеціальних доручень цивільно-правового змісту (статті 170 і 173 ЦК України). Тобто за таких обставин діями відповідних органів влади та місцевого самоврядування створюватимуться зобов'язання, в яких братимуть участь не згадані юридичні особи публічного права, а безпосередньо їх засновники. І якщо вина в силу закону або договору не буде виключена зі складу необхідних умов відповідальності, суб'єктивний елемент поведінки саме цих публічно-правових

утворень як безпосередніх учасників означених цивільних правовідносин розглядатиметься як складова предмету судового розгляду в справі про порушення договору.

Державні та комунальні організації, наділені публічно-правовою компетенцією, можуть створювати для своїх засновників також і деліктні зобов'язання, але теж тільки у тому разі, коли їх дії не є здійсненням їх цивільної правоздатності як окремого суб'єкта цивільного права, публічної юридичної особи, а вчинені у зв'язку з реалізацією їх публічної правосуб'єктності. Відповідальність за такі делікти закон цілком справедливо покладає на державу, територіальні громади, адміністративно-територіальні одиниці — до того ж незалежно від їх вини.

У позадоговірних відносинах відповідальність без урахування вини асоціюється з відшкодуванням шкоди, заподіяної джерелом підвищеної небезпеки (ст. 1187 ЦК України). Як правило, юридичні особи публічного права використовують такого роду об'єкти не як представники державної або місцевої влади, а як самостійні учасники цивільних відносин. У той же час можливість заподіяння шкоди цивільним правам громадян внаслідок протиправних дій органів публічної влади при здійсненні ними своєї компетенції у царині публічно-правових відносин зумовлює справедливість покладання відповідальності за шкоду, заподіяну незаконними діями органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури і суду, саме на державу, яка визначає їх компетенцію й від імені якої вони діють, реалізуючи свої владні повноваження (ст. 1176 ЦК). Про жодну субсидіарність відповідальності у цьому разі, звісно, не можна говорити, оскільки відповідні органи влади при порушенні прав потерпілих не здійснюють надану їм цивільно-правову правосуб'єктність публічних юридичних осіб, а функціонують як невід'ємна складова державного апарату.

Згідно зі ст. 56 Конституції України кожен має право на відшкодування за рахунок держави чи органів місцевого самоврядування матеріальної та моральної шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб при здійсненні ними своїх повноважень. Тож відповідно до Основного Закону, ст. 1173 ЦК України конкретизує зазначене конституційне положення і передбачає, що шкода, заподіяна незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органів державної влади чи місцевого самоврядування, відшкодовується незалежно від вини відповідних органів і службових осіб. Услід за викладеним загальним правилом ст. 1174 ЦК України встановлює відповідальність відповідних суб'єктів публічного права за шкоду, завдану посадовою або службовою органу

державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування при здійсненні ними своїх повноважень незалежно від вини зазначених осіб. У ст. 1175 Цивільного кодексу теж ідеться про відповідальність згаданих суб'єктів публічного права незалежно від вини посадових і службових осіб органів влади — у випадках відшкодування шкоди, заподіяної державними органами і органами місцевого самоврядування в галузі нормотворчої діяльності. У всіх цих випадках установлюється виключно пряма, а не субсидіарна відповідальність держави, територіальних громад і Автономної Республіки Крим як зобов'язаних осіб у порушених абсолютних цивільних відносинах.

§ 5. Особливості цивільної відповідальності підприємницьких товариств

Характерними особливостями правового статусу підприємницьких товариств та передбачених ГК підприємств (господарських організацій) як потенційних суб'єктів цивільно-правової відповідальності є, передусім: 1) наявність сформованого у передбачених законом випадках статутного капіталу (фонду), що визначає мінімальний розмір майна підприємницької юридичної особи, який гарантує інтереси її кредиторів. Створенню майнових гарантій захисту зазначених інтересів слугують також й інші законодавчі приписи, які визначають обов'язок підприємницьких юридичних осіб створювати цільові майнові фонди певного призначення (резервні, страхові тощо); 2) несення субсидіарної відповідальності за їх боргами учасниками зазначених юридичних осіб у встановлених законом випадках.

Окремо слід згадати передбачене ч. 2 ст. 218 ГК виключення вини зі складу умов майнової відповідальності суб'єктів господарювання, оскільки зазначена норма поширюється, передусім, на юридичні особи. У зв'язку з цим варто нагадати, що відповідно до ст. 639 «Підстави звільнення від відповідальності під час здійснення підприємницької діяльності» проекту від 25 серпня 1996 р. ЦК України на відміну від загального правила про відповідальність на засадах вини боржника межею відповідальності підприємців передбачалося враховувати вплив непереборної сили, під якою розумілася надзвичайна та невідворотна за даних умов подія, що унеможливила належне виконання зобов'язання[1]. Натомість ст. 614 ЦК не

[1] Цивільний кодекс України. Проект від 25 серпня 1996 р., прийнятий Верховною Радою в першому читанні 5 червня 1997 р. // Українське право. — 1999. — № 1. — С. 251.

розглядає здійснення підприємницької діяльності як загальнозначимий чинник виключення вини зі складу умов цивільно-правової відповідальності. Втім, згідно з ч. 1 ст. 906 ЦК виконавець, який порушив договір про надання послуг за плату при здійсненні ним підприємницької діяльності, відповідає за це порушення, якщо не доведе, що належне виконання виявилося неможливим внаслідок непереборної сили, якщо інше не встановлено договором або законом. Але й тут законодавець демонструє свою непослідовність, позаяк у положеннях про окремі види договорів щодо надання послуг наведеному загальному положенню відповідає хіба що успадкована від ЦК УРСР й «освячена» римським цивільним правом норма про відповідальність професійного зберігача (ч. 2 ст. 950 ЦК). Вельми неоднозначною в означеному контексті виглядає норма про підвищену відповідальність управителя (ч. 1 ст. 1043 ЦК).

Загалом важко збагнути логіку законодавця, котрий начебто покладає на підприємців, що надають послуги, відповідальність незалежно від їхньої вини, але зберігає вину як умову відповідальності при здійсненні підприємцями продажу товарів та виконанні ними робіт. Особливо рельєфно нелогічність теперішньої нормативної ситуації з визначенням юридичного значення суб'єктивної умови цивільної відповідальності суб'єктів господарювання віддзеркалюється у відмінностях правового регулювання договірної та недоговірної відповідальності продавців та виготовлювачів за договором роздрібної купівлі-продажу. Нині за порушення прав споживача за відповідним договором зазначені особи відповідають за наявності їх вини, а от у разі заподіяння позадоговірної шкоди як фізичній, так і юридичній особі (причому незалежно від можливої реєстрації потерпілого як суб'єкта підприємницької діяльності) продавець або виготовлювач зобов'язані відшкодувати завдану ним шкоду незалежно від своєї вини. Більше того, оскільки в ст. 1209 ЦК коло суб'єктів відповідальності формально не обмежене самими лише підприємцями, то встановлена нею посилена (незалежно від вини) відповідальність має покладатися на кожного продавця, виготовлювача, виконавця робіт, послуг, недоліками товарів, робіт, послуг якого було завдано шкоди іншому учаснику цивільних відносин[1].

При визначенні загального правового статусу юридичної особи законодавець особливу увагу приділив питанням реалізації принципу її самостійної відповідальності за своїми зобов'язаннями (ст. 96 ЦК). Зв'язок цього аспекту формування механізму цивільно-право-

[1] Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. / За відповід. ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової, В. В. Луця. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — Т. II. — С. 932—936.

вої відповідальності підприємницьких товариств з родом їх основної діяльності доволі виразно конкретизовано у положеннях щодо формування та підтримання статутного капіталу акціонерних товариств (АТ) і товариств з обмеженою відповідальністю (ТОВ), що є чи не найбільш поширеними організаційно-правовими формами підприємницьких товариств.

Як слушно зазначається у дисертаційному дослідженні О. С. Янкової, формування статутного капіталу (фонду) дозволяє створити: юридичні передумови для визнання комерційної організації самостійним суб'єктом права й учасником правовідносин; економічні передумови для її незалежної участі у комерційному обороті; можливість реалізації заходів відповідальності; умови для реалізації принципу роздільної відповідальності цієї юридичної особи та її учасників[1].

Відповідно до статей 144 і 155 ЦК статутний капітал ТОВ і АТ визначає мінімальний розмір майна товариства, який гарантує інтереси його кредиторів. Причому він не може бути меншим розміру, встановленого законом. Згідно з ч. 3 ст. 144 ЦК до моменту державної реєстрації ТОВ його учасники повинні сплатити не менше ніж п'ятдесят відсотків суми своїх вкладів, а несплачена частина статутного капіталу підлягає сплаті протягом першого року діяльності товариства. Якщо ж протягом цього року учасники не сплатять повної суми своїх вкладів, ТОВ має оголосити про зменшення статутного капіталу і зареєструвати відповідні зміни до статуту або прийняти рішення про ліквідацію товариства.

Як щодо ТОВ, так і щодо АТ діє правило, згідно з яким у разі, коли після закінчення другого та кожного наступного фінансового року вартість чистих активів товариства виявиться меншою від статутного капіталу, воно зобов'язане оголосити про зменшення свого статутного капіталу (якщо тільки учасники ТОВ не приймуть рішення про внесення додаткових вкладів) та зареєструвати відповідні зміни до статуту. Якщо ж вартість чистих активів товариства стає меншою від мінімального розміру статутного капіталу, встановленого законом, відповідне товариство підлягає ліквідації (ч. 4 ст. 144, ч. 3 ст. 155 ЦК).

Проте залишається незрозумілою відмова законодавця від закріплення за іншими підприємницькими товариствами, які також створюються саме з метою професійної участі в цивільному обороті, аналогічного обов'язку щодо створення майнових фондів гаранту-

[1] *Янкова О. С.* Правове регулювання статутного фонду комерційних організацій: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.04 / Інститут економіко-правових досліджень НАН України. — Донецьк, 2000. — 20 с.

вання вимог кредиторів. Адже встановлення додаткової (товариство з додатковою відповідальністю, повне і командитне товариства, виробничий кооператив, казенне підприємство), солідарної і навіть необмеженої (повні учасники повного і командитного товариств) відповідальності певних осіб за боргами окремих підприємницьких товариств і підприємств далеко не завжди може належним чином компенсувати ймовірну нестачу власних активів у юридичної особи-боржника.

По-перше, наявність того ж статутного капіталу до певної міри убезпечує інтереси кредиторів юридичної особи ще на стадії встановлення правових зв'язків з організацією-боржником. По-друге, цей капітал здатний гарантувати задоволення хоча б мінімальних вимог кредиторів, тоді як у учасників, що нестимуть субсидіарну (нехай навіть і необмежену) відповідальність за боргами товариства може не виявитися майна, яке було б порівняним за вартістю з відповідним обсягом статутного капіталу. По-третє, вагомою гарантією інтересів кредиторів підприємницької юридичної особи слугує періодичний аудиторський та публічний (зокрема, з боку органів Державної податкової служби) контроль за додержанням нею вимог щодо вартості наявних активів.

Особливості відступів від винятково самостійної відповідальності підприємницьких товариств значною мірою визначаються тим, до яких форм об'єднання тяжіє та чи інша організаційно-правова форма товариства — до так званих об'єднань капіталів чи до об'єднань осіб. Саме в об'єднаннях капіталу, найбільш виразною формою котрих є акціонерні товариства, принцип роздільної відповідальності учасників (акціонерів) та відповідної юридичної особи (ч. 3 ст. 96 ЦК) втілюється найповніше. Тобто тут сповна здійснюється функція мінімізації майнових ризиків учасників. У той же час на членів класичних об'єднань осіб (повних та командитних товариств) та учасників організаційно-правових форм, які тяжіють до цих об'єднань (товариство з додатковою відповідальністю та виробничі кооперативи), поширюється той чи інший (усім належним учасникові товариства майном чи обмежений визначеним законом або статутом юридичної особи обсягом) режим додаткової відповідальності за зобов'язаннями товариств, в яких вони беруть участь.

Значимість наближеності організаційно-правової форми юридичної особи до об'єднання осіб чи об'єднання капіталів рельєфно виявляється також на тлі винятково чи переважно союзного характеру одних підприємницьких товариств і широкого допуску до функціонування у формі одночленних корпорацій — інших. Таке

розмежування не дуже істотне з погляду можливостей застосування субсидіарної відповідальності учасників юридичної особи, але воно є вельми значимим для встановлення режиму солідарної відповідальності учасників окремих організаційно-правових форм підприємницьких юридичних осіб. Наприклад, учасники повного товариства солідарно несуть додаткову відповідальність за його зобов'язаннями усім майном, що їм належить (ч. 1 ст. 119 ЦК). Тобто підвищені гарантії виконання зобов'язань цього товариства обумовлюються не тільки необмеженою додатковою відповідальністю його учасників, а й солідарністю відповідного обов'язку, що передбачає участь в повному товаристві принаймні двох осіб. Виходячи з цього у ч. 1 ст. 132 ЦК встановлено правило, за яким повне товариство підлягає ліквідації, якщо його учасник, що залишився один, протягом шести місяців не перетворить таке товариство в інше господарське товариство.

Організаційно-правова форма командитного товариства також має винятково союзний характер, але іншого типу, оскільки поряд з учасниками, які здійснюють від імені товариства підприємницьку діяльність і солідарно несуть субсидіарну відповідальність за його зобов'язаннями всім своїм майном, у цьому товаристві є вкладники, котрі відповідальності за боргами товариства не несуть, а тільки ризикують своїми вкладами у товариство. В силу зазначеного командитне товариство не зобов'язане ліквідовуватися, якщо в ньому залишається хоча б один повний учасник і один вкладник. Це свідчить про те, що командитне товариство в площині встановлення співвідношення між принципом роздільної відповідальності юридичної особи та її учасників і ступенем втілення забезпечувальної (щодо захисту прав кредиторів) функції цивільно-правової відповідальності суміщає елементи правового регулювання об'єднань осіб і об'єднань капіталів (останнє — щодо майнового ризику, а не відповідальності, вкладників).

Натомість товариство з обмеженою відповідальністю та акціонерне товариство можуть «складатися» з однієї особи (ч. 1 ст. 140 та ч. 4 ст. 153 ЦК). Учасники (акціонери) зазначених товариств, на відміну від повних учасників повного і командитного товариств, не відповідають за зобов'язаннями відповідних юридичних осіб, а тільки несуть ризик збитків, пов'язаних з діяльністю товариства, у межах вартості своїх вкладів чи акцій, що їм належать (ч. 2 ст. 140 та ч. 2 ст. 152 ЦК). Ознакою цивільно-правової відповідальності є зменшення майнової сфери боржника за рахунок вилучення з неї майна, необхідного для повного відшкодування шкоди, завданої кредиторові. Однак учасники ТОВ і акціонери АТ зазвичай не відповідають

перед кредиторами відповідного товариства своїм власним майном. Натомість вони передусім ризикують внесеними ними вкладами, тобто саме як інвестори, оскільки у разі звернення стягнення на майно товариства учасники АТ та акціонери ТОВ ризикують позбутися на майбутнє: 1) очікуваних дивідендів (це справедливо як щодо учасників ТОВ, так і акціонерів АТ); 2) можливості одержати належну частку в майні ТОВ (вона має бути пропорційна вкладу учасника) у разі виходу з товариства — ч. 2 ст. 148 ЦК); 3) ліквідаційної квоти в майні ТОВ чи АТ або її частини — якщо після задоволення вимог кредиторів товариства, що підлягає ліквідації, не залишиться активів, які підлягають розподілу між учасниками товариства, або їх не вистачатиме для повернення учасникам вартості їх вкладів (викупу і погашення акцій).

Такий характер майнового ризику учасника товариства та неможливість ототожнення цього ризику з власною відповідальністю зазначеного учасника зумовлюється головно тим, що згідно з ч. 1 ст. 115 ЦК господарське товариство є власником майна, переданого йому у власність як вклад до статутного (складеного) капіталу. Так само відповідне майно перебуває у власності виробничого кооперативу, а не його окремих членів (ч. 1 ст. 165 ЦК). Зважаючи на це справедливим є наголос на тому, що попередні законодавчі формулювання щодо обмеження «відповідальності» засновників (учасників) означених господарських товариств розмірами їх часток у статутному фонді товариства слід сприймати як певну умовність або ж технічний огріх[1].

На відміну від ТОВ і АТ товариство з додатковою відповідальністю (ТДВ) є тією формою господарських товариств, котра передбачає несення їх учасниками поряд з майновим ризиком (в межах вартості їх вкладів у статутному капіталі цієї юридичної особи) також і обмеженої статутом ТДВ солідарної додаткової відповідальності за зобов'язаннями самого товариства (ч. 2 ст. 151 ЦК)[2]. Отже, головна відмінність ТОВ і ТДВ як суб'єктів цивільної відповідальності, а також правового статусу їх учасників полягає у тому, що можлива субсидіарна відповідальність учасників ТДВ за боргами цього товариства за всіх умов не може бути обмежена обсягом нормального ризику, пов'язаного з участю в його статутному капіталі.

Додаткова відповідальність учасників ТДВ має солідарний характер, але на відміну від звичайної солідарної відповідальності

---

[1] Кодифікація приватного (цивільного) права України / За ред. А. Довгерта. — К.: Український центр правничих студій, 2000. — С. 139.

[2] *Вінник О. М.* Господарські товариства і виробничі кооперативи: правове становище. — К.: Товариство «Знання», КОО, 1998. — С. 197.

(ч. 1 ст. 543 ЦК), загальна сума вимог, пред'явлених до кожного окремого учасника ТДВ, за всіх обставин не може перевищувати вартості його вкладу, збільшеного у однаковому для всіх учасників кратному вимірі, що має бути встановлений статутом товариства. Це означає, що на режим додаткової відповідальності учасників ТДВ не може бути поширене правило абз. 2 ч. 2 ст. 543 ЦК. Тобто учасник, який в повному обсязі виплатив суму, належну з нього на погашення боргів товариства згідно зі статутом, не може надалі вважатися зобов'язаним перед товариством або його кредиторами, незважаючи на наявність аналогічних за характером вимог до інших учасників. Водночас ЦК не дає підстав відкидати допустимість поширення на розглядувані відносини норм про право на зворотну вимогу (регрес) боржника, який виконав солідарний обов'язок (ст. 544 ЦК). Тобто відповідний учасник ТДВ вправі звернутися з регресною вимогою до решти учасників, які поставатимуть у такому разі перед ним як боржники, розмір зобов'язань яких визначатимуться пропорційно їх вкладам у статутному капіталі товариства.

