

Б 48

С. М. БЕРВЕНО

ПРОБЛЕМИ ДОГОВІРНОГО ПРАВА УКРАЇНИ



ЮРiнформ
iнтер

С. М. БЕРВЕНО

ПРОБЛЕМИ ДОГОВІРНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

Монографія

НБ ПНУС



692152

Київ
Юрінком Інтер
2006

ББК 67.9(4УКР)304.2
Б48

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

Рецензенти

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

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

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

ISBN 966-667-227-8

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

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



ISBN 966-667-227-8

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

Розділ І

ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ДОГОВІРНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

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

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

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

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

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

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

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 договором¹. Проте у тих випадках, коли виникала потреба дати визначення поняттю цивільно-правового договору, науковці визначали його зазвичай не через категорію «угода» (російською мовою — «сделка»), а за допомогою російського терміна «соглашение», синонімами якого в українській мові є дещо неадекватні терміни «домовленість», «згода».

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

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

¹ 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.

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

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

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

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

Розробники нового ЦК України 2003 р. вирішили за можливе надати перевагу третій концепції. Відтак у ст. 509 ЦК прямо передбачено, що зобов'язанням є правовідношення, в якому одна сторона (боржник) зобов'язана вчинити на користь другої сторони (кредитора) певну дію (передати майно, виконати роботу, надати послугу, сплатити гроші тощо) або утриматися від певної дії, а кредитор має право вимагати від боржника виконання його обов'язку. В новому ЦК також визначено, що зобов'язання виникають із підстав, встановлених ст. 11 Кодексу, серед яких окремо виділені догово-

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

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

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

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

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

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

У цивільному законодавстві Німеччини взагалі не дається визначення договору. В Єдиному торговому кодексі США (ст. 1-201) договір розглядається як зобов'язання, яке 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.

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

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

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

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

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

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

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

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

Однак із прийняттям нового ЦК України істотно змінилася роль договору у співвідношенні зовнішнього (державного) і внутрішнього регулювання (саморегулювання) шляхом посилення засобів договірної 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 регулюванню⁴.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Отже, договору притаманні наступні основні юридичні ознаки.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³ Олюха В. Г. Знач. праця.

гентів не слід розуміти як повне співпадіння змісту волі кожної зі сторін. Під збігом воľ 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 воľової статичності і не реалізується надалі в динаміці волевиявлення.

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

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

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

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

давати прояву воľ (тобто волевиявленню)¹. По-третє, в усіх випадках має бути єдність воľ та її волевиявлення². 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) воľ 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 воľ. Але в інших випадках досить важко виявити внутрішню волю суб'єкта правочину, а відтак, при розгляді конкретних спорів між суб'єктами договірних зобов'язань необхідно керуватися презумпцією адекватності волевиявлення внутрішній воľ сторін.

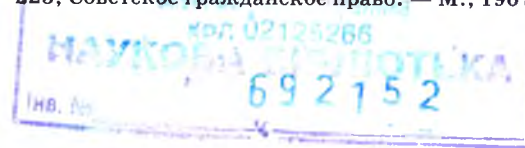
Друга точка зору, яка надає перевагу волевиявленню, має право на існування, але буде правильною лише до того часу, доки не будуть наведені докази пороку (вад) воľ.

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

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

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.



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

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

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

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 договором 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. Таким чином, під страхом розірвання договору обдаровуваний не повинен вчиняти вищезазначені дії. Тому не можна погодитися з тими авторами, які, коментуючи ст. 717 ЦК, визнають договір дарування, як правило, одностороннім (Ю. В. Білоусов, О. І. Сафончик) і не акцентують уваги на реально існуючих обов'язках сторін¹.

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

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

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. Харитонova та О. М. Калітенко. — Харків: Одиссей, 2003. — С. 507.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹ Новицкий И. Б., Луц Л. А. Общее учение об обязательстве. — М.: Госюриздат, 1950. — С. 129—130.