У разі банкрутства учасника ТДВ його відповідальність за зобов'язаннями товариства розподіляється між рештою учасників пропорційно їх часткам у статутному капіталі. Зазначене положення зовні є подібним до правила ч. 2 ст. 544 ЦК щодо розподілу частки, несплаченої одним із солідарних боржників, серед інших солідарних боржників. Мета цього заходу в даному разі полягає у збереженні того загального рівня захисту прав та інтересів кредиторів ТДВ, існування якого передбачалося на час встановлення відповідних правовідносин.

Уявляється, що не можна не зважати на те, що застосування до учасника ТДВ субсидіарної відповідальності за боргами товариства в силу однієї тільки відмови останнього (не виключено — недобросовісної) виконати вимогу кредитора чи зволікання з наданням відповіді на таку вимогу, за наявності у ТДВ достатніх можливостей для її задоволення означатиме неприпустиме нехтування і засадою самостійності відповідальності юридичної особи усім належним їй майном, і правами учасника товариства. Зокрема, слід враховувати той факт, що на відміну від більшості випадків субсидіарної відповідальності одних учасників цивільних відносин за зобов'язаннями інших, де додатковий боржник завжди є поручителем основного боржника у цілком певному зобов'язанні, учасник ТДВ, ймовірно, навіть не уявлятиме про укладання більшості з тих угод, за виконання котрих йому доведеться відповідати у разі реалізації його обов'язку нести додаткову відповідальність за зобов'язаннями ТДВ. Тим паче, якщо йтиметься про позадоговірну відповідальність. Тому

було б і справедливим, і розумним зафіксувати у законодавстві норму про настання зазначеної відповідальності учасників ТДВ лише у разі визнання їх товариства банкрутом. Проте єдності щодо цього питання серед науковців не спостерігається[1].

Можливістю застосування субсидіарної відповідальності за зобов'язаннями виробничого кооперативу (ВК) до його членів (ч. 2 ст. 163 ЦК, ст. 108 ГК) ця організаційно-правова форма підприємницького товариства нагадує ТДВ. Виробничі кооперативи мають чимало ознак, які більшою мірою притаманні так званим товариствам — об'єднанням осіб. Серед них можна згадати: можливість виключення особи з кооперативу; допустимість запровадження обмежень щодо права члена кооперативу передавати свій пай іншим особам, в тому числі й іншим членам кооперативу; можливість відмови кооперативу у вступі до нього спадкоємців померлого члена кооперативу тощо (частини 2, 3, 4 ст. 166 ЦК). До того ж відмінною ознакою ВК є особиста трудова участь членів кооперативу в його виробничій чи господарській діяльності, що підносить значимість персонального фактору (ділові якості, трудові навики, добросовісність членів ВК тощо) у функціонуванні цієї юридичної особи та ще більшою мірою ріднить виробничі кооперативи з господарськими товариствами — класичними об'єднаннями осіб (повними і командитними товариствами). З урахуванням цього було б логічним визначити для членів ВК такий режим їх відповідальності за зобов'язаннями кооперативу, який був би максимально наближеним до режиму майнової відповідальності ТДВ. Тому у загальних рисах можна вважати концептуально правильним припис ч. 2 ст. 163 ЦК, якою визначено, що члени ВК несуть субсидіарну відповідальність за зобов'язаннями кооперативу в розмірах та порядку, встановлених статутом кооперативу і законом. Інша справа, що навряд чи можна назвати прийнятним те, що законодавець фактично повністю віддає на розсуд членів ВК вирішення питання про розмір їх субсидіарної відповідальності.

[1] Цивільний кодекс України: Коментар / За заг. ред. Є.О. Харитонова. — Х.: ТОВ «Одіссей», 2003. — С. 66, 109.

Глава 23
ТРЕТЕЙСЬКА УГОДА

Цивільне право виходить з того, що захист суб'єктивних цивільних прав та охоронюваних інтересів здійснюється в передбаченому законом порядку, тобто за допомогою застосування певних форм та способів. Традиційно розрізняють дві основні форми захисту: юрисдикційну та неюрисдикційну. Неюрисдикційна форма реалізується суб'єктами самостійно без звернення до компетентного органу і уявляє собою самозахист (ст. 19 ЦК України). В свою чергу, в межах юрисдикційної форми виокремлюють загальний та спеціальний порядок захисту. Спеціальний порядок реалізується через органи державної влади та органи місцевого самоврядування (ст. 17 ЦК України), а також нотаріусами (ст. 18 ЦК України). В межах загального порядку захист цивільних прав здійснюється судами, спеціалізованими (господарськими, адміністративними) та третейськими судами.

Третейський суд являє собою недержавний незалежний орган, покликаний вирішувати передані на його розгляд за згодою сторін спори та правомочний винести обов'язкове для сторін рішення.

Третейський суд як юрисдикційний орган не входить до судової системи, яка покликана здійснювати правосуддя в Україні, розглядає спори, що виникають між суб'єктами цивільних та господарських правовідносин виключно за наявності їх згоди, що об'єктивується в третейській угоді. Конституційний принцип ст. 124 Конституції України, відповідно до якого правосуддя в Україні здійснюється виключно судами, поширюється

виключно на суди, що входять до судової системи України, а розгляд спорів третейськими судами не означає здійснення правосуддя.

Конституційним підґрунтям здійснення третейського розгляду є положення ст. 55 Конституції України, відповідно до якої кожен має право будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань.

Різновидом третейського суду є міжнародний комерційний арбітраж, до компетенції якого належить вирішення спорів, що виникають при здійсненні зовнішньоторговельних та інших видів міжнародних економічних зв'язків.

Головною особливістю третейського суду та міжнародного комерційного арбітражу є те, що їх компетенція (правомочність вирішувати певний спір) виникає із дійсної третейської (арбітражної) угоди, яка спрямована на обрання певної процедури захисту цивільних прав.

§ 1. Поняття третейської угоди

Третейська угода є центральною категорією інституту третейського розгляду, оскільки визначає його природу. Наявність третейської угоди є передумовою можливості здійснення третейського розгляду взагалі. Третейська угода є безпосереднім джерелом та правовою підставою набуття компетенції третейським судом, від неї залежить можливість визнання третейського рішення та приведення його до виконання.

Терміни «арбітражна угода» та «третейська угода» визначають одне і те саме явище — угоду про передачу спору на розгляд третейського суду (арбітражу). Розбіжності, на наш погляд, пояснюються використанням законодавцем різних термінів в різних законодавчих актах. Так, в Законі України «Про міжнародний комерційний арбітраж» використовується словосполучення арбітражна угода, а в Законі України «Про третейські суди» — третейська угода.

Разом з цим в деяких країнах законодавство поділяє арбітражні угоди на внутрішні та іноземні. Так, такий поділ та термінологічні визначення, зокрема, були запропоновані англійським Законом про арбітраж 1979 р., в якому під внутрішньою арбітражною угодою розумілась угода, яка передбачала проведення арбітражу в Великобританії з вирішення спору між сторонами, які є громадянами або юридичними особами Великобританії.

На наш погляд, з метою запобігання термінологічної плутанини, в законодавстві та наукових працях вірним було б вживати термін

«третейська угода», якщо йдеться про внутрішню арбітражну угоду, і — термін «арбітражна угода», коли йдеться про арбітражну угоду, ускладнену іноземним елементом. Варто також зважати на те, що обтяження арбітражної угоди іноземним елементом викликає певні особливості в правовому регулюванні та змісті таких угод, на яких ми спинимось далі.

Основною метою укладення сторонами третейської угоди якраз і є застосування третейського способу розгляду щодо вирішення конкретного правового конфлікту та виключення можливості розгляду спору судом загальної юрисдикції (державним судом). У цій частині ст. 5 Закону України «Про третейський суд» визначено, що спір може бути переданий на розгляд третейського суду за наявності між сторонами третейської угоди, яка відповідає вимогам цього Закону.

Основні вимоги до угоди про передачу спору на розгляд третейського суду викладені у Розділі II Закону України «Про третейські суди», «Третейська угода», який присвячений регулюванню видів та форм третейської угоди, обранню (призначенню) третейського суду за угодою, регулюванню обміну документами та письмовими матеріалами.

Легальне визначення третейської угоди міститься в ст. 2 Закону України «Про третейські суди», під якою розуміється угода сторін про передачу спору на вирішення третейським судом. В той же час поняття арбітражної угоди міститься в ст. 7 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», відповідно до якої арбітражна угода — це угода сторін про передачу до арбітражу всіх або певних спорів, які виникли або можуть виникнути між ними у зв'язку з будь-якими конкретними правовідносинами, незалежно від того, чи мають вони договірчий характер, чи ні.

О. Виноградова визначає третейську угоду як угоду сторін про передачу на розгляд третейського суду конкретного спору, певних спорів або всіх спорів, які вже виникли чи можуть виникнути між сторонами у майбутньому в зв'язку з будь-якими правовідносинами незалежно від того чи мають вони договірний характер.[1]

В юридичній літературі пропонувались інші визначення поняття третейська угода, які виходили з визначення її тих чи інших характерних рис. Наприклад, Л. Ануфрієва під арбітражною угодою розуміє угоду, яка втілює погоджену волю сторін про передачу спору між ними до арбітражу, що укладена в письмовій формі, є обов'язковою

[1] Арбитражный процесс: Учебник / Отв. ред. В. В. Ярков. Изд. 2-е. — М.: Волтерс Клувер, 2003.— С. 660.

для сторін та визначає компетенцію арбітражу[1]. В свою чергу, В. В. Комаров зазначав, що арбітражна угода — це угода про вирішення арбітражем певного цивільно-правового спору, який виник між сторонами, та яка виключає компетенцію державного суду[2].

З інших позицій підходить до визначення третейської угоди Є.Новіков, розглядаючи угоду про передачу спору на вирішення третейського суду в якості цивільного договору, що має похідне публічне (в тому числі процесуальне) значення[3].

Найбільш всебічне визначення третейської угоди, яке базується на всебічному аналізі різних аспектів цього правового явища, запропонував С. Курочкін. Так, ним висунуто тезу про те, що третейська угода повинна розглядатися як:

1) правовідносини, і в цій якості арбітражна угода є:

— підставою для передачі спорів до третейського суду для розгляду і ухвалення рішення;

— підставою компетенції третейського суду;

2) юридичний факт, і в цій якості третейська угода є:

— підставою компетенції третейського суду;

— елементом юридичного складу, що визначає зміну підвідомчості справи по спору сторін, а відповідно, і виключення спору із юрисдикції державних судів[4].

§ 2. Правова природа третейської угоди

Говорячи про правову природу арбітражної угоди, слід зазначити, що у правовій літературі щодо цього питання не має єдиного підходу[5]. Існує декілька теорій та позицій, що стосуються правової суті третейської угоди. Їх можна поділити на чотири групи: «договірна», «процесуальна», «змішана» і »автономна»[6]. Договірна

---

[1] *Ануфриева Л. П.* Международное частное право: В 3 т. Т. 3. Трансграничные банкротства. Международный коммерческий арбитраж. Международный гражданский процесс. — М., 2001. — С. 158.

[2] *Комаров В. В.* Международный коммерческий арбитраж. — Х., 1995. — С. 38.

[3] *Новиков Е. Ю.* Третейское разбирательство споров, подведомственных судам общей юрисдикции: Проблемы нормативного регулирования — актуальные проблемы гражданского процесса. — СПб., 2002.— С. 194.

[4] *Курочкин С.* Третейское разбирательство гражданских дел в Российской Федерации: теория и практика. — М.: Волтерс Клувер,2007. — С.147.

[5] *Брунцева Е. В.* Международный коммерческий арбитраж: Учебное пособие для высших юридических учебных заведений. — СПб.: Издательский Дом «Сентябрь», 2001. — С. 48.

[6] Там само. — С. 79.

або матеріальна теорія правової природи виходить з основної тези про те, що третейська угода є особливим видом цивільно-правового правочину. В свою чергу, процесуальна теорія, навпаки, заперечує наявність в третейській угоді будь яких матеріальних елементів та зводить її до процесуальної угоди, на кшталт угоди про вибір компетентного суду. Теорія автономної природи третейської угоди була розроблена в теорії міжнародного комерційного арбітражу та намагається довести, що арбітражна угода є своєрідним явищем і інститутом права міжнародної торгівлі як наднаціональної правової системи.

Ми підтримуємо позицію тих авторів, які вважають, що третейська угода має змішаний характер, тобто наділена матеріально-правовими та процесуальними рисами [1]. Виправданість обраної позиції пояснюється тим, що третейська угода має змішану (комплексну) правову природу, яка поєднує в собі і матеріально-правові, і процесуальні аспекти. З огляду на це, як зазначав професор В. В. Ярков, третейська угода відноситься до особливого роду юридичних фактів, які одночасно поєднують в собі характерні матеріально-процесуальні елементи, внаслідок чого набувають дуалістичного значення[2]. Відповідний дуалізм третейської угоди, на якому наголошував професор В. В. Ярков, і зумовлює формування різних підходів до розуміння правової природи. Проте слід зазначити, що не зважаючи на складність ідентифікації правової природи третейської угоди, значна кількість науковців-правознавців, незалежно від обраних підходів та позицій, погоджуються з притаманною своєрідністю третейської угоди[3].

Повертаючись до дискусії щодо природи третейської угоди слід згадати про те, що третейська угода, з моменту укладення, характеризується двома аспектами. По-перше, остання зобов'язує сторін при виникненні спору вчинити певні дії — тобто звернутися для вирішення спору до третейського суду (так звані «позитивні наслідки»), проте з іншого боку, укладення третейської угоди зобов'язує її сторін і утримуватися від певних дій, а саме — не звертатися для вирішення спору до державного суду (так звані «негативні наслідки») [4].

---

[1] *Ануров В. Н.* Юридическая природа международного коммерческого арбитража. Вопросы теории и практики. — М.: Проспект, 2000. — С. 48.

[2] *Ярков В. В.* Юридические факты в механизме реализации норм гражданского процессуального права. — Екатеринбург, 1992. — С. 24.

[3] *Рожкова М. А.* Компетентный суд по соглашению сторон// Третейский суд. — 2004. — №1(31). — С. 77.

[4] *Котельников А. Г.* Негативные последствия заключения арбитражного соглашения // Арбитражный и гражданский процесс. — 2004. — №8. — С. 39.

Отже, ми бачимо, що виконання договірних умов третейської угоди як матеріально правового явища тягнуть процесуальні наслідки.

Прихильники змішаної теорії поділяючи цивільно-правову природу третейської угоди досить обережно висловлюються щодо її кваліфікації. Так, О. В. Кудрявцева зазначає, що «за своєю юридичною природою третейську угоду слід віднести до класу правочинів, хоча і процесуального характеру»[1], при цьому відповідний висновок обумовлений також необхідністю застосування норм матеріального права відносно врегулювання відносин, які виникають з приводу виконання такої угоди, в тому числі відносин щодо визнання таких угод недійсними, а також визначення характеру відповідних наслідків, пов'язаних з її виконанням.

З одного боку, укладення сторонами третейської угоди свідчить про прагнення останніх встановити коло прав та обов'язків, що кореспондують одне одному. Право однієї сторони вимагати розгляду спору в третейському суді, кореспондується обов'язком іншої сторони дотримуватися реалізації встановленої процедури вирішення спору. Проте визнання за третейськими угодами цивілістичних ознак правочину, породжує проблему визначення обсягу тих наслідків, які характерні цьому інституту. Перш за все, це питання можливості застосування до третейської угоди норм цивільного законодавства, що регулюють особливості розірвання або зміни третейської угоди в односторонньому порядку, особливо актуальним видається проблема розірвання або зміни угоди, з підстав істотної зміни обставин, чого сторони не могли перебачити в момент укладення угоди. Також не менш актуальним видається вирішення питання про припинення дії третейської угоди в результаті порушення процедури банкротства щодо одного з контрагентів, що, в свою чергу, виключає можливість звернення до третейського суду з вимогою вирішення спору, посилаючись на укладену третейську угоду.

Повертаючись до аргументів прихильників матеріальної та процесуальної теорії правової природи третейської угоди слід зробити декілька зауважень.

З термінологічної точки зору поняття «третейська угода» містить в собі цивілістичний термін — «угода» (або іншими словами — «договір»), це, в свою чергу, породжує підстави розвитку «матеріальної теорії третейської угоди», тобто спроби розглянути третейську угоду в порівнянні з цивілістичним інститутом угоди (правочину). Вказуючи на цивілістичні ознаки третейської угоди, А. І. Віцин відмічав,

[1] *Кудрявцева Е. В.* Оспаривание решений третейских судов // Заметки о современном гражданском и арбитражном процессуальном праве. — М.: Городец, 2004. — С. 173.

що «бути посередником в добровільному третейському суді може бути будь-яка особа, яка має право вступати в зобов'язання» [1]. Інший дореволюційний дослідник третейського розгляду В. А. Шенінг писав, що у випадку з третейською угодою йдеться «про договір, а так як жоден договір, яким би він не був, не може існувати без трьох складових: 1) суб'єкта угоди; 2) об'єкта; 3) відомої зовнішньої його форми, то третейська угода повинна містити усі три зазначені елементи»[2].

Складність правової природи третейської угоди, зумовлює необхідність оцінки останньої з двох точок зору: по-перше, з позицій правочину (договору), а, по-друге, з позицій юридичного факту, що тягне за собою зміну підвідомчості розгляду приватноправового спору.

Вирішуючи порушенні питання, слід погодитися з запропонованою позицією професора О. П. Вершинина, який відзначає, що перш ніж характеризувати третейську угоду, як цивільно-правову, слід визначитися з її предметом, адже предмет третейської угоди полягає в діях, пов'язаних з розглядом та вирішенням спорів учасників цивільних правовідносин третейським судом [3]. Таким чином, третейська угода, що характеризується рядом цивілістичних ознак, з моменту вступу в законну силу породжує процесуальні наслідки для сторін. Сторони набувають процесуальних прав та обов'язків, що зводяться до визнання юрисдикції недержавного органу, якими є третейські суди. Водночас, укладаючи третейську угоду сторони несуть також і усі ризики, що пов'язані з вирішенням спору третейським судом, наприклад обмеженість оспорювання (оскарження) прийнятого рішення.

Здатність третейської угоди породжувати коло процесуальних наслідків, зумовило виникнення в юридичній науці доктрини, яка розглядає третейську угоду в якості публічного процесуального договору (так звана «процесуальна теорія третейської угоди») [4]. Так, професор В. А. Мусін, відзначає, що угода (як та, що укладена окремо, так і та, що укладена в якості третейського застереження в контракті), регулює не матеріально-правові відносини, а спрямована на

---

[1] *Вицын А. И.* Третейские суды по русскому праву: Историко-догматические рассуждения. М., 1856. — С. 31.

[2] *Шенинг В. А.* О силе решений третейского суда. — М., 1856 — С. 70.

[3] *Вершинин А. П.* Арбитражное соглашение: выбор формы защиты гражданских прав // Приложение № 9 к журналу «Хозяйство и право». — 1999. — С. 9.

[4] Гражданский процесс: Учебник. 3-е издание / Под ред. В. А. Мусина, Н. А. Чечиной, Д. М. Чечота. — С.480.; *Мусин В. А.* Постатейный научно-практический комментарий к Федеральному закону «О третейских судах в Российской Федерации». — С. 21 (комментарий к ст. 5).

вирішення виключно процесуальних питань [1]. Обґрунтовуючи обрану позицію, представники розглядуваної теорії виходять з того, що третейська угода, якій властиві не цивільно-матеріальні, а цивільно-процесуальні ознаки, навіть в тому разі коли остання є однією із умов (матеріально-правового) договору, характеризується незалежністю від інших умов договору. О. П. Вершинін також підкреслює, що «арбітражна угода за своєю природою є процесуальною угодою, яка має свій процесуальний предмет» [2]. Однак відповідна теорія стикається також з деякими прямо конфронтаційними позиціями. Так, Є. Ю. Новиков зазначає, що «процесуальна теорія є компромісною, у різних її варіантах, оскільки штучно наділяє третейський запис не властивим йому процесуальним змістом, відповідно виключаючи правове регулювання нормами цивільного права, але при цьому не створюючи системи адекватного спеціального нормативно-правового регулювання, що, в свою чергу, ставить під загрозу ефективність правового регулювання третейського способу вирішення спорів»[3].

Запропонований вище короткий огляд основних теорій визначення правової природи третейської угоди дозволяє зробити декілька висновків. Третейська угода є підставою виникнення процесуальних відносин між сторонами третейського розгляду. Парадоксальним аспектом правової природи третейської угоди є те, що приватні особи (сторони третейської угоди) своїм волевиявленням фактично змінюють публічно значимі норми — норми, що визначають підвідомчість розгляду спорів.

Таким чином, третейська угода, з одного боку, є інститутом приватного права, тобто є результатом волевиявлення учасників цивільно-правових відносин та має ознаки цивільно-правового договору, а з іншого боку, є підставою зміни публічного порядку вирішення спорів, що виходить за рамки приватно-правових відносин і не вкладається в рамки цивілістики, що доводить комплексний матеріально-процесуальний характер цього явища. З цього випливає, що третейська угода не є об'єктом регулювання виключно цивільного права, а до відносин, що виникають в зв'язку з визнанням третейської угоди недійсною додатково повинні застосовуватись норми цивільного права в частині, неврегульовані спеціальним законодавством про третейські суди.

---

[1] Гражданский процесс: Учебник. Изд. 3-е / Под ред. В. А. Мусина, Н. А. Чечиной, Д. М. Чечота. — М., 1996. — С. 429.

[2] *Вершинин А. П.* — Зазнач. праця. — С. 9.

[3] *Новиков Е. Ю.* К вопросу о правовой природе третейского разбирательства // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. — 2002—2003. — №2 / Под. ред. В. В. Яркова. — СПб., 2004. — С. 315.

§ 3. Зміст третейської угоди

Одним з найважливіших питань третейської угоди є визначення її змісту.

Аналіз діючого законодавства та практики укладення третейських угод дозволяє говорити про те, що зміст третейської угоди складають наступні умови: тип третейського суду (інституційний чи ad hoc); у випадку інституційного арбітражу — вибір конкретного третейського суду й регламенту, на основі якого будуть розглядатися спори; домовленість про передачу спорів на вирішення третейським судом; види спорів, які підлягають розгляду у третейському суді; місце розгляду спору третейським судом; мова третейського розгляду; кількість третейських суддів; порядок формування складу третейського суду, а також заповнення вакансій у ньому (насамперед для арбітражу ad hoc) та додаткові умови.

Третейська угода може містити й інші умови, що включаються до неї залежно від особливостей договірних відносин та диспозитивної волі сторін.

Обираючи вид третейського суду і арбітражний заклад, важливо чітко вказати їх назву. В разі, якщо сторони договору погодили в третейському застереженні, що спори між ними розглядатимуться інституційним третейським судом, але не визначили сам арбітражний заклад, інституція до якої звернуться сторони для вирішення спору, може відмовити у розгляді спору, посилаючись на те, що третейська угода не містить прямої вказівки на компетенцію саме цього органу вирішувати спір. Подібні обставини можуть також стати підставою для скасування рішення третейського суду, якщо заклад допустив розгляд за відсутності прямої вказівки в третейській угоді на його компетенцію. В разі нечіткого формулювання назви арбітражного закладу в третейській угоді арбітражна установа, як правило, відмовляє у прийнятті заяви, пропонуючи при цьому внести відповідні доповнення.

Третейська угода повинна також містити вказівку на ті види спорів, які сторони мають намір розглядати у третейському суді. Сторони можуть сформулювати її так, щоб прямо виключити із сфери дії третейської угоди визначені категорії спорів або, навпаки, перелічити ті види спорів, що передаються на розгляд третейського суду.

Відповідно до ст. 12 Закону України «Про третейські суди», якщо сторони не домовились про інше при передачі спору до постійно діючого третейського суду, Регламент (Правила) цього постійно діючого третейського суду розглядається як невід'ємна частина

третейської угоди і третейський суд керується таким Регламентом (Правилами).

На практиці також використовуються типові застереження з метою уникнення двозначності при вирішенні питання чи наділені третейські суди повноваженнями щодо вирішення певних категорій спорів за договором. В такому випадку багатьма третейськими установами рекомендується застосовувати наступне застереження: «Усі спори та розбіжності, що виникають з договору або у зв'язку з ним, за виключенням спорів, які спеціально обумовлені в договорі, як вилучені зі сфери третейського вирішення, підлягають вирішенню третейським судом». Дане застереження в якості загального правила передбачає компетенцію третейського суду, і у виняткових випадках — юрисдикцію державного компетентного суду. При складанні такого застереження необхідно зосередити увагу на тому, щоб не створити ситуації, в якій вимогам позивача не можливо буде протиставити зустрічні вимоги відповідача як такі, що виходять за межі третейської угоди. Тому в деяких випадках сторони обирають метод перерахування конкретних категорій спорів, які підлягають передачі до третейського вирішення. В цьому випадку важливо не упустити категорії спорів.

За загальним правилом місцем проведення третейського розгляду є місцезнаходження третейського суду, якщо інше не передбачене регламентом третейського суду. Якщо угода сторін передбачає третейський суд ad hoc, місце його проведення, у разі відсутності угоди сторін, швидше за все буде визначатися судом за місцем перебування сторони, що виступила ініціатором третейського розгляду. Якщо сторони не змогли дійти згоди щодо місця проведення третейського розгляду, це питання буде вирішуватись третейською установою або третейським судом з урахуванням усіх обставин справи, зокрема, характеру справи, зручності обраного місця.

Що стосується законодавства, яке застосовується третейськими судами при вирішенні спору, Закон України «Про третейські суди» в ст. 11 визначає наступні джерела права, якими може керуватися третейський суд: Конституція, закони та інші нормативно-правові акти України і міжнародні договори України; законодавство інших країн; аналогія закону, аналогія права, торгові та інші звичаї.

З методологічної точки зору правові джерела, які може застосовувати третейський суд при розгляді спору можна поділити на основні та факультативні, що випливає зі змісту ст. 11 Закону України «Про третейські суди».

За загальною презумпцією, вкладеною у ч. 1 ст. 11 Закону України «Про третейські суди», третейські суди вирішують спори на

підставі Конституції та законів України, інших нормативно-правових актів та міжнародних договорів України. Застосування законодавства інших держав національними третейськими судами можливе лише у порядку, передбаченому чинним законодавством України або угодою сторін. Застосування аналогії закону чи аналогії права третейськими судами можливе лише у випадку відсутності законодавства, що регулює подібні відносини. Це ж стосується і торгових та інших звичаїв, які за своїм характером, змістом властиві спірним відносинам. Таким чином, аналогії права і закону та торгові і правові звичаї не є рівноцінним джерелом права для третейських судів України і можуть вводитись у правозастосовну практику лише субсидіарно — за відсутності правової норми національного права (чи норми іноземної правової системи, якщо сторони погодили розгляд спору за законодавством інших держав).

Мова проведення арбітражу є важливою умовою третейської угоди. Звичайно, що така умова набуває більшого значення для міжнародного комерційного арбітражу, ніж для національних третейських судів (коли сторонами спору виступають резиденти України).

Коли сторони походять з різних країн, контракт між ними може складатися однією чи кількома мовами. При цьому характерним є застереження про те, що «обидва тексти мають однакову силу» чи «рівнозначні». Але часом сторони обирають третю, «нейтральну» мову — наприклад, договір між російською і японською сторонами може бути складений англійською мовою. Мова обирається з врахуванням зручності та економії. Адже сторона може вимагати перекладу документів на необхідну для неї мову, але такі вимоги оплачуються стороною, що вимагає перекладу. Угодою може бути передбачено, що подібні вимоги оплачуються стороною, що програла спір.

У цій частині Закон України «Про третейські суди» в ст. 31 виходить з того що розгляд справ, за загальним правилом, проводиться українською мовою, якщо інше не визначено Регламентом (Правилами) третейського суду, а в разі відсутності таких — мовою чи мовами, погодженими третейським судом зі сторонами. Таке положення Закону України «Про третейські суди» презюмує необхідність вчинення третейським судом спеціальної процесуальної дії — погодження мови третейського розгляду, у випадку, якщо Регламентом (Правилами) не передбачено такий аспект. На жаль, Закон України «Про третейські суди» не встановлює правових наслідків на випадок, якщо сторони не дійшли згоди із третейським судом щодо

мови і коли це не було передбачено третейською угодою. Вочевидь, що у цьому випадку, ситуація має розв'язуватись саме за аналогією права — за аналогічними нормами процесуального законодавства. З метою уникнення розбіжностей у застосуванні аналогії права доцільним, на наш погляд видається уточнення даної статті Закону.

Практика діяльності міжнародного комерційного арбітражу у цій частині виходить з того, що якщо сторони прямо передбачили у своїй угоді мову третейського розгляду, вони можуть бути впевнені, що їхній вибір буде взятий до уваги арбітрами. Якщо сторони такого вибору не зробили, то відповідне рішення приймається арбітрами. У такому випадку зазвичай мовою арбітражного розгляду є мова, на якій складено контракт. Якщо контракт складений на двох мовах, розгляд за рішенням арбітрів може проводитися на одній з мов контракту.

Як вже зазначалось, сторони наділені великою диспозитивністю щодо визначення умов третейської угоди, а тому зміст угоди може бути надзвичайно широким. Найчастіше на практиці зустрічаються умови, що стосуються процесуальних питань — порядку представлення доказів, можливості призначення експертів, спеціальні вимоги до кваліфікації арбітрів, можливість об'єднання позовів, участі третіх осіб, можливості використання забезпечувальних заходів, можливість приймати рішення третейського суду головою складу арбітражу, в разі відсутності більшості голосів складу арбітражу; можливості відступати від положень регламентів третейських закладів, умов розподілу третейських зборів, третейських витрат, стягнення відсотків; застереження щодо остаточності третейських рішень, застереження про виключення оспорювання арбітражного рішення — таке застереження є необхідним з точки зору забезпечення судової ревізії рішень третейських судів; відмова від можливості оскарження рішення третейського суду. Такі додаткові умови спеціально погоджуються сторонами та їх зміст є дуже важливим на будь-якій стадії провадження.

§ 4. Особливості змісту арбітражної угоди

Як правило, арбітражна угода, яка є підставою для розгляду спору в міжнародному комерційному арбітражі, складається з таких умов:

1) вид арбітражу (включно з правильною назвою інституційного арбітражу, якщо сторони обирають цей вид);

2) коло спорів, що передаються на розгляд до арбітражу;

3) місце арбітражу;

4) кількість арбітрів, їх національність і кваліфікаційні вимоги;

5) право, що застосовується до суті спору;

6) мова арбітражного провадження;

7) право, що застосовується до арбітражної угоди;

8) правила процедури;

9) повноваження арбітрів вирішувати спір за справедливістю чи у якості дружніх посередників (можливість відступати від норм права);

10) інші питання (застереження про виключення можливості оспорювання арбітражного рішення; порядок розподілу арбітражних витрат тощо).

Вид арбітражу. Як відомо, виділяють два основні види арбітражу: інституційний і випадковий арбітраж (арбітраж ad hoc). До цих двох видів можна додати й ще один особливий механізм, так званий, адміністрований арбітраж, який дозволяє сторонам користуватися підтримкою інституційного арбітражу, зберігаючи, при цьому, повний контроль над ходом арбітражного процесу. По суті цей останній різновид являє собою не що інше, як арбітраж ad hoc, що користується певною підтримкою будь-якого інституційного арбітражу, наприклад, Лондонського Міжнародного арбітражного суду, щодо призначення арбітрів і в інших адміністративних питаннях.

До переваг інституційного арбітражу можна віднести:

1) наявність регламенту, перевіреного практикою і адміністративного апарату, який забезпечує ефективне і послідовне просування справи стадіями арбітражного процесу;

2) авторитет і престиж арбітражу, які відіграють особливо велику роль під час визнання та виконання арбітражних рішень на території інших країн. До списків арбітрів інституційних арбітражів, як правило, входять провідні спеціалісти в галузі як арбітражу, так і торгового права. Крім того, хоча питання про формування однакової арбітражної практики чи арбітражних прецедентів є спірним, в межах інституційних арбітражів існує певна послідовність і накопичення досвіду. Адміністративні органи здійснюють аналіз практики розгляду справ та її узагальнення, виробляють рекомендації і т.д.;

3) врахування у регламенті та діяльності національного законодавства місця перебування інституційного арбітражу, що знижує ймовірність скасування арбітражного рішення в цій країні. Незважаючи на те, що деякі арбітражі мають у своїй назві вказівку на міжнародний характер, як правило, сам арбітражний суд має національний характер (це підтверджується також і тим фактом, що багато інституційних арбітражів не передбачають окремих регламентів

для розгляду міжнародних спорів; внутрішні та міжнародні спори розглядаються на підставі тих самих правил з деякими спеціальними виключеннями). До виключно міжнародних за характером утворення можна віднести лише Арбітраж ВОІВ, регламент якого був прийнятий в 1996 р., а тому достатня практика діяльності якого ще відсутня.

Арбітраж ad hoc відрізняється наступними позитивними рисами, які або взагалі відсутні, або в меншому ступені представлені в інституційному арбітражі:

1) оптимальна пристосованість для розгляду конкретного спору;

2) максимальна автономія сторін у виборі процесуальних правил і вирішення інших питань в процесі розгляду спору;

3) загалом менш тривалий термін розгляду справи;

4) вартісна привабливість (адміністративні витрати скорочені до мінімуму; основні витрати — це гонорари арбітрів);

5) абсолютно приватний характер.

Категорії спорів, що передаються на розгляд до арбітражу. Як правило, арбітражна угода формулюється настільки широко, щоб охопити всі можливі категорії спорів, які можуть виникнути з договору. Для того, щоб уникнути розбіжностей при вирішенні питання про те, чи володіють арбітри компетенцією на розгляд певної категорії спорів або певного спору, які пов'язані з договором, більшість відомих арбітражних центрів пропонують свої типові застереження. Так, МКАС при ТПП України рекомендує включати до зовнішньоекономічного договору застереження такого змісту: «Будь-який спір, що виникає щодо цього договору або у зв'язку з ним, підлягає передачі на розгляд і остаточне вирішення в МКАС при ТПП України».

Місце арбітражного розгляду. Визначення місця проведення арбітражу має велике практичне значення з огляду на наступне. По-перше, на арбітражний процес поширюється «арбітражне право» країни саме місця проведення арбітражу. По-друге, арбітражне рішення може бути скасовано, як правило, тільки в державному суді країни місця проведення арбітражу та з підстав, передбачених правом цієї країни. По-третє, право країни арбітражу застосовується під час вирішення питання дійсності арбітражної угоди. Також слід зважати на те, що продуманий вибір місця арбітражу забезпечує можливість застосування Нью-Йоркської конвенції ООН 1958 р. «Про визнання та приведення до виконання іноземних арбітражних рішень». Під час її підписання (приєднання) певні країни зробили застереження (застереження про взаємність), відповідно до якого положення Кон-

венції будуть застосовуватися тільки у випадку ухвалення арбітражного рішення на території країни-учасниці Конвенції. Адже у всіх випадках варто простежити, щоб місцем арбітражу не стала країна, яка не є учасницею Конвенції.