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

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

ким кодексом України, є оплатними за деякими винятками. При цьому тут існує певна закономірність. *По-перше*, частина договорів є завжди оплатними (договори купівлі-продажу, поставки, контрактації, 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-безоплатними, тобто таких договорів, які в одних випадках можуть бути оплатними, в інших — безоплатними. Такими, зокрема, можуть бути договори про надання послуг (ст. 901 ЦК), перевезень пасажирів і багажу (ст. 911 ЦК), зберігання (ст. 946 ЦК), доручення (ст. 1000 ЦК), позики (ст. 1046 ЦК), про спільну діяльність (ст. 1130 ЦК).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

нення певної дії. Таким чином, розробники нового ЦК певною мірою навіть розширили доктринальне тлумачення реального договору, яке пов'язувало реальність договору лише з передачею майна. До речі, у ЦК РФ дається більш вузьке розуміння реального договору, оскільки згідно зі ст. 433 цього Кодексу, якщо відповідно до закону необхідно 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 договірних правовідношення та відповідного правового результату. При цьому в разі визнання договору неукладеним суд може застосувати правові наслідки (якщо сторони, наприклад, передали одна одній певне майно), встановлені внаслідок набуття, збереження майна без достатньої правової підстави (статті 1212—1215 ЦК).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Далеко не безспірним є також висновок Р. М. Замуравкіної про те, що договір найму житла може бути як реальним, так і консенсуальним, 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 договір¹. Цю точку зору підтримав В. В. Кривенко, вважаючи, що ЦК допускає можливість визнання сторонами на свій розсуд деяких видів договорів як реальних або консенсуальних (договорів купівлі-продажу, зберігання, факторингу)².

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1.2. Проблеми поняття договірної права України

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Так, не викликає жодного сумніву визнання зобов'язального права підгалуззю цивільного права. Власне, цей факт визнається більшістю цивілістів сучасного періоду³. Проти такої концепції важко заперечити, адже дійсно норми ЦК УРСР 1963 р. і норми ЦК України, що врегулювали зобов'язальні відносини, становлять фактично найбільшу питому вагу, порівняно з іншими сукупностями правових норм. Але не можна заперечувати і той факт, що за такого підходу знижується 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 договірно-регулюючих норм дають нам підстави підвищити місце договірного права в підгалузі зобов'язального права. Гадаємо, що усі норми ЦК, які вміщені в главах 52 «Поняття та умови договору», 53 «Укладення, зміна і розірвання договору», в розділі третьому «Окремі види зобов'язань», а також норми щодо договорів, розміщені в інших актах законодавства України, можуть бути цілком закономірно об'єднані в *генеральний інститут договірного права*, до складу якого входять відповідні групи цивільно-правових норм, які визначають особливості регулювання окремих видів договірних відно-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹ Рабінович П. М. Основы общей теории права и государства. — К.: ІСДО. — 1995. — С. 95—96.

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

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

Такі трансформаційні процеси в системі права не оминули й іншу структурну ланку, яка складається з правових інститутів самостійних галузей права. Власне відбувається процес проникнення до цих інститутів норм різних галузей права, що зумовлюється необхідністю врахування особливостей окремих видів суспільної діяльності. Об'єктивно це знаходить вираження у прийнятті комплексних актів законодавства, таких як, наприклад, закони України «Про захист прав споживачів», «Про приватизацію державного майна», «Про оренду державного та комунального майна», «Про цінні папери та фондову біржу», «Про банки і банківську діяльність», «Про 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 інститутів¹.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1.3. Джерела договірної права України

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

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

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

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

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

Цікавою уявляється класифікація, в основі якої лежить поділ норм за формою регулювання: **зобов'язуючі**, які змушують до здійснення певних дій; **уповноважуючі**, які дозволяють вчиняти передбачені в законі дії; **заборонні**, які зобов'язують суб'єктів утримуватися від вчинення певних дій². С. С. 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, ха-

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

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

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

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

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

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

³ Поняття принципів цивільного права детально розглядається в другому розділі.