В разі якщо сторони передбачили інституційний арбітраж, то цей арбітраж сам може визначити місце проведення арбітражу у випадку відсутності відповідної угоди сторін. Як правило, таким місцем буде місце перебування самого арбітражу, хоча арбітраж може визначити й інше місце, зважаючи на обставини справи і приймаючи до уваги інтереси сторін. В арбітражному застереженні, що передбачає арбітраж ad hoc, місце арбітражу відіграє важливу роль, оскільки в арбітражі ad hoc немає підтримуючого органу, який забезпечує формування складу арбітражного суду і бере на себе вирішення інших питань, необхідних для здійснення арбітражного процесу. Функцію такого підтримуючого органу можуть виконувати або суди, або інші органи, наприклад, голова Торгово-промислової палати чи інші особи, визначені законодавством. Ці органи можуть допомагати в призначенні арбітра за сторону, яка ухиляється від призначення свого арбітра, таким чином, вони сприяють у формуванні необхідних передумов для початку роботи арбітражу. Але, будь-яке сприяння можливе тільки в тому випадку, коли місце арбітражу знаходиться в даній країні, тобто якщо на нього поширюється місцеве арбітражне законодавство. В тому ж випадку, коли сторони не визначили порядок формування арбітражного складу і не вказали місце арбітражу в арбітражній угоді, одним з дієвих засобів, які залишаються зацікавленій стороні для ініціювання арбітражного процесу, є звернення до механізму, передбаченого Європейською конвенцією про зовнішньоторговий арбітраж 1961 р.

Кількість арбітрів, їх національність і кваліфікаційні вимоги. Головні питання, які постають перед сторонами у зв'язку з призначенням арбітрів, це їх кількість і процедура призначення.

Стосовно процедури призначення, то слід зважати що, якщо сторони передбачили компетенцію інституційного арбітражу, то в його регламенті буде визначена процедура призначення арбітрів. Що ж стосується арбітражу ad hoc, то національні закони передбачають різні методи формування складу арбітражу. Наприклад, у Нідерландах, якщо сторони не обумовили порядок призначення арбітрів, арбітри повинні призначатися консенсусом сторін. Якщо ж сторони протягом визначеного терміну не призначили арбітрів, то ця функція покладається на Голову місцевого окружного суду (ст. 1027 ЦПК Нідерландів). Навпроти, у Типовому законі ЮНСІТРАЛ

про міжнародний комерційний арбітраж (ст. 11) і заснованих на ньому законодавчих актах країн (наприклад, у ч. 3 ст. 11 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж») визначається інший порядок, відповідно до якого кожна зі сторін призначає свого арбітра, а призначені таким чином арбітри призначають третього арбітра — головуючого. Якщо сторони при арбітражі ad hoc передбачили використання Арбітражного регламенту ЮНСІТРАЛ, то у випадку будь-яких ускладнень у формуванні складу арбітражу (не призначення арбітра однієї із сторін і т. д.) інша сторона може звернутися до Генерального секретаря Постійного третейського суду в Гаазі із проханням визначити компетентний орган, який буде уповноважений провести призначення. Крім того, сторони можуть за взаємною згодою визначити, що функції компетентного органу щодо призначення арбітрів, буде виконувати певна особа чи інституція. Такі функції можуть, зокрема, здійснюватися Арбітражним центром ВОІВ, Швейцарською арбітражною асоціацією, Лондонським Міжнародним арбітражним судом, Нідерландським арбітражним інститутом і т. д.

При визначенні кількості арбітрів необхідно виходити з презумпції того, що обрання одного арбітра завжди виправдане з огляду на скорочення витрат на арбітраж і швидкості розгляду справи. При визначенні кількості арбітрів необхідно зважати на те, що не у всіх країнах сторони можуть обрати будь-яку кількість арбітрів. У таких країнах, як Бельгія, Німеччина, Нідерланди, кількість арбітрів повинна бути непарною.

Цілком припустимі застереження про національність арбітрів, в яких передбачається, що арбітри повинні мати визначену національність або, навпаки, не повинні належати до певних держав. Найчастіше зустрічається ситуація, коли сторони домовляються, що головуючий арбітр повинен належати до нейтральної держави (приймаючи до уваги національність сторін).

Що стосується інших вимог щодо кваліфікації арбітрів, то вони у всіх випадках повинні бути розумними, якщо взагалі повинні бути.

Право, що застосовують до суті спору. Саме в арбітражному способі розгляду спорів яскраво проявляється принцип автономії волі сторін, який дозволяє сторонам обрати правові норми, які повинні застосовуватись до їх контрактних правовідносин:

1) національне право будь-якої країни; або

2) право декількох країни; або

3) сукупність окремих норм права, що належать до права однієї чи декількох держав; або

4) норми міжнародного характеру, тобто міжнародних конвенцій і інших актів, що стосуються міжнародної комерції, які не мають статусу правових норм будь-якої конкретної держави.

Арбітри при визначенні права, що повинно застосовуватись до конкретного спору мають великі можливості. Перелічимо методи, які арбітри найчастіше використовують для встановлення матеріального права.

1. Застосування колізійних норм місця проведення арбітражу. Цей метод протягом тривалого часу широко застосовувався на практиці арбітрами різних арбітражів (ВТАК, Арбітражним судом МТП і т. д). На даний час цей метод є застарілим і не часто застосовується на практиці в чистому вигляді. Якщо звернутися до регламентів інституційних арбітражів, то лише Арбітражний регламент Торговельної палати Цюріха зберігає вказівку на застосування цього методу.

2. Визначення права на підставі колізійних норм, які арбітражний склад вважає такими, що повинні застосовуватись в конкретному випадку. Відповідно до цього методу арбітри не пов'язані колізійними нормами країни арбітражного розгляду і можуть застосовувати будь-які колізійні норми для визначення матеріального права. Цей метод знайшов своє закріплення в Законі України «Про міжнародний комерційний арбітраж» (ч. 2 ст. 28), Європейській конвенції про зовнішньоторговий арбітраж 1961 р. (ч. 1 ст. VII), Арбітражному регламенті ЮНСІТРАЛ (ч. 1 ст. 33), Регламенті МКАС при ТПП України (п. 8.2), Арбітражному регламенті МТП (п. 3 ст. 13) і т. д.

3. Порівняльне чи кумулятивне застосування різних колізійних норм, що мають відношення до даного спору. Досить часто використовується на практиці як арбітрами арбітражів ad hoc, так і арбітрами інституційних арбітражів, особливо в тих випадках, коли всі колізійні норми, які мають зв'язок з контрактом, фактично вказують на застосування одного матеріального права.

4. «Прямий» метод — обрання арбітрами матеріальних правових норм без звернення до будь-яких колізійних норм. Така можливість закріплена в арбітражному законодавстві наступних країн: Нідерландів (ст. 1054 (2) ЦПК в редакції закону від 1 грудня 1986 р.), Франції (ст. 1496 ЦПК 1981 р.), деяких провінціях Канади, в Законі про арбітраж Португалії (ст. 33 (2) Закону 1986 р.), Мексики (ст. 1445 Торгового кодексу із змінами на 22 липня 1993 р.). Така ж можливість непрямим чином випливає з регламентів таких арбітражів, як Арбітражний центр ВОІВ (ст. 57), Лондонський Міжнародний арбітражний суд (ст. 13 (1) (а)), Нідерландський арбітражний інститут (ст. 46) і ін.

Треба зазначити, що аналіз арбітражної практики останніх років дає можливість прослідкувати певну тенденцію щодо вибору арбітрами права, що застосовується до суті спору. В більшості арбітражних рішень, опублікованих у Щорічнику комерційного арбітражу, відбивається загальний напрямок встановлення в якості права, що застосовується, — права, найбільш тісно пов'язаного з контрактом.

Мова арбітражного провадження. Визначення мови розгляду спору в арбітражній угоді бажано з мотивів зручності та економії процесуальних засобів. Визначення сторонами мови провадження одночасно може вплинути на вибір арбітрів (факт володіння мовою арбітражу може зіграти визначальну роль), письмові докази та інші документи повинні подаватися в перекладі, обмін процесуальними документами повинен здійснюватися даною мовою, слухання, а також пояснення сторін і показання свідків повинні здійснюватися обраною мовою безпосередньо чи через перекладача і т. д.

Право, що застосовується до арбітражної угоди. Питання про наявність, дійсність арбітражної угоди досить часто виникає в зв'язку з тим, що одна із сторін намагається ухилитися від арбітражного розгляду спору. В арбітражних регламентах зазвичай не врегульоване питання про порядок визначення права, що застосовується до арбітражної угоди. Одним з виключень є Арбітражний регламент ВОІВ (ст. 59 (с)), який визначає, що арбітражна угода повинна відповідати або праву країни місця арбітражного розгляду, або праву, що застосовується до суті спору. Тому з метою визначеності і скорочення витрати часу арбітрів чи суддів на визначення права, що застосовується до арбітражної угоди, сторони можуть зробити спеціальне застереження про це. В цьому випадку сторони можуть передбачити застосування того самого права, якому підкоряється контракт у цілому, або іншого права — права будь-якої держави.

Правила процедури. За загальним правилом, сторони вільні як самостійно визначити правила арбітражної процедури, так і обрати будь-яке право, що буде регулювати всі процедурні питання. Таким правом може бути право інше, ніж право місця проведення арбітражу. Інакше кажучи, визнається принцип автономії волі сторін у визначенні арбітражного процесу.

За відсутності особливої угоди сторін, арбітри самостійно визначають правила ведення арбітражного процесу. В інституційних арбітражах арбітри зобов'язані дотримуватися регламентів, які, як правило, залишають досить великі можливості для розсуду як арбітрам, так і сторонам.

В разі обрання арбітражу ad hoc сторонам арбітражної угоди рекомендується використовувати Арбітражний регламент ЮНСІТРАЛ 1976 р., що створює визначеність для функціонування арбітражу.

Повноваження арбітрів вирішувати спори за справедливістю або як дружні посередники. У країнах Західної Європи історично використовувався арбітраж, у якому арбітрам надавалася роль посередників, мета якого полягала насамперед у досягненні компромісу і справедливого врегулювання спору. Здійснюючи таку функцію, покладену на них сторонами, арбітри не були зобов'язані строго виходити із букви закону і могли завжди відступити від будь-яких законодавчих положень для того, щоб досягти справедливого в конкретній справі рішення. В даний час таке застереження в арбітражній угоді означає, що сторони, уповноваживши арбітрів вирішувати спір за справедливістю чи як дружніх посередників, наділили арбітрів повноваженнями відступати від норм права чи зовсім не застосовувати їх, приймати рішення, керуючись здоровим глуздом, практикою, звичаями і розумінням справедливості. Можливість вирішувати спір за справедливістю передбачена у Європейській конвенції 1961 р. (ст. VII (2)), Типовому законі про МКА (ст. 28, ч. 3). Арбітри можуть вирішувати спір по справедливості чи як дружні посередники лише тоді, коли вони прямо були уповноважені на це сторонами.

Інші питання. У ряді випадків у сторін виникає бажання в самому арбітражному застереженні чи в третейському записі обумовити питання, що або мають досить важливе значення для долі арбітражного рішення, або впливають на витрати сторін на арбітражне провадження. До першого відноситься так зване застереження про виключення оскарження (exclusion agreement).

Згідно з Типовим законом про МКА і національними законодавчими актами арбітражне рішення може бути скасовано судом країни, в якій відбувся арбітражний розгляд. Подання клопотання про скасування арбітражного рішення — єдиний засіб оскарження арбітражного рішення. Законодавство деяких країн передбачає право сторін виключити можливість оскарження арбітражного рішення. Для цього сторони повинні чітко зазначити про це в арбітражній угоді. Відповідно до статті 192 Закону про міжнародне приватне право Швейцарії 1987 р., сторони мають можливість передбачити або в арбітражному застереженні, або в третейському записі, положення про те, що оскарження арбітражного рішення виключається з всіх чи деяких підстав, передбачених у законі (exclusion agreement). Відповідно до згаданого закону право укласти угоду про виключення

оскарження арбітражного рішення належить тільки сторонам, жодна з яких не має доміцілія, чи місцезнаходження комерційного підприємства на території Швейцарії. Один з новітніх арбітражних актів — Англійський Арбітражний акт 1996 р. — також передбачає можливість виключити компетенцію англійського суду на розгляд клопотання про скасування чи перегляд арбітражного рішення з підстав неправильного застосування англійського права, шляхом досягнення угоди про це між сторонами. Більш того, якщо арбітри були уповноважені сторонами винести рішення без зазначення мотивів, на яких воно засновано, те це розцінюється як угода про відмову від оскарження відповідно до статті 69 (2). Ухвалення немотивованого рішення є також підставою для виключення процедури скасування арбітражного рішення в Німеччині.

Порядок розподілу арбітражних витрат. Питання про розподіл арбітражних витрат не другорядне, якщо врахувати, що до арбітражних витрат входять крім арбітражного збору витрати сторін у справі, у тому числі і на оплату юридичних послуг. В цілому сторони можуть домовитися про те, що кожна зі сторін несе власні витрати. Відповідно до арбітражних регламентів і національних законів, якщо сторони не обумовили порядок розподілу витрат, то рішення про це буде прийнято складом арбітражного суду. Як правило, у цих випадках витрати будуть покладені на сторону, що програла, або розподілені між сторонами у визначеній пропорції. Однак, відповідно до Англійського закону про арбітраж 1996 р., угода сторін, укладена до виникнення спору, про те, що всі чи частина витрат будуть покладені на одну із сторін, незалежно від результату арбітражного розгляду, є недійсною.

§ 5. Класифікація третейських угод

Дослідження питання видової класифікації третейських угод свідчить про те, що основною класифікацією третейських угод на законодавчому рівні є поділ останніх, на *третейське застереження* та *окрему письмову угоду про арбітраж (третейський запис)*.

Не став виключенням Закон України «Про третейські суди», який в ст. 12 передбачив, що третейська угода може бути укладена в двох видах: а) у вигляді третейського застереження в договорі (контракті); б) у вигляді окремої третейської угоди.

В Законі також викладена норма про співвідношення угоди сторін про звернення до постійно діючого третейського суду і регламенту останнього. Регламент інституціонального третейського суду розглядається Законом як невід'ємна частина третейської угоди, якщо інше

не погоджено сторонами. Ця норма викликає труднощі у застосуванні, коли сторони третейської угоди або не посилаються на регламент, або передбачають правила третейського розгляду, несумісні з положеннями регламенту того третейського суду, у який передбачається передати спір. У цьому випадку через наявні розбіжності імовірна неможливість проведення ефективного третейського розгляду взагалі.

З огляду на вищенаведене, законодавець визначає, що за будь-яких обставин у разі конкуренції норм третейської угоди та регламенту третейського суду застосовуються положення регламенту. З іншого боку, вбачається бажаним, щоб регламенти постійно діючих третейських судів були сформульовані таким чином, щоб дозволити сторонам найбільш максимально реалізувати принцип свободи договору в контексті третейської угоди.

Отже, законодавство України визначає два види третейських угод:

1) угода про третейський розгляд спорів, які можуть виникнути в майбутньому, яка є складовою договору (контракту) *третейське застереження* (така дефініція застосована у ч.1 ст. 12 Закону України «Про третейські суди»);

2) домовленість сторін про третейський розгляд спору, який вже виник і яка міститься в окремій угоді, в тому числі і від основного договору (контракту), яку у правовій доктрині прийнято називати *третейським записом — compromis* (таку дефініцію Закон не вживає, а третейський запис називає окремою письмовою угодою)

У доктрині, і особливо теорії міжнародного комерційного арбітражу[1] виділяють ще один вид третейських угод — арбітражний договір. Під арбітражним договором розуміється самостійна угода між сторонами про арбітражне провадження спорів, що можуть виникнути між ними в майбутньому або у зв'язку з будь-яким конкретним контрактом, чи в зв'язку з групою конкретних контрактів між ними, або навіть у зв'язку зі співробітництвом між ними в цілому[2]. Даний вид арбітражної угоди відрізняється ширшим предметом — колом правовідносин, які регулюються такою угодою[3].

---

[1] *Дмитриева Г. К.* Международное частное право. — М.: Проспект, 2000. — С. 605.

[2] Там само. — С. 605 — 606.

[3] Розглядаючи третій вид арбітражної угоди у вигляді самостійного договору про порядок вирішення комерційного спору, що може виникнути в майбутньому, слід констатувати, що на практиці він зустрічається досить рідко. Такий договір укладається або у випадку, коли така дія вимагається внутрішнім законодавством держави (мова йде про угоду по одному контракту), або у випадку, коли між сторонами існують сталі і різноманітні зовнішньоекономічні зв'язки.

Можна сказати, що за своєю суттю усі види третейських угод ні чим не відрізняються, оскільки являють собою види одного явища — угоди, якою передаються спори на вирішення арбітражем. Законодавство України не проводить диференціації у правовому регулюванні видів третейської угоди, використовуючи загальний термін «третейська угода» (Розділ II Закону України «Про третейські суди»). В більшості країн, в тому числі в Білорусії, Росії, країнах Східної Європи, Великобританії, Франції, Данії, Норвегії, США, Канаді та ряді інших країн передбачений єдиний правовий режим арбітражного застереження і третейського запису [1]. Законодавство більшості сучасних країн взагалі не розмежовує понять арбітражне застереження і третейський запис. Так, у Німеччині угода про передачу спору на розгляд до арбітражу може бути укладена стосовно спорів, які вже виникли, так і спорів, які можуть виникнути в майбутньому. Угода про арбітражний розгляд спорів, які можуть виникнути в майбутньому, відповідно до параграфу 1026 Статуту Німецького цивільного судочинства не має юридичної сили, якщо вона не стосується певного правовідношення та спорів, які випливають з нього.

Третейське застереження і третейський запис зазвичай є незалежними видами третейської угоди, тобто для звернення до третейського суду достатньо наявності одного з них. Разом з тим, на практиці можлива ситуація, коли спори, які випливають з одного і того самого договору, передаються на вирішення до третейського суду як на підставі арбітражного застереження так і третейського запису. Така ситуація може виникнути тоді, коли сторонами в арбітражному застереженні передбачаються лише певні категорії спорів, які підлягають розгляду в третейському порядку. У випадку, коли з цього самого договору виник спір іншого характеру, сторони для застосування третейського розгляду повинні укласти третейський запис.

Таким чином, третейське законодавство України, як, до речі і багатьох інших країн, виходить з принципу рівного ставлення (регулювання) до різних видів третейської угоди. Підставою для цього є те, що третейське застереження та третейський запис за своєю природою є видами одного правового явища — угоди про передачу спору на вирішення третейському суду.

---

[1] *Притика Ю. Д.* Правові засади формування і функціонування міжнародного комерційного арбітражу в Україні: Дис. ... канд. юрид. наук. — К.,1997. — С. 104.

§ 6. Дійсність третейської угоди

Безперечно, важливим у дослідженні проблематики третейської угоди є *питання щодо умов її дійсності*. Юридична природа третейського суду обумовлює специфіку умов дійсності третейської угоди. Правова природа третейського суду, як складного, комбінованого явища, в якому синтезовані цивільно-правові та процесуально-правові елементи, зумовлює регулювання правового режиму третейського суду як матеріальним, так і процесуальним правом. Таким чином, поряд з такими загальними умовами дійсності будь якого цивільного правочину як законність змісту, правоздатність сторін, відповідності волі та волевиявлення сторін, дотримання форми, третейська угода повинна бути укладена щодо спорів, які застосовуване законодавство дозволяє передавати на розгляд до третейського суду (допустимість (арбітрабільність) третейської угоди). Якщо до вирішення питання про дійсність третейської угоди підходити з точки зору теорії змішаного характеру третейського суду, необхідно, перш за все, виявити елемент, на підставі якого вирішується питання про дійсність цієї угоди, від чого в подальшому залежить можливість і сам результат розгляду спору.

Виходячи з наведеного вище принципу В. Хвалей висловлював думку, що арбітражна (третейська) угода може бути визнана недійсною у випадках, коли вона[1] :

1) була укладена з недоліками волі (під впливом насильства, обману, помилки);

2) була укладена особою, яка не має необхідної правоздатності або дієздатності;

3) вчинена без дотримання встановленої законом форми;

4) не містить всіх істотних умов, встановлених для арбітражної угоди, в тому числі не містить явно висловленого наміру передати спір на розгляд до арбітражу;

5) суперечить імперативним нормам застосовного законодавства про арбітраж;

6) укладена з питань, які не можуть бути предметом третейського розгляду.

Очевидно, що у всіх вищенаведених випадках, крім п. 4, йдеться про недійсність третейської угоди.

Відтак до умов дійсності третейської угоди належать: законність змісту, відповідність волі та волевиявлення сторін угоди, правоздат-

[1] *Хвалей В.* Как убить арбитражное соглашение//Третейский суд. — 2003. — № 5. — С. 48.

ність сторін угоди, дотримання форми, порядку підписання угоди, наявність правомочностей у осіб на укладення третейської угоди, допустимість третейської угоди. Отже, питання про правосуб'єктність сторін на укладення угоди про передачу спору на розгляд третейського суду, форму цієї угоди, коло відносин, на які вона поширюється (обсяг третейської угоди), які кваліфікуються звичайно як матеріально-правові. Питання про допустимість третейської угоди, як підстави для виключення певного спору з компетенції державного суду за своєю природою є процесуальним.

Як і будь-яка цивільно-правова угода, третейська угода укладається на підставі загальновизнаного принципу добровільності волевиявлення. При цьому розбіжність між внутрішньою волею і волевиявленням, наприклад у випадках, коли угода укладається під впливом насильства, призводить до визнання угоди недійсною. Таким чином, будь-яка третейська угода з дефектом волі може бути визнана недійсною.

Іншою умовою є умова правосуб'єктності сторін. Для укладення третейської угоди, як і інших договорів, сторони повинні бути наділеними правоздатністю та дієздатністю. В іншому випадку угода буде визнаною недійсною, а у визнанні та приведенні рішення до виконання буде відмовлено. Основні засади правоздатності і дієздатності осіб викладені у статтях 25, 26, 30—32, 34—38, 91, 92 Цивільного кодексу України.

В цілому, звертаючи безпосередньо увагу на осіб, які мають право укладати третейську угоду, з їх числа, як правило, виключають малолітніх осіб, осіб, що визнані недієздатними. Особливими питаннями правосуб'єктності сторін при укладенні третейської угоди є питання участі у третейській угоді в ролі сторони державного органу, установи, організації. Оскільки досить часто державні організації не мають права на укладення третейських угод, виходячи з переліку справ, які не можуть бути розглянуті третейським судом, що передбачено ст. 6 Закону України «Про третейські суди» або такі угоди під загрозою визнання їх недійсними мають бути затверджені вищестоящими державними органами. Дане питання слід розглядати у контексті компетенції (правомочностей) на укладення угоди.

Питання наявності правомочностей на укладення третейської угоди особливо актуалізується у справах, де стороною третейської угоди виступають державні органи чи організації. Схожа проблема виникає у спорах, де беруть участь представники сторін, зокрема в момент укладення третейської угоди.

Іншою важливою умовою дійсності арбітражної угоди є дотримання її форми.

У частині 4 статті 12 Закону сформульована основна вимога щодо форми третейської угоди, характерна для правових систем багатьох держав. Встановлено, що такі угоди повинні бути викладені в письмовій формі. Це покликано привнести стабільність у взаємини сторін на стадії вирішення спорів, що між ними виникли. Категорія письмової форми в Законі сформульована дуже широко і текстуально близька аналогічній формулі, що міститься в ст. 7 Типового закону ЮНСІТРАЛ і ст. 7 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» 1994 року. Але щодо форми угоди тут спостерігається незначна відмінність. У Законі «Про міжнародний комерційний арбітраж», крім телетайпа і телеграфу, зазначені інші засоби електрозв'язку, що забезпечують фіксацію такої угоди, у той час як у коментованому Законі говориться про угоду, укладену «з використанням інших засобів електронного чи іншого зв'язку, що забезпечують фіксацію такої угоди». Вважаючи, що слова «електрозв'язок» і «електронний зв'язок» є синонімами, неважко разом з тим помітити, що формулювання даного Закону виявляється навіть ширше, ніж Закону про міжнародний комерційний арбітраж.

В цілому питання укладення третейської угоди досить обмежено врегульовано на рівні спеціального законодавства про третейські суди. Визначення основних форм укладення третейської угоди в ст. 12 Закону України «Про третейські суди» дозволяє констатувати лише закріплення на рівні закону основних вимог щодо форми укладення третейських угод, проте невизначеними залишаються питання щодо порядку та способів їх укладення. В зв'язку з чим нормативним матеріалом при вирішенні порушеної проблематики видається цивільне законодавство, що регулює форму та порядок вчинення правочинів.

Так, зі змісту вищезазначеної статті випливає, що третейська угода укладається у письмовій формі, яка вважається укладеною, якщо вона підписана сторонами чи укладена шляхом обміну листами, повідомленнями по телетайпу, телеграфу або з використанням електронного чи іншого зв'язку, що забезпечує фіксацію такої угоди, або шляхом направлення відзиву на позов, в якому одна зі сторін підтверджує наявність угоди, а інша сторона проти цього не заперечує. Визначені на рівні закону вимоги щодо укладення третейської угоди продиктовані основними вимогами цивільного законодавства, як під поняттям письмової форми документа, розуміє власне просту письму форму або обмін листами, телеграмами іншими засобами зв'язку, за результатами чого можна однозначно встановити, що документ надійшов від сторони правочину.

Звертаючи увагу на своєрідний дуалізм правової природи третейської угоди, вирішення відповідних питань щодо форми та способів укладення третейської угоди видається можливим за допомогою застосування норм цивільного законодавства, про що зазначає значна більшість науковців правознавців. Такої позиції притримується Т. С. Кисельова, яка зазначає, що «за загальним правилом щодо вирішення питань відносно арбітражної угоди, застосовуються загальні норми цивільного права» [1]. Аналогічних висновків доходить і А. Т. Кенжебаєва, досліджуючи питання третейської угоди на матеріалах казахстанського законодавства: «Як і на будь-яку угоду, на арбітражну угоду поширюються усі правила визнання угод недійсними»[2].

З огляду на значимість третейської угоди, найбільш доцільним при її укладенні видається оформлення останньої у вигляді єдиного документу, який підписаний обома сторонами, і є закріпленням зобов'язань сторін щодо передачі існуючого спору, або спору, що може виникнути в майбутньому, на розгляд третейського суду. Такий спосіб укладення третейської угоди дозволяє уникнути невизначеності щодо досягнення згоди про передачу спору на розгляд третейського суду. Відповідні рекомендації щодо включення арбітражного застереження до укладеного між сторонами договору, який підписується сторонами, висловлюються і зарубіжними дослідниками міжнародного комерційного арбітражу[3], проте на сьогоднішній день імперативної норми спрямованої на укладення третейської угоди саме в такій формі не існує. Таким чином, наведені пропозиції, хоча і залишаються рекомендаціями, проте є необхідними для врахування в правозастосовній практиці, оскільки спрямовані на стабілізацію відносин між контрагентами.

Практика третейського розгляду з огляду на визначені законодавчі вимоги, також розглядає в якості укладеної третейської угоди — обмін між контрагентами документами, в яких одна сторона висловлює побажання передати спір на вирішення третейського суду, а інша сторона не заперечує проти цього. Відповідна форма

---

[1] *Киселева Т. С.* Форма и порядок заключения арбитражного соглашения: Сравнительно-правовой анализ// Третейский суд. — 2002. — № 1/2. — С. 78.

[2] *Басин Ю. Г., Сулейменов М. К.* Третейский суд в Казахстане: проблемы правового регулирования // Третейский суд в Казахстане: проблемы правового регулирования. Материалы международной научно-практической конференции. — Астана, 3 февраля 2003 г. — Алматы: КазГЮУ, 2003. — С. 14.

[3] *Либшер К.* Меморандум: как правильно договариваться о рассмотрении спора в международном коммерческом арбитраже // Третейский суд. — 2002. — № 3/4. — С. 200.

укладення третейської угоди знаходить свій прояв у повідомленні однією стороною іншу про подання позову, яка, в свою чергу, у відзиві на подану позовну заяву не заперечує проти такого розгляду. Відповідні тенденції обумовлені не лише вітчизняною практикою третейського розгляду, а й практикою міжнародного комерційного арбітражу, яка виходить з аналогічних позицій. Арбітри міжнародного комерційного арбітражу також розглядають третейську угоду в такому випадку укладеною[1]. Існуюче арбітражне законодавство, в тому числі і Типового закону ЮНСІТРАЛ також розглядає арбітражне застереження як укладене, якщо сторони провели обмін позовною заявою та відзивом на позовну заяву (ст. 7). Необхідне волевиявлення сторін, що знаходить свій прояв в позовній заяві та відзиві на позов, які викладені в письмовій формі, відображає безумовне прагнення сторін передати спір на вирішення третейського суду, внаслідок чого сукупність цих двох документів розглядається в якості письмової форми третейської угоди (тобто юридичні наслідки є не результатом фактичних дій, а наслідком письмової фіксації в зазначених документах волі сторін). Таким чином, норми закріплені в положеннях ст. 12 Закону України «Про третейські суди» є відображенням тих підходів до визначення способів укладення третейської угоди, які зафіксовані в міжнародних актах. Так, відповідно до п. 2 ст. 2 Нью-Йоркської конвенції про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень (1958), письмова форма арбітражної угоди зберігається як у випадку відображення в тексті одного документа, так і у випадку укладення арбітражної угоди шляхом обміну листами або телеграмами.

Європейська конвенція до числа способів укладення третейської угоди додає і обмін повідомленнями по телетайпу. Проте вітчизняне законодавство про третейські суди, закріплюючи лише можливість укладення третейської угоди з використанням засобів електронного чи іншого зв'язку, що забезпечує фіксацію такої угоди, не містить детальної регламентації порушеного питання, внаслідок чого врегулювання порушеного питання здійснюється на рівні загальних норм цивільного законодавства. З відповідних позицій виходить і зарубіжна практика, яка свідчить про те, що використання електронних засобів зв'язку для укладення третейських угод прирівнюється до письмової форми. Так, під письмовою формою укладення угоди розуміють будь-яку форму фіксації, в тому числі

[1] *Розенберг М. Г.* Практика международного коммерческого арбитражного суда. — С. 115; *Киселева Т. С.* Форма и порядок заключения арбитражного соглашения: Сравнительно — правовой анализ. — С. 82—83.

і електронну. Традиція визнання в нашій державі за документами в електронній формі юридичного значення має понад десятирічну історію. Проте з прийняттям Закону України «Про електронний цифровий підпис» укладення договорів та інших видів правочинів з використанням електронної форми підпису дозволило укладення і третейської угоди за допомогою електронного зв'язку з використанням електронної форми підпису. Таким чином, на сьогодні укладення третейської угоди шляхом електронного зв'язку відповідно до положень вітчизняного законодавства видається можливим. Проте для цього сторонами повинні бути дотримані певні умови такої форми укладення третейської угоди, а саме, сторони третейської угоди повинні досягнути спеціальної згоди щодо тих вимог, які висуваються до електронної процедури укладення такого договору, та електронних документів. Важливими в цьому аспекті виявляються вимоги що висувають до вчинення електронної форми підпису, оскільки остання відіграє подвійну функцію: ***по-перше***, електронна форма підпису призначена для захисту відповідного електронного документа від підробки, оскільки юридична сила електронного підпису визнається за наявності в автоматизованій інформаційній системі програмно-технічних засобів, які забезпечують ідентифікацію підпису за умов дотримання встановленого режиму їх використання, а, ***по-друге***, що є самим головним, використання електронного підпису є підставою для виникнення правовідносин між сторонами.

В цілому недотримання форми та порядку укладення третейської угоди свідчить про недійсність такої угоди. Внаслідок чого, недійсність такої третейської угоди унеможливлює виникнення юридичних наслідків для сторін, що детермінує необхідність чіткого та послідовного виконання вимог щодо укладення такого виду угод.

Окрему увагу слід звернути на те, що відповідно до ЦК України законодавець дає можливість укладати договори в усній формі (статті 206, 639 ЦК України). Однак, як видається нам, з огляду на те, що ст. 12 Закону чітко та однозначно визначає те, що третейська угода повинна укладатись виключно у письмовій формі під загрозою її недійсності, ми повинні виходити з того, що коли сторони уклали договір у усній формі, то третейська угода у вигляді третейського застереження є неможливою. Натомість, у випадку укладення договору в усній формі, сторони повинні укладати третейські угоди у вигляді окремої письмової угоди.

Заслуговує на особливу увагу проблема підписання третейської угоди, яка пов'язана з цілим рядом питань юридичної техніки. З

юридичної точки зору можна вважати, що наявність підписів в третейській угоді є доказом остаточності конкретної арбітражної угоди та виключає можливість її односторонніх змін. Разом з цим вимога про наявність підписів обох сторін в одному документі суперечило б звичаям та потребам сучасного торговельного обігу і розвитку електронних мереж комунікації. Тому, як же зазначалось, допускає можливість підписання угоди шляхом обміну ідентифікуючими електронними документами.

На практиці виникає питання про те, чи можна вважати підписаним арбітражне застереження, якщо воно міститься нижче підписів сторін або на зворотній стороні проформи контракту? У зв'язку з відсутністю усталеної практики судів різних країн та з метою запобігання визнання недійсними третейських угод Міжнародна торгова палата рекомендувала наступний спосіб внесення арбітражного застереження до проформи контракту: 1) використовувати для умови про арбітраж шрифт червоного кольору або іншої якості або, якщо це неможливо, відокремлювати цю умову від інших умов контракту; 2) розміщувати умову про арбітраж вище місця для підписів сторін.

Наступним вкрай важливим питанням, без розгляду якого уявлення про правову природу та особливості третейської угоди було б не повним, є питання **допустимості** (арбітрабільність) третейської угоди. Безперечно, це питання виникає саме тоді, коли між сторонами третейської угоди виникає спір, оскільки в такому разі обов'язково необхідно з'ясувати: чи підлягає такий спір вирішенню третейським судом? Проблема допустимості третейської угоди посіла одне з центральних місць серед наукових досліджень третейського вирішення спорів. Представники різних наукових поглядів висувають власні розуміння зазначеного поняття. Наприклад, В. М. Ануров, під допустимістю третейської угоди розуміє відповідність спору, що переданий сторонами третейської угоди на вирішення його третейським судом, категорії спорів, які можуть бути предметом третейського розгляду на підставі третейської угоди та права, яке застосовується в процесі такого розгляду[1]. З огляду на наведену дефініцію, можна стверджувати, що питання допустимості третейської угоди розглядається через призму застосування її положень в якості посилання на можливість вирішення конкретного спору третейським судом. Сформульована таким чином правова дефініція дозволяє включити в термін «допустимості третейської угоди» два інших поняття, що найбільш часто знаходять своє застосування третейськими судами:

[1] *Ануров В.Н.* Допустимость третейского соглашения // Третейский суд. — 2005. — № 3. — С. 46.

«встановлення сфери дії третейської угоди» та «арбітрабельність», аналогічної точки зору дотримуються і представники російської правової науки[1]. Доцільність об'єднання цих двох понять в одне пояснюється схожістю об'єкта правовідносин та стадій, на яких виникає потреба оцінки об'єкта спірних правовідносин. Необхідність перевірки третейської угоди на предмет допустимості передачі спору на розгляд третейського суду не може виникнути до початку третейського розгляду, оскільки волевиявлення сторін не вважається конкретизованим та остаточно сформованим до пред'явлення претензії зацікавленою стороною.

Варто зазначити, що існує також точка зору, яка передбачає включення поняття «встановлення сфери дії третейської угоди» в поняття «арбітрабельності». Так, М. Рожкова висуває тезу, що третейський суд досліджує арбітрабельність спору, що включає дослідження: 1) допустимості та передачі такого спору на вирішення третейського суду та 2) включення такого спору до арбітражної угоди[2]. Під включенням спору в арбітражну угоду М. Рожкова розуміє поняття «встановлення сфери дії третейської угоди». Відповідного висновку можна дійти на підставі наведених М. Рожковою прикладів широкого та вузького визначення кола «потенціальних питань», що передаються на вирішення третейського суду.