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

² Там само.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Як вже зазначалося, коло джерел договірної 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 впливає зі змісту норм ЦК та ГК, незважаючи на їх певну непослідовність та суперечливість. Відповідно до ст. 9 ЦК України законом можуть бути передбачені особливості регулювання майнових відносин у сфері господарювання. Натомість, за ст. 4 ГК не є предметом регулювання цього Кодексу «майнові та особисті немайнові відносини, що регулюються Цивільним кодексом України».

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

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

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

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

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

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

*Кодекс торговельного мореплавства України*⁹ також містить значну кількість норм, які є джерелом договірної права в сфері торговельного мореплавства. Відповідно до ст. 1 КТМ під торговельним мореплаством 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 до цивільних, адміністративних, господарських та інших відносин, що виникають із торговельного мореплавства і не врегульовані цим Кодексом, відповідно застосовуються правила цивільного, адміністративного, господарського та іншого законодавства України. Звідси можна зробити висновок, що норми ЦК не застосовуються до цивільних відносин, врегульованих КТМ. Тут пріоритет у регулюванні таких відносин належить КТМ, навіть, якщо норми останнього суперечать нормам ЦК. Але чи відповідає такий підхід цивільному законодавству? Оскільки КТМ України був прийнятий у 1995 р., тобто у період, коли діяв ЦК УРСР 1963 р., то надання пріоритету у даному разі КТМ цілком зрозуміле, адже він базувався вже на інших соціально-економічних та політичних засадах, ніж ЦК УРСР, який приймався в період планової соціалістичної економіки. Нині ж необхідно поглянути на цю проблему під кутом зору ідеології нового ЦК. Чіткої відповіді новий ЦК України не дає. Але, виходячи з того, що відповідно до ч. 2 ст. 4 ЦК суб'єкт права законодавчої ініціативи, який подав до Верховної Ради України проект закону, який інакше регулює цивільні відносини, ніж ЦК, зобов'язаний одночасно подати проект закону про внесення змін до Цивільного кодексу України. Як зазначається в Прикінцевих та Перехідних положеннях ЦК, цей Кодекс має застосовуватися до цивільних відносин, що виникли після набрання ним чинності. Можна припустити, що це має стосуватися і тих цивільних відносин, які виникли у сфері торговельного мореплавства. Але так чи інакше необхідно внести відповідні зміни до КТМ та до ЦК України з метою гармонізації їх норм, які стосуються договірних відносин, приведення їх у відповідність до норм ЦК.

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

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

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

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

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

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

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

⁷ СП СРСР. — 1959. — № 2. — Ст. 12.

⁸ ЗП УРСР. — 1969. — № 7. — Ст. 89.

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

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

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

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

та багажу, що перевозяться в машині – не більше 1000 розрахункових одиниць, щодо іншого багажу – не більше 2700 розрахункових одиниць), а за ст. 924 ЦК перевізник відповідає за втрату, нестачу, 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 мореплаванні перевізник відповідає за втрату, нестачу, псування або пошкодження багажу у розмірі, що визначається за правилами Кодексу торговельного мореплавства України.**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

держави, які регулюють приватноправові відносини, ускладнені іноземним елементом¹.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Судова практика як джерело договірної права.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Статuti юридичних осіб також можуть бути джерелом договірної 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 статuti, що мають ознаки нормативного акта. Так, постановою Кабінету Міністрів України від 16 червня 1998 р. затверджено Типовий статут казенного підприємства, в якому містяться норми про договірні повноваження підприємства щодо відчуження належного йому майна на праві оперативного управління.

Розділ II

ПРИНЦИПИ ДОГОВІРНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

2.1. Система принципів договірної права за новим цивільним законодавством України

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

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