Таким чином, поняття «встановлення сфери дії третейської угоди» може бути розкрито за допомогою наступної правової дефініції:

встановлення сфери дії третейської угоди — це встановлення відповідності спору, переданого сторонами третейської угоди на вирішення його третейським судом, категорії спорів, що визначена сторонами в їх третейській угоді. Як вже зазначалося вище, відповідної дефініції вказаного поняття притримуються і деякі представники російської школи права [3]. Варто зазначити, що дослідження положень норм міжнародного права, в тому числі положень пп. «с» п. 1 статті 5 Нью-Йоркської конвенції 1958 року та положень Типового закону ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж 1985 року, а також положень вітчизняного третейського законодавства, не дає можливості визначити чітких правил встановлення сфери дії третейської угоди. Відсутність нормативного закріплення таких правил породжує

---

[1] *Ануров В. Н.* Допустимость третейского соглашения // Третейский суд. — 2005. — №3. — С.47; *Рожкова М.* Разрешение и урегулирование коммерческих споров // Приложение к журналу «Хозяйство и право». — 2005. — № 1; *Брунцева Е. В.* Международный коммерческий арбитраж. — М., 2001. — С. 100.

[2] *Рожкова М.* Там само. — С. 23 — 24.

[3] *Ануров В. Н.* Зазнач. праця. — С. 48.

проблему неоднозначного підходу до визначення юридичної природи даного явища. Варто зазначити, що, наприклад, англійська правова доктрина розглядає питання встановлення сфери дії третейської угоди як питання її тлумачення[1], але останнє пояснюється особливістю англійської правової системи, що дозволяє нам погодитись з цим лише в частині, оскільки дійсно тлумачення третейської угоди відіграє значну роль при встановленні сфери дії третейської угоди; разом з тим необхідно мати на увазі те, що у правовідносини між сторонами вступає і третя особа — третейський суддя (судді). Таким чином, тлумачення третейської угоди на предмет сфери дії третейської угоди можливо не по відношенню до угоди між сторонами, а по відношенню між сторонами та третейським суддею (суддями).

Питання тлумачення допустимості третейської угоди, окрім дослідження сфери дії останньої, пов'язано, як вже зазначалося, також із питанням арбітральності. Термін «арбітральність», при широкому тлумаченні останнього, включає всі складові елементи третейської угоди, дотримання яких остання забезпечується правовим захистом. Ряд російський вчених, в якості найбільш поширеної підстави визнання рішення третейського суду недійсним, визначають неарбітрабельність предмета спору, тобто неможливість передачі спору, що визначений умовами третейської угоди, на вирішення арбітражу[2]. Інші вчені вказують на цілу сукупність критеріїв[3].

Проте обґрунтованою видається критика такої позиції, що викладена О. Ю. Скворцовим, який вказує на штучну заміну ознак, за якими відрізняють одне явище від іншого, умовами[4]. З огляду на викладене, з метою збереження внутрішньої цілісності системи правових понять, варто визначити серед елементів третейської угоди саме той, який дозволяє найбільш чітко визначити поняття арбітрабельності спору, а саме — це відповідність спору, що виник між сторонами, категорії спорів, які можуть бути предметом третейського розгляду на підставі права, яке застосовується при вирішенні спору.

---

[1] David St. John Sutton and Judith Gill Ibid. — P. 13.

[2] *Хвалей В.* Как убить арбитражное решение // Третейский суд. — 2003. — № 5. — С. 55.

[3] *Копилов В.А.* Подведомственность третейским судам споров, вытекающих из осуществления предпринимательской деятельности. Альтернативное разрешение споров. — Волжский, 2003; *Курочкин С. А.* Подведомственность дел третейским судам // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. — 2002—2003. — СПб., 2004. — №2.

[4] *Скворцов О. Ю.* Подведомственность споров третейским судам // Третейский суд. — 2005. — №1. — С.22.

Дослідження наукових праць, присвячених питанню арбітрабельності, дозволяє дійти висновку, що більшість авторів приходять до спільної думки, що арбітрабельність спору є одним з ключових моментів дійсності третейської угоди укладеної між сторонами, при цьому, необхідно зазначити, що такої позиції дотримується і практика перегляду арбітражних рішень державними судами на предмет дійсності третейської угоди як підстави передачі спору на вирішення третейського суду. На нашу думку, з цим можливо погодитись, оскільки державний суд повинен переглядати рішення третейського суду відносно арбітрабельності як питання процесуального характеру.

§ 7. Принцип автономності третейської угоди

Специфічним для теорії третейського застереження є питання, що у спеціальній літературі отримало назву *проблеми автономності третейської угоди.* Проблема автономності — це проблема співвідношення основного договору і третейської угоди яка його стосується, перш за все, третейського застереження, яке міститься у контракті Розв'язання цієї проблеми, потребує відповіді на наступні запитання: чи впливає недійсність, з одного боку, договору на третейську угоду та, з іншого боку, третейської угоди на договір.

Поряд з цим проблема автономності третейської угоди виникає й у випадку закінчення терміну основного договору, розірвання його однією чи обома сторонами, а також за неможливості його виконання.

Проблема автономності третейської угоди має загальний характер незалежно від того, чи йдеться про арбітражне застереження як частину основного договору чи про третейський запис як окрему від договору угоду.

Розробка цієї доктрини відбувалася в межах теорії міжнародного комерційного арбітражу, але зараз є актуальною і для внутрішніх третейських судів.

У доктрині є переважним погляд про те, що договір і третейська угода, яка стосується його є самостійними договорами. Ми приєднуємось до такої наукової концепції, оскільки існує низка аргументів на підтвердження такої позиції, які ми знаходимо як у національному законодавстві, так і в міжнародних конвенціях.

В більшості країн доктрина автономності третейської угоди спочатку з'явилась у судовій практиці і лише в подальшому була закріплена на рівні норми закону. Наприклад, у Франції автономність

третейської угоди щодо відносин, які виникають в міжнародному комерційному арбітражі вперше була визнана Касаційним судом в 1963 р. В Нідерландах була закріплена в Акті про арбітраж в 1986р. (ст. 1053 ЦПК). В деяких європейських країнах принцип автономності третейської угоди було підтримано доктриною, але він не визнавався в судовій практиці до прийняття відповідних законодавчих норм (Австрія). Практично в усіх країнах Латинської Америки після прийняття Міжамериканської конвенції про міжнародний комерційний арбітраж 1975 р. принцип автономності отримав своє законодавче закріплення.

В законодавстві України також закріплено принцип автономності арбітражної (третейської) угоди в ст. 16 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» та в ст. 12 Закону України «Про третейські суди».

Для визнання автономності третейської угоди застосовується юридична фікція: фактично укладаючи один договір, сторони юридично укладають два — головний договір матеріально-правового характеру і третейська угода. Така фікція дозволяє вирішити проблему дійсності арбітражного застереження.

Практична значимість принципу автономності третейської угоди полягає у наступному. По-перше, дійсність основного договору не впливає на дійсність третейської угоди. Арбітражне (третейське) застереження зберігає свою силу в випадках, коли основний договір не набув чинності, був розірваний сторонами, визнаний недійсним, втратив силу в результаті спливу строку своєї дії, ненастання відкладальної умови, і таке інше. Більш того, в літературі існує думка про те, що за загальним правилом новація основного зобов'язання не позбавляє арбітражне застереження сили, окрім випадків, коли третейський суд, зазначений в угоді не може розглядати спір, який виник із нового зобов'язання в силу обмеженості власної компетенції.[1] По-друге, арбітражна угода може регулюватися нормами іншого права, ніж головний договір.

В цілому, слід зазначити, що свідченням утвердження автономної третейської угоди як позитивної норми права в українській правовій дійсності став Закон України «Про третейські суди». Таким чином, можна зробити однозначний висновок про те, що законодавство про третейський суд підпорядковує третейські угоди особливому режиму регулювання. При цьому третейський суд повинен визнавати свою компетенцію на вирішення тих спорів, які сторони зобов'язались передати на його вирішення, в тому числі спорів щодо недійсності

[1] *Курочкин С.* Третейское разбирательство гражданских дел в Российской Федерации: теория и практика. — М.: Волтерс Клувер, 2007. — С. 162.

основного договору, частиною якого є арбітражне застереження. Визнання третейським судом основного договору недійсним являє собою рішення по суті майнового спору сторін, а не з приводу компетенції. Недійсність основного договору (або окремих його положень), в якому міститься третейське застереження, не тягне за собою (автоматично) недійсність такого третейського застереження.

§ 8. Обсяг третейської угоди

Наступним важливим питанням у дослідженні третейської угоди як головної передумови розгляду спорів третейським судом є питання її обсягу або «встановлення сфери дії третейської угоди», про що згадувалось вище. Саме встановлення обсягу третейської угоди напряму впливає на визначення компетенції складу третейського суду.

Отже, до обсягу третейської угоди включається коло спорів, яке сторони домовились передати на вирішення третейського. Інакше кажучи, перед третейськими суддями в процесі визначення ними своєї компетенції постає завдання з'ясувати, чи охоплює третейська угода той конкретний спір, який повинен стати предметом третейського розгляду, незалежно від того, чи є цей спір з приводу недійсності головного договору, чи спір стосується будь-яких інших спірних питань, що виникли між сторонами. З огляду на це слід наголосити на необхідності розмежування питання про «арбітрабельність» спору, тобто можливість конкретного спору бути предметом третейського розгляду згідно з законом, що буде застосовуватися, і питання обсягу, тобто чи охоплюється конкретний арбітрабельний спір угодою сторін про третейський розгляд. Так, спір може бути абсолютно арбітрабильним, що визначається відповідно до застосовуваного закону, але можливість розгляду третейським судом саме цього спору може визначатися лише умовами існуючої між сторонами третейської угоди.

Проблема визначення обсягу третейської угоди має важливе значення, оскільки компетенція третейських суддів, тобто їх правомочність щодо вирішення спору, прямо залежить від визначення сторонами третейської угоди кола спорів, щодо яких можливий третейський розгляд.

Аналіз юридичного змісту наслідків недійсності третейської угоди і того, що конкретний спір виходить за рамки третейської угоди, свідчить про те, що ці наслідки однакові: третейські судді втрачають компетенцію щодо розгляду спорів. Виходячи з цього, у французькій

доктрині набули поширення думки про однорідність обох гіпотез та необхідність їх трактування на основі загальних підстав. Французький вчений Г. Мотульський з цього приводу відмічав, що правомочності арбітрів — як у частині їх існування, так і в частині їх обсягу — створюються арбітражною угодою і рівним чином від неї тільки залежать [1]. Критикуючи цю точку зору, російський вчений С. Н. Лєбедєв вказує на те, що погоджуючись з принциповою оцінкою не можна не враховувати і певних особливостей, які виникають у тому або іншому випадку і виправдовують встановлення деяких спеціальних, хоча час від часу просто уточнюючих, правил для кожного із них, як це й зроблено в ряді міжнародних уніфікованих актів [2].

Підстави для визначення певних особливостей ми знаходимо насамперед у юридичній природі причин позбавлення третейських суддів їх компетенції.

Головна полягає у тому, що, якщо дійсність третейської угоди регулюється нормами права, зокрема законом визначаються умови дійсності, межі компетенції третейських суддів визначаються перш за все волею самих сторін, які уклали цю угоду. Саме в частині визначення обсягу третейської угоди вирішальне значення набуває з'ясування волі сторін. Розроблений підхід розширеного тлумачення намірів сторін набуває великого значення у випадках, коли в арбітрів або суддів державних судів виникають сумніви щодо обсягу третейської угоди. Сутність цього підходу полягає у тому, що, перш за все, встановлюється питання, чи мали сторони намір створити дерогаційний ефект, тобто виключити всі або певні спори з компетенції державних судів. Виходячи з привабливості для сторін третейського розгляду, закономірно передбачити, що, визначаючи в третейській угоді єдиний орган для розгляду спорів, які можуть виникнути між ними, контрагенти прагнуть передбачити передачу цьому органу всіх спорів та обмежити втручання державних судових органів.

§ 9. Правонаступництво сторін третейської угоди

Дослідження правової природи третейської угоди також безпосередньо стикається з проблематикою правонаступництва сторін третейської угоди у випадку заміни сторін в зобов'язанні щодо якого укладено цю угоду. Питання правонаступництва сторін

[1] *Motulsky H.* Le Respect de la clause compromissoire // Revue de l'Arbitrage. — 1955. — №1. — P. 13.

[2] *Лебедев С. Н.* Международный коммерческий арбитраж: Компетенция арбитров и соглашение сторон. — М.: Изд-во ТПП СССР, 1988. — С. 87.

обумовлено правовою природою третейської угоди як особливого різновиду цивільного договору. Передбачена ст. 13 Закону України «Про третейські суди» можливість правонаступництва за третейською угодою, обумовлена визначенням форми третейської угоди. Закон визначає лише правило, згідно з яким в разі якщо третейська угода укладена у вигляді третейського застереження в основному договорі, то щодо останньої безумовно застосовуються такі самі правила правонаступництва, що й до угоди в цілому. Відповідне положення є цілком виправданим, оскільки згідно чинного законодавства, правила про правонаступництва не містять застережень щодо переуступки прав та обов'язків щодо виконання зобов'язання за договором лише в частині його умов, тим самим пояснюється поширення на третейське застереження в договорі правил про правонаступництво, як до окремого положення (умови) договору укладеного між сторонами. Іншим є питання про переуступку прав за третейською угоди яка укладена у вигляді окремої угоди. Відповідне правонаступництво згідно з положеннями згадуваного Закону виявляється можливим лише за умови дотримання ряду вимог. Так, згідно зі згаданою статтею 13 Закону України «Про третейські суди» заміна кредитора за основним зобов'язанням, за умови повідомлення нового кредитора про існування третейської угоди, обумовлює необхідність заміни самостійної третейської угоди, що можливо реалізувати лише за умови явно вираженої згоди іншої (інших) сторони (сторін) угоди. Проте наявність законодавчого регулювання питань правонаступництва за третейською угодою не завжди мало місце і в свій час продукувало ряд наукових дискусій в результаті яких з'явилися певні наукові підходи щодо вирішення порушеного питання.

Предметом наукового дослідження, перш за все, ставилося питання щодо можливості переходу прав та обов'язків, що виникли з третейської угоди, до третьої особи в цілому, та питання припустимості правонаступництва за зобов'язаннями, що виникли за третейською угодою, без згоди на це іншої (інших) сторони (сторін).

Передумовою виникнення відповідних питань стали факти оспорювання заміни сторони за третейською угодою третьою особою, що безпосередньо пов'язано з відмовою іншої сторони визнати відповідну угоду та відповідно надати згоду на укладення нової третейської угоди.

У результаті дослідження проблематики правонаступництва за третейською угодою, в науці з'явилися різні підходи щодо вирішення порушених питань. Прибічниками так званого поміркованого підходу, які в якості загального правила з деякими виключеннями

визнають безумовне правонаступництво за зобов'язаннями, що виникли з третейської угоди, є В. А. Мусін, О. В. Шмельова-Мата, Е. Степаненко. Позиція представників зазначеного підходу ґрунтується на використанні порівняльного методу, що дозволяє знайти подібні цивільно-правовим інститутам аналогії і в процесуальному праві, а також ідея популяризації третейського розгляду без втручання державних судів [1]. Виключеннями, на думку представників зазначеного підходу, можуть бути випадки, коли переуступка прав (обов'язків) прямо заборонена законом, або видається неможливим з огляду на зміст третейської угоди. Наприклад, якщо третейським застереженням передбачено передачу вирішення спору на розгляд третейського суду при будь-якій біржі, при цьому регламентом відповідного суду передбачено можливість вирішення спорів лише між членами даної біржі, то передача права третім особам, що не є членами такої біржі, зумовить неможливість виконання умов третейського застереження в силу прямого застереження регламенту відповідного третейського суду, який відповідно до чинного законодавства вважається невід'ємною частиною третейської угоди.

При обґрунтуванні обраної позиції В. А. Мусін доходить висновку про те, що «перехід до іншої особи права (обов'язку) сторони контракту означає і правонаступництво по відношенню умов, що містять третейське застереження», оскільки «цивільно-процесуальні права (обов'язки) подібно матеріальним, в принципі допускають правонаступництво» [2]. Використання подібної аргументації В. А. Мусіним пояснюється зробленими ним висновками відносно юридичної природи третейської угоди, а саме тим, що включення третейського застереження в цивільно-правовий контракт, не позбавляє останнє цивільно-процесуального характеру[3].

Розглядаючи відповідний підхід порівняно з принципами змішаної теорії юридичної природи арбітражу (третейського суду), що знаходить підтримку серед таких вчених, як О. І. Хлестова, С. М. Лєбєдєв, А. І. Мінаков, варто лише відзначити, що в якості основного принципу змішаної теорії використовується теза, що арбітраж (третейський суд) являє собою поєднання договірного (матеріально-правового) та процесуального елементів.

Прихильники іншого підходу виходять з діаметрально протилежних позицій, обґрунтовуючи обрану позицію тим, що хоча зміна сторін в третейській угоді відбувається поряд зі зміною сторін за

---

[1] *Ануров В. Н.* Зазн. праця. — С. 125.

[2] *Мусин В. А.* Арбитражная оговорка во внешнеторговом контракте и проблема правопреемства // Третейський суд. — 2000. — № 2. — С. 38.

[3] *Мусін В. А.* Там само. — С. 32.

основним договором — третейська угода не є предметом правонаступництва. На думку представників зазначеного підходу, передача в порядку цесії прав за основним договором та пов'язана з цим безумовна цесія прав за третейською угодою призведе до можливості кредитора вільно відступати від умов третейської угоди шляхом уступки права вимоги третій особі, яка в результаті цього отримає право на звернення з позовом до державного суду. Не погоджуючись з позицією безумовного правонаступництва за третейською угодою викладеної у формі третейського застереження, в порядку цесії за основним договором, прихильники наведеного підходу наполягають на порушенні, за таких умов, принципу автономності третейської угоди.

Одним з прихильників радикального підходу, які повністю заперечують можливість передачі прав за третейською угодою третій особі без отримання згоди іншої сторони, є А. А. Костін. Аналогічно аргументації прихильників помірного підходу, останній виходить з позицій юридичної природи третейської угоди (застереження). Пояснюючи обрану позицію, А.А. Костін наголошує на окремому предметі третейського застереження і обумовленій цим неможливості цесії права за основним договором, що має свій власний предмет, в результаті чого переуступка прав за третейським застереженням, в такому випадку можлива лише за згоди іншої сторони. В якості одного із аргументів, А. А. Костін зазначає, що цесія за основним договором обумовлює передачу прав, але предметом третейської угоди (застереження) є визначений спосіб та умови захисту прав за основним договором, що в свою чергу, не може бути предметом цесії[1]. Інший прихильник зазначеного підходу В. А. Бєлов на підставі зазначених аргументів приходить до висновку, що третейське застереження повинно вважатися переданим лише в тому випадку, коли про це міститься пряма вказівка в договорі [2].

В діючому законодавстві ця проблема знайшла своє вирішення в ст. 13 Закону України «Про третейські суди». Згадана стаття встановлює можливість правонаступництва для сторін за третейською угодою. При цьому слід відрізняти матеріальне та процесуальне правонаступництво. Коментована стаття передбачає насамперед матеріальне правонаступництво за правочином (угодою), яка «обтяжена» третейською угодою.

---

[1] *Костин А. А.* Некоторые проблемы международного арбитража // Третейский суд. — 2000. — №3. — С. 59.

[2] *Ануров В. Н.* Перемена лиц в третейском соглашении // Третейський суд. — 2003. — № 2. — С. 126.

Отже, у випадку, коли третейська угода укладена у вигляді третейського застереження, то вона вважається невід'ємною частиною угоди, оскільки міститься в ній самій, і особа, яка стає правонаступником за угодою має можливість реально ознайомитись з її змістом. Стосовно цієї третейської угоди законодавець визначає такі самі правила правонаступництва, що й до угоди в цілому.

Дещо по іншому вирішується питання у випадку, коли третейська укладається у вигляді окремої угоди. В цьому випадку особа, яка буде правонаступником за основною угодою не має реальної можливості ознайомитись з тією умовою, що спори за даним договором будуть вирішуватись у порядку третейського розгляду, оскільки основна угода та третейська угода є двома окремими та, як правило, фактично не пов'язаними документами. Безперечно, це насамперед стосується кредитора за договором, який приймаючи в порядку правонаступництва право вимоги, повинен мати гарантії, що у випадку спору, він буде вирішений із застосуванням відповідних правових гарантій. Тому, зважаючи на цю обставину, законодавець стоїть на позиції, відповідно до якої, якщо третейська угода укладена у вигляді окремої угоди, то у разі заміни кредитора у зобов'язанні останній повинен повідомити нового кредитора про її існування.

При цьому особа, яка отримує за правонаступництвом права кредитора, щодо зобов'язання, яке «обтяжене» третейською угодою, має право вилучити цю угоду з тексту подальшого основного зобов'язання. Однак, як визначає законодавець зміна третейської угоди в такому випадку можлива лише за умови явно вираженої згоди іншої (інших) сторони (сторін) угоди.

§ 10. Тлумачення третейської угоди

Встановлення дійсності третейської угоди і визначення її обсягу є неможливим без з'ясування її дійсного змісту, тобто її тлумачення. Проблем тлумачення третейської угоди має велике практичне значення, адже перед третейськими суддями практично завжди постає питання про визначення обсягу своєї компетенції, яка випливає саме з третейської угоди.

Тлумачення третейської угоди мають свої особливості. На жаль, вітчизняна судова та арбітражна практика з цього питання поки що незначна, а тому варто звернутися до досвіду інших країн. В російській судовій практиці прийнято за основу позицію, згідно з якою третейське застереження слід тлумачити буквально, а повноваження

третейського суду, обмежені третейською угодою, яка не повинна тлумачитись широко.[1]

Світова практика третейського розгляду виробила ряд принципів тлумачення третейської угоди, до яких перш за все належить принцип добросовісності, принцип ефективного тлумачення.

Принцип добросовісності полягає в тому, що дійсна воля сторони повинна завжди мати перевагу щодо волі, яка висловлена ззовні, в тих випадках, коли воля і волевиявлення не співпадають. Реалізація цього принципу означає, що воля сторін повинна оцінюватись в контексті існуючих між ними відносин, а не ізольовано. Отже, здійснюючи тлумачення третейської угоди і становлення намірів сторін також необхідно враховувати відносини і поведінку сторін з моменту підписання договору до моменту звернення до третейського суду. Крім цього, згаданий принцип також означає, що третейська угода повинна тлумачитись в сукупності, як одне ціле. Всі частини третейської угоди повинні оцінюватись у сукупності, взаємозв'язку і взаємообов'язковості. Особливо важливим це правило є у випадках, коли третейська угода міститься в декількох пов'язаних між собою договорах або коли укладено основну третейську угоду, на яку міститься посилання у декількох договорах.

Принцип ефективного тлумачення полягає в тому, що у випадках, коли третейська угода може бути витлумачена в двох різних напрямках, то тлумачення, яке обґрунтовує дійсність угоди, має пріоритет щодо тлумачення, яке тягне за собою недійсність угоди.

Принцип тлумачення *contra proferentem* полягає в тому, що формулювання які містяться в арбітражній угоді, повинні тлумачитись проти сторони, яка оспорює зміст арбітражної угоди[2].

---

[1] Постановление Президиума ВАС РФ от 24 апреля 2002 г. № 12331/01.

[2] *Fouchard P., Gaillard E., Goldman B.* On international Commercial Arbatration. — Hague, 1999. — P 256—260.

Запитання та завдання для самоконтролю

Глава 1

1. Дайте визначення правочину та наведіть його ознаки.
2. Як співвідносяться поняття «правочин», «угода», «домовленість» і «договір»?
3. Наведіть основні види правочинів.
4. Дайте визначення недійсного правочину.
5. Визначте умови дійсності правочинів.
6. Наведіть законодавчі підстави недійсності правочинів.
7. Визначте основні відмінності цивільно-правового договору від господарсько-правового договору.
8. Якими юридичним ознаками наділений цивільно-правовий договір?
9. Наведіть приклади односторонніх та двосторонніх цивільно-правових договорів.
10. Наведіть приклади реальних та консенсуальних договорів.
11. Як співвідносяться поняття «неукладений», «нечинний» і «недійсний» договір?
12. Дайте визначення договірного права України та наведіть його ознаки.
13. Визначте джерела договірного права України.

Глава 2

1. Дайте визначення принципів права.
2. Наведіть закріплені в Цивільному кодексі України принципи цивільного права.
3. Наведіть систему принципів договірного права України
4. Визначте співвідношення принципів належного і реального виконання договірного зобов'язання.
5. Розкрийте зміст принципів справедливості, добросовісності та розумності в договірному праві України.

6. Розкрийте зміст принципу свободи договору.
7. Розкрийте зміст принципу обов'язковості виконання цивільно-правового договору та визначте його співвідношення з принципом свободи договору.
8. Розкрийте зміст принципу неприпустимості зловживання правом в договірному праві України.

Глава 3

1. Наведіть стадії цивільно-правового договору.
2. Що таке стадії укладення договору?
3. Що таке порядок і спосіб укладення договору?
4. Наведіть способи укладення договорів.
5. Дайте визначення істотних, типових, звичайних та випадкових умов договору.
6. З якого моменту договір вважається укладеним?
7. Що таке оферта, та який порядок її пред'явлення?
8. Що таке акцепт, та який порядок його застосування?
9. В якій формі може бути укладений цивільно-правовий договір та від чого вона залежить?
10. Які правові наслідки порушення простої письмової форми договору?
11. Які правові наслідки порушення вимоги закону про нотаріальне посвідчення договору та його державну реєстрацію?

Глава 4

1. Хто наділений правом на укладення цивільно-правових договорів?
2. Наведіть види договорів, сторонами (стороною) яких можуть бути лише фізичні особи.
3. Наведіть види договорів, сторонами яких можуть бути лише суб'єкти підприємництва.
4. Що таке переадресування виконання договірного зобов'язання?
5. У яких випадках допускається виконання договірного зобов'язання третьою особою?
6. Що таке множинність осіб у зобов'язаннях, та які її види?
7. Розкрийте підстави та порядок заміни кредитора у зобов'язанні.
8. Розкрийте підстави та порядок заміни боржника у зобов'язанні.

Глава 5

1. Дайте визначення виконання договірного зобов'язання правового інституту як процесу і як підстави припинення зобов'язання.

2. Наведіть загальні умови виконання договірного зобов'язання.
3. Визначте правову природу виконання договірного зобов'язання.
4. Наведіть поняття суб'єктів виконання договірного зобов'язання та встановіть їх співвідношення з суб'єктами договірного зобов'язання.
5. Наведіть особливості виконання часткових, солідарних та субсидіарних зобов'язань.
6. Охарактеризуйте порядок виконання кредитором обов'язку з видання боржникові розписки про одержання виконання як одного з видів підтвердження виконання договірного зобов'язання.
7. Розкрийте зміст обов'язку кредитора, що приймає виконання зобов'язання з повернення боржникові боргового документа як одного з видів підтвердження виконання договірного зобов'язання.
8. Наведіть приклади цивільно-правових договорів, для яких встановлений спеціальний порядок підтвердження виконання.

Глава 6

1. Наведіть визначення зміни та припинення договору.
2. Наведіть підстави для зміни договору.
3. Наведіть підстави припинення договору.
4. Який порядок зміни та припинення договору, та від чого він залежить?
5. Дайте характеристику новації як способу припинення договору.
6. Розкрийте зміст відступного як способу припинення договору.
7. Охарактеризуйте такий спосіб припинення договору як зарахування зустрічних вимог.
8. Розкрийте підстави та порядок взаємної відмови від виконання договору.
9. Наведіть підстави та порядок односторонньої відмови від виконання договору.
10. Розкрийте зміст поняття «розірвання договору» та наведіть основні підстави для його застосування.
11. Розкрийте зміст істотної міни обставин як однієї з підстав для розірвання договору.
12. Які наслідки розірвання договору?

Глава 7

1. Назвіть принципи здійснення класифікації договорів, дайте їм характеристику.
2. Визначте правове значення класифікації договорів.
3. Які є види класифікаційних форм (утворень), групування окремих договорів за схемою – рід, тип, вид?

4. Які є класифікації договорів за їх окремими правовими властивостями та за сферою їх застосування?
5. Наведіть особливості класифікації договорів за універсальним критерієм, тобто за правовою метою договору, за його предметом, за його суб'єктним складом тощо.
6. Які договори є непоіменованими?

Глава 8

1. Які договори вважаються у цивілістичній науці «інтегрованими» і «нетиповими»?
2. Визначте поняття попереднього договору.
3. Якою є правова природа попереднього договору?
4. Що становить зміст попереднього договору?
5. Як розмежовується попередній договір і протокол про наміри?
6. Яким є місце договору комерційної концесії в системі цивільних договорів?
7. Яким є місце договору факторингу в системі цивільних договорів?
8. Дайте загальну характеристику дилерських договорів.
9. Дайте загальну характеристику договорів РЕПО.

Глава 9

1. Дайте визначення публічного договору.
2. Наведіть ознаки публічного договору.
3. Наведіть приклади публічних договорів.
4. Що становить предмет публічного договору?
5. Назвіть вимоги, що ставляться законодавством до суб'єктного складу публічного договору.
6. Розкрийте порядок укладення публічних договорів.
7. В якій формі може бути укладений публічний договір, та від чого це залежить?
8. Які наслідки недотримання вимог законодавства при укладенні та виконанні публічного договору?

Глава 10

1. Що таке господарський договір, та які його ознаки?
2. Визначте співвідношення між поняттями «господарський договір» та «підприємницький договір».
3. Якими нормами регулюються поняття, порядок та підстави укладення господарських договорів?

4. Наведіть основні принципи господарських договорів.
5. Чи притаманний принцип свободи договору господарським договорам?
6. Наведіть види господарських договорів.
7. Розкрийте поняття та підстави недійсності господарських договорів.
8. Які стадії укладення господарських договорів входять до загального порядку їх укладення?
9. В чому проявляються особливості укладення господарських договорів?
10. Що таке оперативно-господарські санкції, та у яких випадках вони застосовуються? Назвіть їх види.

Глава 11

1. Що таке зовнішньоекономічний договір?
2. Наведіть ознаки зовнішньоекономічного договору.
3. Хто може бути стороною (сторонами) зовнішньоекономічного договору?
4. В якій формі може бути укладений зовнішньоекономічний договір?
5. Якою мовою може бути укладений зовнішньоекономічний договір?
6. Назвіть основні джерела регулювання зовнішньоекономічного договору.
7. Що таке колізійний метод, та у яких випадках він застосовується?
8. В яких нормативних актах міститься порядок застосування колізійних норм?
9. Що розуміється під правом, яке має найбільш тісний зв'язок із договором у сфері укладання зовнішньоекономічних договорів?
10. Яким нормативним актом (нормативними актами) визначаються умови зовнішньоекономічних договорів?
11. Які істотні умови зовнішньоекономічного договору?

Глава 12

1. Дайте визначення та наведіть ознаки забезпечення виконання договірних зобов'язань.
2. Які види способів забезпечення виконання договірних зобов'язань?
3. Наведіть класифікації способів забезпечення виконання договірних зобов'язань.
4. Розкрийте правову природу способів забезпечення виконання зобов'язань.
5. В чому полягають відмінності між способами забезпечення виконання зобов'язань та заходами оперативного впливу?
6. Які вимоги до форми вчинення правочинів, в яких встановлюються способи забезпечення виконання зобов'язань?

Глава 13

1. Дайте визначення неустойки та її ознаки.
2. В чому полягає правова природа неустойки?
3. Назвіть види неустойки та охарактеризуйте їх.
4. Назвіть підстави застосування неустойки.
5. Який порядок стягнення неустойки?

Глава 14

1. Розкрийте правову природу поруки.
2. Що може бути підставою для виникнення правовідносин поруки?
3. Назвіть види поруки.
4. Що таке договір поруки, та які його ознаки?
5. Які права та обов'язки має поручитель?
6. Якими правами та обов'язками наділений кредитор у відносинах за договором поруки?
7. Який порядок пред'явлення вимоги кредитором до поручителя?
8. Які правові наслідки виконання договору поруки?
9. Назвіть підстави припинення договору поруки.

Глава 15

1. Дайте визначення та ознаки гарантії.
2. Розкрийте правову природу гарантії.
3. Назвіть форми (види) гарантії.
4. В чому полягають відмінності між порукою та гарантією?
5. Назвіть основні права та обов'язки гаранта.
6. Який порядок пред'явлення вимоги кредитором до гаранта?
7. В яких випадках гарант має право не задовольняти вимогу кредитора?
8. Назвіть підстави припинення гарантії.

Глава 16

1. Дайте визначення завдатку та наведіть його ознаки.
2. Які функції виконує завдаток?
3. В чому полягають відмінності між авансом та завдатком?
4. Які договори можуть бути забезпечені завдатком?
5. Чи може бути забезпечений завдатком попередній договір та договір, що буде укладений у майбутньому?
6. Які наслідки порушення або припинення договору, забезпеченого завдатком?

Глава 17

1. Дайте визначення застави та наведіть її ознаки.
2. Наведіть підстави виникнення застави.
3. Що може бути і не може бути предметом застави?
4. Який порядок користування та розпорядження заставою?
5. Що таке наступна застава та який порядок її застосування?
6. Назвіть підстави для припинення застави.
7. Наведіть поняття та істотні умови договору застави.
8. Який порядок звернення стягнення на заставлене майно?
9. Назвіть види застави.
10. Розкрийте особливості застави цінних паперів.

Глава 18

1. Розкрийте правову природу притримання речі.
2. Що є підставою для притримання речі?
3. Назвіть умови, необхідні для застосування притримання речі.
4. Розкрийте співвідношення притримання з заходами оперативного впливу.
5. В чому полягають відмінності та спільні риси притримання з самозахистом?
6. Розкрийте співвідношення притримання і зустрічного виконання.
7. В чому полягають спільні риси та відмінності між притриманням та заставою?
8. Які зобов'язання можуть бути забезпечені притриманням?
9. Назвіть підстави та порядок продажу притримуваної речі кредитором.
10. Якими правами та обов'язками наділений кредитор щодо притримуваної речі та боржника?
11. Назвіть підстави припинення притримання.

Глава 19

1. Дайте визначення цивільно-правового захисту.
2. Як співвідносяться поняття «захист цивільних прав» і «охорона цивільних прав»?
3. Що слугує підставами для захисту цивільних прав?
4. Хто здійснює захист цивільних прав?
5. Назвіть форми захисту цивільних прав.
6. Назвіть способи захисту цивільних прав.
7. Що таке збитки, та які вони мають ознаки?
8. Дайте характеристику реальних збитків.

9. Охарактеризуйте упущену вигоду.
10. Розкрийте особливості врегулювання поняття та елементів збитків за Господарським кодексом України.
11. Розкрийте зміст принципу повного відшкодування збитків та наведіть приклади його застосування у цивільному законодавстві України.
12. Назвіть випадки відшкодування збитків в обмеженому розмірі, передбачені ЦК України.
13. Що таке моральна шкода та в чому вона проявляється?
14. Назвіть основні підстави відшкодування моральної шкоди в договірному праві України.

Глава 20

1. Дайте визначення недійсного правочину (договору).
2. Назвіть підстави недійсності правочину-договору.
3. Дайте визначення нікчемних та оспорюваних правочинів.
4. Наведіть приклади нікчемних та оспорюваних правочинів-договорів.
5. Що таке реституція, та які її види?
6. В яких випадках наслідком недійсності правочину-договору є відшкодування збитків?
7. В яких випадках наслідком недійсності правочину-договору є відшкодування моральної шкоди?
8. Чи передбачається законодавством України такий наслідок недійсності правочину-договору, як стягнення всього одержаного за таким правочином-договором в доход держави?

Глава 21

1. Дайте визначення цивільно-правової відповідальності та визначте її ознаки.
2. Які принципи цивільно-правової відповідальності?
3. Назвіть форми та види цивільно-правової відповідальності.
4. Як співвідносяться поняття «цивільно-правова відповідальність», «санкція», «способи захисту цивільних прав», «заходи оперативного впливу»?
5. Назвіть підстави договірної відповідальності.
6. В чому полягає протиправність поведінки сторони договору як підстава договірної відповідальності?
7. Що слугує підставою для звільнення від договірної відповідальності?
8. В яких випадках договірна відповідальність настає незалежно від вини сторони договору?

Глава 22

1. В чому полягають особливості цивільно-правової відповідальності юридичних осіб?
2. Яким чином ознаки юридичної особи впливають на її цивільно-правову відповідальність?
3. Дайте характеристику вини як підстави цивільно-правової відповідальності юридичних осіб.
4. Як співвідносяться деліктоздатність юридичних осіб та її правосуб'єктність?
5. Від яких чинників залежить обсяг (рівень) деліктоздатності юридичних осіб?
6. В чому проявляються особливості цивільно-правової відповідальності юридичних осіб публічного права?
7. Визначте основні відмінності щодо цивільно-правової відповідальності юридичних осіб публічного та приватного права.
8. Назвіть особливості цивільно-правової відповідальності господарських товариств.

Глава 23

1. Що таке третейська угода, та яке її значення?
2. В чому полягає правова природа третейської угоди?
3. Що становить зміст третейської угоди?
4. Назвіть класифікації третейських угод з визначенням критеріїв поділу.
5. Від яких чинників залежить дійсність третейської угоди?
6. В чому проявляється принцип автономності третейської угоди?
7. В якому порядку здійснюється правонаступництво сторін третейської угоди?

Предметний покажчик

А
Аванс 619
Авізуючий банк 604
Акредитив 529
— класифікація 529, 530
Акцепт 190
Алеаторні (ризикові) угоди 438
Арбітраж 846
Арбітражна угода 545
— зміст 845

Б
Банк бенефіціара 605
Банк-контргарант 605
Банківський переказ 527
Бенефіціар 604

В
Віденська конвенція про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 501
Відповідальність цивільно-правова 779
— підстави звільнення від цивільно-правової відповідальності 799
Відповідальність договірна 783
— підстави 787
Відповідальність позадоговірна 783
Відступлення права вимоги 203
Виконання договірного зобов'язання 207, 208
— виконання зобов'язання із множинністю осіб 229
— місце 246
— належне виконання 219, 228
— ознаки 208
— підтвердження 262
— предмет і спосіб 233, 244
— прострочення 259
— реальне виконання 220, 222
— способи забезпечення 554
— строк (термін) 250
— суб'єкти 227
Випадок (казус) 799

Г
Гаазька конвенція про право, що застосовується до договорів міжнародної купівлі-продажу товарів 501
Гарант 604
Гарантія 603, 605, 612
— істотні умови 608
— особливості 606
— правова природа 610

— форми 605
Господарська компетенція 456
Господарський договір 448, 452, 455
— загальний порядок укладення 489
— зміст 472
— ознаки 456
— порядок укладення, зміни та розірвання 488
— предмет 473
— регулювання 451
— строк дії 476
— ціна 478

Д
Двостороння реституція 765
Дилерський договір 393, 402, 405
— правова природа 405, 411
— предмет 396
— сутність 408
Договір 11, 13, 45, 198, 212
— відмова від виконання 292
— випадкові умови 180
— звичайні умови 179
— істотні умови 175
— класифікація 323
— ознаки 46
— попередній 367, 622
— порядок укладення 175, 183, 197
— припинення 277, 279
— розірвання 306, 310, 313
— способи укладення 197
— сторони 199, 200
— строк 177
— тлумачення 182
— форма 191
— функції 68
— ціна 176
Договір зворотної купівлі-продажу (РЕПО) 411
— види 425
— елементи 417
— правова природа 419
Договір купівлі-продажу 240
Договір комерційної концесії 376
Договір поставки 406
Договір факторингу 384, 393
Договірне право 81
— джерела 82
— принципи 122

І
Інкасо 531
Інкотермс 520
Іпотека 645
— підстави виникнення 646
— підстави припинення 649
— предмет 646
— умови передачі нерухомого майна в іпотеку 647

З
Завдаток 613
— основні ознаки 614
Заклад 650
Зарахування 663
Застава 627
— види 645
— грошова застава 629
— договір 636
— зміст договору 640
— наступна 634
— підстави виникнення 629
— податкова 629
— права заставодавця 633
— предмет 630, 667
— припинення права 635
— суб'єкти заставних відносин 628
— товарів в обороті або у переробці 653
— цінних паперів 652
Збитки 699, 712, 788
Зобов'язальне право 75
Зовнішньоекономічний договір 500
— джерела регулювання 508—510
— мова 506
— назва, номер, дата та місце укладення 516
— ознаки 501
— преамбула 516
— предмет 517
— сторони 502
— умови 515

— форма 504
— ціна та загальна вартість 524

К
Колізійний метод 511

М
Майнові права 651
Міжнародний договір 507
Міжнародний комерційний арбітраж 835
Множинність осіб в зобов'язанні 202
Моральна шкода 713

Н
Невизнання цивільного права 684
Недійсність правочину 734
— правові наслідки 740
Немайнова шкода 720
Непереборна сила 799
Непоіменовані договори 396
Неустойка 556
— види 561
— правова природа 558
— риси 563
Нікчемний правочин 735
Нью-Йоркська конвенція про позовну давність у міжнародній купівлі-продажу товарів 501

О
Обман 764
Оперативно-господарські санкції 497
Організаційно-господарські зобов'язання 466
Організаційні договори координаційного виду 468
Оспорюваний правочин 735
Оспорювання суб'єктивного цивільного права 684
Оттавська конвенція УНІДРУА про міжнародний факторинг 502
Оттавська конвенція УНІДРУА про міжнародний фінансовий лізинг 502
Оферта 187
— строк дії 446

П
Підприємництво 439
Поіменовані договори 396
Помилка 763
Порука 568, 577, 583, 586
— види 577
— ознаки 569
— підстави припинення 597, 600—602
— порядок виконання договору поруки 590
— правова природа 572
— функції 575
Порушення цивільного права 684
Посередництво 394
Право власності 409
Право продажу чужої речі 664
Правонаступництво 203
Правочин 11, 13, 771
— двосторонні, багатосторонні 16
— казуальні, абстрактні 18
— консенсуальні, реальні 17
— мотив 765
— оплатні, безоплатні 17
— умовні 33
— фіктивний 771
Принцип неприпустимості зловживання правом 156, 173
Принцип свободи договору 460
Принципал 604
Притримання 654, 666, 670
— об'єкт права притримання 655
— особливості 667, 669
Протиправна поведінка особи 787
Процедура легітимації 456
Публічний договір 431
— завдання 442
— зміст 433
— ознака 441
— порядок укладання 443
— предмет 436
— суб'єкти 434, 438
— форма укладання 447

Р
Регресне зобов'язання 202
Робота 437

С
Самозахист 659
Споживач 441
Суброгація 204

Т
Третейська угода 835, 841
— зміст 842
— класифікація 853
— мета укладення 836
— обсяг 867
— правова природа 837
— правонаступництво сторін 869
— принцип автономності 865
— тлумачення 872
Третейський суд 834

У
Умови дійсності 856
Упущена вигода 700

Ф
Форс-мажорні обставини 541

Ш
Шкода 788

Ц
Цивільна дієздатність юридичної особи 808
Цивільне право 778
Цивільно-правовий захист 683
— способи захисту цивільних прав та інтересів 694

Зміст

Розвиток сучасного договірного права України. Вступне слово 4

***Розділ I.* Загальні правові засади інституту договірного права**

Глава 1. ПОНЯТТЯ ТА ЗМІСТ ДОГОВІРНОГО ПРАВА **11**
§ 1. Загальні положення про правочини *(О. В. Дзера)* 11
§ 2. Поняття цивільно-правового договору та його юридичні ознаки *(С. М. Бервено)* 37
§ 3. Поняття договірного права України *(С. М. Бервено, О. В. Дзера)* 69
§ 4. Джерела договірного права України *(С. М. Бервено, О. В. Дзера)* 82

Глава 2. ПРИНЦИПИ ДОГОВІРНОГО ПРАВА **110**
§ 1. Система принципів договірного права за новим цивільним законодавством України *(С. М. Бервено, О. В. Дзера)* 110
§ 2. Зміст принципів справедливості, добросовісності й розумності в договірних зобов'язаннях *(С. М. Бервено, О. В. Дзера)* 123
§ 3. Принцип свободи в договірному праві України *(С. М. Бервено)* 136
§ 4. Принцип неприпустимості зловживання правом у договірних зобов'язаннях *(С. М. Бервено)* 156

Розділ II
Динаміка (стадії) договору

Глава 3. СТАДІЯ УКЛАДЕННЯ ДОГОВОРУ.....**174**
§ 1. Поняття укладення договору *(С. М. Бервено)*..... 174
§ 2. Зміст і тлумачення договору *(В. В. Луць)* 175
§ 3. Порядок і способи укладення договору *(С. М. Бервено)*..... 183

§ 4. Форма договору та правові наслідки порушення порядку його укладення *(Н. І. Майданик)* 191
§ 5. Особливості укладення окремих видів договорів *(Н. І. Майданик)* 195

Глава 4. СУБ'ЄКТИ ДОГОВІРНОГО ПРАВОВІДНОШЕННЯ **198**
§ 1. Поняття та склад суб'єктів договірного правовідношення *(О. В. Дзера)* 198
§ 2. Динаміка суб'єктного складу договору *(О. О. Кот)* 200

Глава 5. ВИКОНАННЯ ДОГОВІРНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ *(Т. В. Боднар)* **207**
§ 1. Поняття, загальні умови та засади виконання договірного зобов'язання 207
§ 2. Елементи належного виконання договірного зобов'язання 227
§ 3. Підтвердження виконання договірного зобов'язання 262

Глава 6. ЗМІНА ТА ПРИПИНЕННЯ ДОГОВОРУ *(А. М. Блащук, О. В. Дзера)* **271**
§ 1. Поняття зміни, припинення договору та їх правові підстави 271
§ 2. Правове регулювання відмови від виконання договору та його розірвання 291

Розділ III
Види договорів

Глава 7. КЛАСИФІКАЦІЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИХ ДОГОВОРІВ **321**
§ 1. Поняття і принципи класифікації цивільно-правових договорів та їх класифікаційні утворення (форми) *(С. М. Бервено, Р. А. Майданик)* 321
§ 2. Класифікації договорів за їх окремими властивостями *(С. М. Бервено)* 327
§ 3. Класифікації договорів за універсальним критерієм поділу *(С. М. Бервено)* 334

Глава 8. ІНТЕГРОВАНІ ТА НЕТИПОВІ ДОГОВОРИ *(С. М. Бервено, Р. А. Майданик)* **366**
§ 1. Поняття та класифікація інтегрованих і нетипових договорів 366
§ 2. Інтегровані договори 367
§ 3. Нетипові договори 393

Глава 9. ОСОБЛИВОСТІ ПУБЛІЧНО-ПРАВОВИХ ДОГОВОРІВ *(В. І. Дрішлюк)* **430**
§ 1. Правова природа публічного договору 430
§ 2. Елементи публічного договору 436
§ 3. Особливості укладення публічного договору 443

Глава 10. ОСОБЛИВОСТІ ГОСПОДАРСЬКИХ ДОГОВОРІВ *(О. А. Беляневич)* **448**
§ 1. Поняття та ознаки господарського договору 448
§ 2. Особливості змісту господарських договорів 472
§ 3. Особливості укладення, зміни та розірвання господарських договорів 488

Глава 11. ЗОВНІШНЬОЕКОНОМІЧНІ ДОГОВОРИ *(В. В. Посполітак)* **500**
§ 1. Поняття та загальна характеристика зовнішньоекономічного договору 500
§ 2. Джерела регулювання зовнішньоекономічних договорів 507
§ 3. Колізійні норми зобов'язального права в зовнішньоекономічних договорах 511
§ 4. Умови зовнішньоекономічного договору 515

Розділ IV
Забезпечення виконання договору

Глава 12. ЗАГАЛЬНІ ЗАСАДИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ ДОГОВІРНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ *(Ю. В. Носік)* **548**
§ 1. Поняття і способи забезпечення виконання договору 548
§ 2. Правова природа забезпечувальних правовідносин 554

Глава 13. НЕУСТОЙКА *(О. О. Отраднова)* **556**
§ 1. Загальні положення про неустойку в цивільному праві 556
§ 2. Неустойка як спосіб забезпечення виконання зобов'язань 559
§ 3. Стягнення (сплата) неустойки як міра цивільно-правової відповідальності 563

Глава 14. ПОРУКА *(О. В. Михальнюк)* **568**
§ 1. Загальна характеристика правовідносин поруки 568
§ 2. Види поруки 577
§ 3. Договір поруки 583
§ 4. Порядок виконання договору поруки та його правові наслідки 590
§ 5. Припинення поруки 597

Глава 15. ГАРАНТІЯ *(Л. В. Панова)* **603**
§ 1. Поняття та форми (види) гарантії 603
§ 2. Правова природа гарантії 610

Глава 16. ЗАВДАТОК *(І. О. Дзера)* **613**
§ 1. Поняття та ознаки завдатку 613
§ 2. Зміст правовідносин, забезпечуваних завдатком 619

Глава 17. ЗАСТАВА ЯК СПОСІБ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ *(О. О. Кармаза, С. Я. Фурса)* **627**
§ 1. Поняття і зміст застави. Підстави виникнення застави 627
§ 2. Предмет застави 630
§ 3. Користування та розпорядження предметом застави 633
§ 4. Наступна застава. Дострокове виконання зобов'язання, забезпеченого заставою. Припинення права застави 634
§ 5. Договір застави 636
§ 6. Звернення стягнення на заставлене майно 641
§ 7. Види застав 645

Глава 18. ПРИТРИМАННЯ **654**
§ 1. Загальні правові засади притримання *(О. О. Кот)* 654
§ 2. Правова природа права притримання та його співвідношення з іншими правовими конструкціями *(І. О. Дзера, Т. М. Карнаух)* 656
§ 3. Умови здійснення права притримання *(І. О. Дзера, Т. М. Карнаух)* 670

Розділ V
Захист цивільних прав та інтересів сторін договору

Глава 19. ЗАГАЛЬНІ ПРАВОВІ ЗАСАДИ ЗАХИСТУ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ ТА ІНТЕРЕСІВ **681**
§ 1. Поняття та підстави захисту цивільних прав та інтересів *(І. О. Дзера)* 681
§ 2. Форми та способи захисту цивільних прав та інтересів *(І. О. Дзера)* 686
§ 3. Поняття збитків та обсяг їх відшкодування у договірному праві *(І. О. Дзера, І. В. Подколзін)* 699
§ 4. Відшкодування моральної шкоди в договірному праві *(С. І. Шимон)* 713

Глава 20. НЕДІЙСНІСТЬ ДОГОВОРУ *(О. В. Дзера)* **734**
§ 1. Визнання правочину-договору недійсним. Загальні положення 734
§ 2. Правові наслідки недійсності договору 740

Глава 21. ЗАГАЛЬНІ ЗАСАДИ ДОГОВІРНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ *(В. В. Луць)* **778**
§ 1. Поняття та форми цивільно-правової відповідальності 778
§ 2. Види договірної відповідальності 783
§ 3. Умови (підстави) договірної відповідальності 787

Глава 22. ОСОБЛИВОСТІ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ *(В. Д. Примак)* **800**
§ 1. Загальні засади цивільної відповідальності юридичних осіб 800
§ 2. Правосуб'єктність і конститутивні ознаки юридичної особи як передумови її участі у відносинах цивільної відповідальності 804
§ 3. Самостійність відповідальності юридичної особи 815
§ 4. Цивільно-правова відповідальність юридичних осіб публічного права 820
§ 5. Особливості цивільної відповідальності підприємницьких товариств 826

Глава 23. ТРЕТЕЙСЬКА УГОДА *(Ю. Д. Притика)* **834**
§ 1. Поняття третейської угоди 835
§ 2. Правова природа третейської угоди 837
§ 3. Зміст третейської угоди 842
§ 4. Особливості змісту арбітражної угоди 845
§ 5. Класифікація третейських угод 853
§ 6. Дійсність третейської угоди 856
§ 7. Принцип автономності третейської угоди 865
§ 8. Обсяг третейської угоди 867
§ 9. Правонаступництво сторін третейської угоди 868
§10. Тлумачення третейської угоди 872

Запитання та завдання для самоконтролю 874

Предметний покажчик 883

Навчальне видання

ДОГОВІРНЕ ПРАВО УКРАЇНИ

Загальна частина

Навчальний посібник

За редакцією *О. В. Дзери*,
доктора юридичних наук,
члена-кореспондента АПрН України

Шеф-редактор
В. С. КОВАЛЬСЬКИЙ, кандидат юридичних наук

Юрінком Інтер — редакція наукової та навчальної літератури

Відповідальна за випуск *Т. М. Виноградова*
Редактор *Т. А. Яскажук*
Комп'ютерний набір *Л. М. Сисоєва*
Комп'ютерна верстка *О. М. Коваленка*
Художнє оформлення *М. П. Черненка*

Підписано до друку 05.05.2008. Формат 60x90/16. Папір офсетний № 1.
Гарнитура Times. Умовн. друк. арк. 56,0. Обл.-вид. арк. 53,38.
Наклад 4000 прим. Зам. № .

Оригінал-макет виготовлено комп'ютерним центром СП «Юрінком Інтер»
(Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготівників і розповсюджувачів видавничої
продукції — серія ДК № 19 від 20.03.2000.)
Віддруковано на ВАТ «Білоцерківська книжкова фабрика»
09117, м. Біла Церква, вул. Леся Курбаса, 4.
(Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготівників і розповсюджувачів
видавничої продукції — серія ДК № 567 від 14.08.2001 р.)